



UNIVERSIDADE
CATÓLICA
PORTUGUESA

Universidade Católica Portuguesa

Faculdade de Direito | Escola de Lisboa

**AS CONSEQUÊNCIAS DECORRENTES DAS DECISÕES
DO TRIBUNAL GERAL DA UNIÃO EUROPEIA NOS
CASOS FIAT E STARBUCKS EM MATÉRIA DE
AUXÍLIOS DE ESTADO**

Jéssica da Silva Moura

Lisboa, abril de 2021

Dissertação de Mestrado em Direito Fiscal

Sob a orientação do Doutor Bruno da Silva

Universidade Católica Portuguesa
Faculdade de Direito | Escola de Lisboa

**AS CONSEQUÊNCIAS DECORRENTES DAS DECISÕES
DO TRIBUNAL GERAL DA UNIÃO EUROPEIA NOS
CASOS FIAT E STARBUCKS EM MATÉRIA DE
AUXÍLIOS DE ESTADO**

DISSERTAÇÃO

Para a obtenção do grau de Mestre em Direito Fiscal

Redigida por Jéssica da Silva Moura

Aluna n.º 142719109

Sob a orientação do Doutor Bruno da Silva

Lisboa, abril de 2021

Agradecimentos

Ao Doutor Bruno da Silva pelo seu trabalho de orientação e de revisão.

Aos professores do Mestrado que me incutiram o gosto pelo estudo do direito fiscal, em geral, e do regime dos auxílios de Estado, em particular.

À minha família, ao Rui e aos meus amigos pelo amor e apoio incondicionais.

Índice

1. Introdução.....	7
1.1. Nota introdutória.....	7
1.2. Estrutura.....	8
2. O conceito de auxílios de Estado e os seus elementos constitutivos	9
2.1. Origem pública da medida	9
2.2. Vantagem económica.....	10
2.3. Seletividade.....	11
2.4. Afetação das trocas comerciais intracomunitárias e distorção da concorrência	15
3. Os preços de transferência sob a perspetiva dos auxílios de Estado: os acordos prévios em matéria de preços de transferência	17
4. Enquadramento	19
4.1. O caso Fiat	19
4.2. O caso Starbucks.....	21
4.3. Decisões do Tribunal Geral	22
5. Consequências decorrentes das decisões do Tribunal Geral.....	24
5.1. O papel da Comissão Europeia no controlo dos auxílios de Estado.....	24
5.2. Efeito no grupo	26
5.3. O princípio da plena concorrência sui generis.....	28
5.4. O papel das Orientações da OCDE	33
5.5. A problemática dos preços de transferência	36
5.5.1. Métodos de determinação dos preços de transferência	36
5.5.2. Modo de aplicação dos métodos de determinação dos preços de transferência	39
5.5.3. As principais lições em matéria de preços de transferência	41
5.6. Ónus da prova	42
5.7. Consequências para o caso Apple.....	44
6. Qual deverá ser a decisão do TJUE?	51
7. Conclusão	55
Lista bibliográfica.....	56
Lista jurisprudencial.....	61

Índice de abreviaturas

Ac.	Acórdão
Alki	Alki Limited Partnership
AOE	Apple Operations Europe
APPT	Acordo prévio sobre preços de transferência ou acordos prévios sobre preços de transferência
ASI	Apple Sales International
CE	Comissão Europeia
Cfr.	Conforme
CMOCDE	Convenção Modelo da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico
DUE	Direito da União Europeia
EM	Estado-Membro ou Estados-Membros
FFT	Fiat Finance and Trade Ltd.
Método CUP	Método do preço comparável no mercado livre
MMLO	Método da margem líquida da operação
MMLT	Método da margem líquida da transação
N. °	Número
N.ºs	Números
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico
Op. cit.	Obra citada
P.	Página ou páginas
PI	Propriedade intelectual
SCTC	Starbucks Coffee Trading SARL

SMBV	Starbucks Manufacturing EMEA BV
TFUE	Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
TG	Tribunal Geral da União Europeia
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
Vd.	Vide
Vol.	Volume
§	Parágrafo ou parágrafos

1. Introdução

1.1. Nota introdutória

O processo de integração europeia não resultou na transferência da soberania dos Estados-Membros (“EM”) para os órgãos supranacionais em matéria de fiscalidade direta. O poder tributário continua a ser uma prerrogativa dos EM que, numa lógica concorrencial, adotam políticas fiscais de atração unilateral de investimento e capital externo.

Neste contexto de competitividade fiscal, práticas como a manipulação dos preços de transferência são não só conhecidas das administrações fiscais, como inclusive objeto de pedidos de informação vinculativa prévia.

No entanto, estas políticas fiscais adotadas por alguns EM levantaram questões de (des)conformidade com as regras dos auxílios de Estado e motivaram o seu escrutínio por parte das instituições europeias.

Em 2015, na sequência de várias investigações, a Comissão Europeia (“CE”) decidiu que o Luxemburgo e os Países Baixos concederam vantagens fiscais seletivas, na aceção do artigo 107.º, n.º 1 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (“TFUE”), à Fiat¹ e à Starbucks², uma vez que os acordos prévios sobre preços de transferência (“APPT”) contestados subscreveram uma metodologia para a determinação dos lucros tributáveis desconforme com o princípio da plena concorrência *sui generis*.

Chamado a pronunciar-se, o Tribunal Geral da União Europeia (“TG”) veio anular a decisão de Margrethe Vestager no caso Starbucks³, mas confirmou a recuperação dos auxílios de Estado no caso Fiat⁴.

¹ Cfr. Decisão (UE) 2016/2326 da Comissão, de 21 de outubro de 2015, relativa ao auxílio estatal SA.38375 (2014/C ex 2014/NN) concedido pelo Luxemburgo à Fiat (doravante designada “Decisão (UE) 2016/2326 da Comissão, de 21 de outubro de 2015”).

² Cfr. Decisão (UE) 2017/502 da Comissão, de 21 de outubro de 2015, relativa ao auxílio estatal SA.38374 (2014/C ex 2014/NN) concedido pelos Países Baixos à Starbucks (a seguir designada “Decisão (UE) 2017/502 da Comissão, de 21 de outubro de 2015”).

³ Cfr. Ac. do TG de 24 de setembro de 2019, *Países Baixos/Comissão*, processos T-760/15 e T-636/16.

⁴ Cfr. Ac. do TG de 24 de setembro de 2019, *Luxemburgo e Fiat Chrysler Finance Europe/Comissão*, processos T-755/15 e T-759/15.

A perscrutação das consequências decorrentes destas decisões judiciais, que erigimos em tema da presente dissertação, é um importante exercício de análise para compreender o regime dos auxílios de Estado no quadro do Direito da União Europeia (“DUE”).

Em concreto, a tónica será posta na indagação da validade do princípio da plena concorrência *sui generis* como parâmetro de análise para testar a compatibilidade das medidas fiscais nacionais com as regras de auxílios de Estado, porque relevante para uma reflexão sobre a dialética entre os poderes da CE e a soberania tributária dos EM.

Palavras-chave: concorrência fiscal prejudicial; auxílios de Estado; acordos prévios sobre preços de transferência; princípio da plena concorrência *sui generis*; Fiat; Starbucks; Apple.

1.2. Estrutura

No capítulo 2, procedemos à delimitação dos elementos constitutivos dos auxílios de Estado vertidos no artigo 107.º, n.º 1 do TFUE.

No capítulo 3, analisamos o conceito de APPT e a sua compatibilidade com o regime dos auxílios estatais.

Para a compreensão do objeto da presente dissertação, apresentamos, no capítulo 4, um enquadramento dos processos Fiat e Starbucks, dando nota das estruturas empresariais adotadas, do entendimento sufragado pela CE nas decisões impugnadas e do sentido decisório do TG.

No capítulo 5 analisamos, de forma mais aprofundada, as consequências das decisões proferidas pelo TG.

No capítulo 6, e numa posição crítica relativamente ao percurso cognoscitivo traçado pelo TG, demonstramos as dificuldades de interpretação e aplicação que o princípio da plena concorrência *sui generis* levanta e expomos a abordagem que, do nosso ponto de vista, o Tribunal de Justiça da União Europeia (“TJUE”) deve seguir na construção do regime dos auxílios de Estado.

Terminamos, no capítulo 7, com a devida conclusão.

2. O conceito de auxílios de Estado e os seus elementos constitutivos

Pese embora a sua relevância, não há uma definição legal do conceito de auxílios de Estado nos Tratados, sendo a sua densificação levada a cabo tanto pela CE como pelo TJUE.

Esta opção legislativa não é alheia à circunstância de se pretender, em função da dinâmica do mercado interno, uma maleabilidade concetual, que permita evitar o contorno ao controlo dos auxílios de Estado⁵.

Em alternativa, o legislador europeu preferiu identificar, nos termos do artigo 107.º, n.º 1 do TFUE, um conjunto de requisitos que determinada medida tem de preencher cumulativamente para ser considerada um auxílio de Estado incompatível com o mercado interno.

Assim, a partir da exegese do texto do Tratado, devemos estar perante (i) uma vantagem (ii) concedida por um EM (iii) que favoreça certas empresas ou certas produções e, consequentemente, (iv) afete as trocas comerciais entre os EM e falseie ou ameace falsear a concorrência.

2.1. Origem pública da medida

As regras em matéria de auxílios de Estado visam unicamente as medidas que envolvam uma transferência de recursos estatais e que sejam imputáveis ao Estado⁶.

⁵ Caso houvesse uma definição legal cristalina, os EM procurariam, de forma criativa, adotar medidas que, à primeira vista, não assumiriam as vestes de auxílios de Estado.

⁶ Embora sejam “(...) duas condições distintas e cumulativas para a existência de auxílio estatal (...)” são frequentemente consideradas em conjunto na apreciação de uma medida nos termos do artigo 107.º, n.º 1, do Tratado, uma vez que ambas estão relacionadas com a origem pública da medida em questão.” – Cfr. Comunicação da Comissão sobre a noção de auxílio estatal nos termos do artigo 107.º, n.º 1, do TFUE, §38. Nos processos Starbucks e Fiat, a CE concluiu pelo preenchimento das duas condições. Por um lado, observou que as decisões fiscais antecipadas em causa eram imputáveis aos EM sob investigação, na medida em que foram emitidas pelas respetivas administrações fiscais nacionais. Por outro lado, a CE constatou que essas decisões envolveram uma transferência de recursos estatais, dado que qualquer redução do imposto devido pela SMBV e pela FFT implicava uma perda nas receitas fiscais desses EM. – Cfr. Decisão (UE) 2017/502 da Comissão, de 21 de outubro de 2015, §223 a 226; Decisão (UE) 2016/2326 da Comissão, de 21 de outubro de 2015, §185 a 188.

Sob o prisma fiscal, essas medidas representam um sacrifício financeiro para o EM concedente, seja pelo aumento das despesas orçamentais, seja pela não percepção de receitas a que teria direito⁷.

O conceito de Estado aqui empregue é bastante amplo, englobando qualquer entidade que, independentemente da sua concreta personificação e do seu enquadramento orgânico na estrutura do Estado⁸, atribua recursos públicos às empresas.

Impõe-se, portanto, a superação de uma análise estritamente formal, que atenda à natureza jurídica da entidade concedente do auxílio estatal, uma vez que o fator sobressaliente é a natureza pública dos meios empregues, significando-se, com isso, que se adota um critério preferencialmente económico.⁹

A razão desta noção extensiva de Estado é perfeitamente compreensível, porque, caso contrário, “(...) os poderes públicos, através da criação de pessoas coletivas dotadas de autonomia jurídica, teriam encontrado uma forma fácil de contornar o princípio da incompatibilidade dos auxílios de Estado”¹⁰.

2.2. Vantagem económica

Como primeiro pressuposto¹¹, que nesta sequência expositiva analisamos em segundo lugar, é necessário que a medida corresponda a uma vantagem económica que a empresa beneficiária não teria obtido em condições normais de mercado¹².

⁷ Por exemplo, uma quebra nas receitas fiscais devido a isenções de imposto concedidas pelo EM cumpre o requisito de recursos estatais. – Cfr. Ac. do Tribunal de Justiça de 15 de março de 1994, *Banco Exterior de España S.A., contra Ayuntamiento de Valencia*, processo C-387/92, §22.

⁸ Como aduz Filipa Azevedo, “[os] recursos públicos consistirão naqueles concedidos pelo Estado (administração central, local e regional) e por empresas de direito público ou de direito privado, desde que, em relação a estas, o Estado pratique [uma] ingerência decisiva”. – Cfr. *Auxílios de estado e auxílios de minimis no panorama concorrencial*, Revista Julgar, 2018, p. 6, disponível em <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2018/05/20180508-ARTIGO-JULGAR-Direito-da-Concorrência-Filipa-Azevedo.pdf>, consultado pela última vez a 31.03.2021.

⁹ Neste sentido, vd. CARLA MARCELINO, “Auxílios do Estado - Introdução ao conceito à luz do Artigo 107º do TFUE e do atual contexto europeu”, in *e-Pública: Revista Eletrónica de Direito Público*, vol. 3, n.º 2, 2016, p. 140.

¹⁰ Cfr. ANTÓNIO CARLOS DOS SANTOS, *Auxílios de Estado e Fiscalidade*, Coimbra, Almedina, 2003, p.186. Neste sentido, veja-se também o Ac. do Tribunal de Primeira Instância de 12 de dezembro de 1996, *Air France/Comissão*, processo T-358/94, §62.

¹¹ “(...) [N]ão havendo uma vantagem fiscal para os destinatários, não há obviamente qualquer auxílio de Estado”. – Cfr. ANTÓNIO CARLOS DOS SANTOS, “O papel do direito flexível e da cooperação em rede no combate à concorrência fiscal prejudicial, à evasão fiscal e ao planeamento fiscal abusivo”, in *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, ano 8, n.º 1, 2015, p. 190.

¹² Cfr. Ac. do Tribunal de Justiça de 29 de abril de 1999, *Espanha/Comissão*, processo C-342/96, §41.

De acordo com jurisprudência assente, “o conceito de auxílio é mais lato do que o de subsídio, pois não se limita a abranger prestações positivas, como os próprios subsídios, compreendendo também intervenções¹³ que, de formas diversas, aliviam os encargos que normalmente oneram o orçamento de uma empresa, pelo que, não sendo subsídios na acepção estrita da palavra, têm a mesma natureza e efeitos idênticos.”¹⁴

Neste sentido, e num juízo de comparabilidade, avaliar-se-á a situação financeira da empresa beneficiária em resultado da intervenção do Estado face à que se verificaria na ausência daquela¹⁵. No caso específico das medidas fiscais, para se proceder a essa avaliação deve atender-se à tributação dita normal.

Embora esta prática parecesse estar bem estabelecida, a verdade é que, nos recentes casos, a CE criou uma disrupção no procedimento de investigação dos auxílios de Estado ao utilizar o princípio da plena concorrência *sui generis* como critério de apreciação da existência de uma vantagem económica¹⁶, conforme se demonstrará, por forma mais ampla do que agora se esboça, na presente dissertação.

2.3. Seletividade

Nem todas as medidas que concedam uma vantagem económica são qualificáveis como auxílios de Estado, mas só aquelas que, independentemente do objetivo prosseguido¹⁷, favoreçam certas empresas ou certas produções¹⁸.

¹³ Na sequência do exemplo anteriormente enunciado, “(...) as medidas através das quais as autoridades públicas atribuem a certas empresas uma isenção fiscal que (...) colocam os beneficiários da isenção numa posição financeira mais favorável do que a de outros contribuintes, constituem auxílios de Estado”. – Cfr. Ac. do Tribunal de Justiça de 15 de março de 1994, *Banco Exterior de España S.A., contra Ayuntamiento de Valencia*, processo C-387/92, §14.

¹⁴ Cfr. Ac. do Tribunal de Justiça de 23 de Fevereiro de 1961, *Steenkolenmijnen/Alta Autoridade*, 30/59, Recueil, p. 1, 39.

¹⁵ Com base nesta interpretação, a CE avaliou se os APPT em causa reduziram a carga fiscal normal da SMBV e da FFT e, assim, resultaram na melhoria da sua situação financeira em comparação com a situação financeira que teriam se os APPT não tivessem sido celebrados. – Cfr. Decisão (UE) 2017/502 da Comissão, de 21 de outubro de 2015, §256 e 263; Decisão (UE) 2016/2326 da Comissão, de 21 de outubro de 2015, §220 e 227.

¹⁶ Decisão (UE) 2016/2326 da Comissão, de 21 de outubro de 2015, §255; Comunicação da Comissão sobre a noção de auxílio estatal nos termos do artigo 107.º, n.º 1, do TFUE, §171 a 173.

¹⁷ Para efeitos de auxílios de Estado, adota-se a “doutrina dos efeitos”, segundo a qual se deve definir as intervenções estatais em função dos respetivos efeitos e independentemente das respetivas causas ou objetivos. – Cfr. Ac. do Tribunal de Justiça de 2 de julho de 1974, *Itália/Comissão*, processo 173/73, §26 e 27; Ac. do Tribunal de Justiça, de 22 de dezembro de 2008, *British Aggregates Association conta a Comissão das Comunidades Europeias*, processo C-487/06 P, §87.

¹⁸ Pelo contrário, confirmando-se a ausência de seletividade, estamos perante medidas de carácter geral (cfr. artigos 114.º e 116.º do TFUE), que se aplicam indistintamente a todos os operadores económicos que se

Embora claramente distintos, os elementos “vantagem” e “seletividade” são, não raras vezes, analisados conjuntamente pelas instituições europeias, sob a designação de “vantagem seletiva”.

Esta abordagem não é, em si, errada¹⁹ quando estamos perante medidas *ad hoc* que beneficiam uma ou mais empresas determinadas, uma vez que a identificação da vantagem económica é, em princípio, suficiente para que se presuma demonstrada a seletividade²⁰.

Tratando-se, todavia, de medidas acessíveis, *a priori*, a qualquer operador económico, é necessário, no plano metodológico, analisar separadamente os elementos supracitados. Tal implica ajuizar, primeiramente, se a medida é vantajosa, “(...) no sentido em que se apresenta como um “desvio” em relação ao sistema tributário geral”²¹ e, seguidamente, se, sob a capa de uma vocação genericamente aplicativa, favorece certas empresas ou certas produções.

Nestes casos menos claros, e segundo a praxis comunitária, a apreciação da seletividade da medida está organizada à volta de três pontos nodais, os quais se seguem uns aos outros numa ordem lógica e cronológica. É o que, comumente, se designa por “teste da seletividade”.

encontram numa situação factual e legalmente comparável, e não em exclusivo a certas empresas ou a certas produções. Por esse motivo, essas medidas são insindicações à luz do artigo 107.º, n.º 1 do TFUE.

¹⁹ Cfr. Ac. do TG de 24 de setembro de 2019, *Países Baixos/Comissão*, processos T-760/15 e T-636/16, §129.

²⁰ Nos casos Starbucks e Fiat, a CE observou que, caso houvesse uma redução injustificada do imposto devido pela SMBV e pela FFT em resultado da adoção da medida fiscal, “(...) essa redução constitu[ia], ao mesmo tempo, a vantagem conferida pela medida fiscal e a derrogação do sistema de referência.” – Cfr. Decisão (UE) 2016/2326 da Comissão, de 21 de outubro de 2015, §217; Decisão (UE) 2017/502 da Comissão, de 21 de outubro de 2015, §253. Trata-se, no entanto, de um aspeto controvertido pelas partes, porque, segundo os recorrentes, a CE não podia presumir a seletividade do auxílio em causa. Chamado a pronunciar-se, o TG assistiu razão à instituição europeia, declarando que a presunção de seletividade “(...) se aplica com a dupla condição de que a medida em causa, por um lado, constitua um auxílio individual (e não um regime de auxílios) e, por outro, conceda uma vantagem à empresa beneficiária. Tratando-se de uma presunção simples, compete, por conseguinte, à recorrente, a fim de ilidir a presunção, demonstrar que um destes requisitos não está preenchido.” – Cfr. Ac. do TG de 24 de setembro de 2019, *Luxemburgo e Fiat Chrysler Finance Europe/Comissão*, processos T-755/15 e T-759/15, §333, 339 e 361.

²¹ Cfr. MARIANA ESTEVES - *Violação das regras europeias da concorrência pelos Estados-Membros, A questão dos Auxílios de Estado sob a forma fiscal*, Dissertação de Mestrado em Direito Fiscal, Porto, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, 2016, p. 12, disponível em <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/20443/1/Dissertação%20de%20Mestrado.pdf>, consultada pela última vez em 31.03.2021.

Num primeiro momento, identifica-se o sistema de referência²², ou seja, o regime fiscal normal vigente no EM sob investigação.

Trata-se de uma fase importante no âmbito da fiscalização dos auxílios de Estado, uma vez que os resultados do teste da seletividade variam consoante o sistema de referência seja mais amplo ou mais limitado²³.

Cuidando desta questão, as instituições europeias têm defendido que o sistema de referência deve corresponder ao sistema tributário geral. Nessa medida, as regras em matéria de preços de transferência devem ser parte integrante do sistema de referência²⁴ e não um regime específico distinto²⁵.

Ora, esta definição mais ampla do sistema de referência é consistente com os objetivos prosseguidos pelas regras de auxílios de Estado; *a contrario*, permitir-se-ia que os EM tributassem de forma diferente as empresas integradas em relação às empresas independentes, o que esvaziaria o efeito útil das normas.

Concomitantemente, não podemos deixar de reconhecer que é possível identificar casos em que existe uma diferença de tratamento entre empresas comparáveis, independentemente do sistema de referência adotado²⁶.

²² Segundo a CE, “[o] sistema de referência é constituído por um conjunto coerente de regras que são, em geral, aplicáveis – com base em critérios objetivos – a todas as empresas abrangidas pelo seu âmbito de aplicação, definido pelo seu objetivo.” – Cfr. Comunicação da Comissão sobre a noção de auxílio estatal nos termos do artigo 107.º, n.º 1, do TFUE, §133; Decisão (UE) 2017/502 da Comissão, de 21 de outubro de 2015, §231; Decisão (UE) 2016/2326 da Comissão, de 21 de outubro de 2015, §193.

²³ Conforme assevera Han Verhagen, “(...) é mais fácil fundamentar que uma determinada medida derroga o regime geral aplicável quando se pode comparar essa disposição com o sistema de referência mais amplo possível em vez de, por exemplo, com o âmbito mais restrito das disposições específicas que regem os preços de transferência que só são aplicáveis a entidades que fazem parte de um grupo.” – Cfr. “State Aid and Tax Rulings – An Assessment of the Selectivity Criterion of Article 107(1) of the TFEU in Relation to Recent Commission Transfer Pricing Decisions”, in *European Taxation*, vol. 57, n.º 7, 2017, p. 282 e 283, disponível em

https://www.ibfd.org/sites/ibfd.org/files/content/pdf/et_2017_07_int_1_PPV_AugNewsletter.pdf, consultado pela última vez a 26.04.2021.

²⁴ “Por conseguinte, as diferentes formas de obtenção do lucro tributável para empresas integradas e não integradas não são relevantes para determinar o sistema de referência para a análise de seletividade no caso em apreço.” – Cfr. Decisão (UE) 2017/502 da Comissão, de 21 de outubro de 2015, §236.

²⁵ Pelo contrário, os recorrentes nos processos sob análise defenderam que o sistema de referência a ter em consideração para apreciar a seletividade das medidas fiscais em causa deveria apenas abranger as normas que disciplinam a tributação das empresas integradas que realizam transações intragrupo. – Cfr. Decisão (UE) 2017/502 da Comissão, de 21 de outubro de 2015, §238 e 245; Decisão (UE) 2016/2326 da Comissão, de 21 de outubro de 2015, §201, 202 e 210.

²⁶ Nos processos em apreço, a CE entendeu que o sistema de referência era, respetivamente, o sistema geral do imposto sobre as sociedades dos Países Baixos e do Luxemburgo, que eram aplicáveis a todas as empresas que se encontravam sob a jurisdição fiscal, integradas ou não. – Cfr. Decisão (UE) 2017/502 da

Isto visto, importa averiguar, num segundo momento, se a vantagem concedida pela medida fiscal em causa é seletiva por constituir uma derrogação ao sistema de referência²⁷.

A indagação do carácter derogatório de uma medida fiscal é decomponível em dois planos: (i) um juízo comparativo que, precedido da identificação do objetivo do sistema de referência adotado²⁸, determina as empresas que se encontram em circunstâncias comparáveis, de facto e de direito e (ii) um juízo valorativo, segundo o qual se avalia se a medida fiscal estabelece um tratamento uniforme ou diferenciado entre empresas comparáveis, confirmando-se ou não a sua seletividade.

Verificados estes requisitos, é necessário determinar, num terceiro momento, se a medida fiscal surge como uma derrogação não justificável à luz da natureza ou dos objetivos gerais do sistema de referência em que se inscreve²⁹.

Adicionalmente, e ainda que se trate de um aspeto pouco notado, deve questionar-se a conformidade da medida fiscal com o princípio da proporcionalidade, “(...) no sentido de que o objetivo legítimo prosseguido não pode ser atingido por medidas de menor alcance.”³⁰

Por tudo quanto se expôs, é fácil compreender que, diante da cumulatividade de elementos necessários, o elemento “seletividade” é o mais controverso³¹.

Comissão, de 21 de outubro de 2015, §251; Decisão (UE) 2016/2326 da Comissão, de 21 de outubro de 2015, §215. À luz desse critério, a CE concluiu que os APPT controvertidos conferiram uma vantagem seletiva à SMBV e à FFT. A mesma consideração foi feita quando a CE, na qualidade de argumentação subsidiária, atendeu ao sistema de referência mais limitado composto apenas por empresas integradas (i.e., com base na análise das disposições nacionais sobre preços de transferência), na medida em que a consagração de um regime especial aplicável unicamente às empresas integradas era, por si só, de natureza seletiva. – Cfr. Decisão (UE) 2017/502 da Comissão, de 21 de outubro de 2015, §250.

²⁷ Cfr. Decisão (UE) 2017/502 da Comissão, de 21 de outubro de 2015, §230 e 252; Decisão (UE) 2016/2326 da Comissão, de 21 de outubro de 2015, §192 e 216.

²⁸ Nos casos em apreço, o objetivo do sistema geral do imposto sobre as sociedades dos Países Baixos e do Luxemburgo era tributar o lucro de todas as sociedades, o que nos leva a concluir que todas as sociedades estavam numa situação legal e factual comparável.

²⁹ Como ilustra a CE, “[a] base para uma possível justificação poderia ser, por exemplo, a necessidade de combater a fraude ou a evasão fiscal”. – Cfr. Comunicação da Comissão sobre a noção de auxílio estatal nos termos do artigo 107.º, n.º 1, do TFUE, §139.

³⁰ Cf. Ac. do Tribunal de Justiça de 8 de Setembro de 2011, *Paint Graphos e outros*, processos C-78/08 a C-80/08, §75.

³¹ Cfr. Conclusões da Advogada-Geral Kokott de 16 de abril de 2015, sobre o processo C-66/14, *Finanzamt Linz contra Bundesfinanzgericht, Außenstelle Linz*, §114.

2.4. Afetação das trocas comerciais intracomunitárias e distorção da concorrência

Uma medida fiscal é suscetível de constituir um auxílio de Estado quando, para além de preencher as condições anteriormente mencionadas, possa afetar as trocas comerciais entre os EM e seja idónea a falsear ou a ameaçar falsear a concorrência³².

Estes requisitos são, as mais das vezes, analisados de forma interligada pelas instituições europeias³³. Contudo, a bem da clareza da exposição, procederemos à definição dos elementos de forma individualizada.

No que respeita à afetação das trocas intracomunitárias, esta condição fica, em princípio, preenchida “(...) quando um auxílio financeiro concedido por um Estado reforça a posição de uma empresa relativamente às demais empresas concorrentes nas trocas comerciais intracomunitárias”³⁴, ainda que o beneficiário não opere diretamente no comércio intracomunitário³⁵.

Por sua vez, a distorção da concorrência resulta da atribuição de uma vantagem económica suscetível de robustecer artificialmente a posição concorrencial da empresa beneficiária face às suas concorrentes³⁶, subvertendo assim o princípio da eficiência económica.

Em concreto, através da intervenção de um fator externo ao funcionamento do mercado, como o auxílio estatal, a empresa beneficiária pode diminuir os seus preços,

³² No entender da CE, as medidas fiscais em apreço podiam distorcer as condições equitativas no mercado interno entre as empresas beneficiárias e as suas concorrentes ao terem reforçado a posição financeira da SMBV e da FFT. Por outro lado, tendo em conta que a FFT e a SMBV pertenciam a grupos que exerciam as suas atividades em todos os EM, qualquer auxílio concedido a seu favor era, em princípio, suscetível de afetar as trocas comerciais no interior da União. – Cfr. Decisão (UE) 2017/502 da Comissão, de 21 de outubro de 2015, §227; Decisão (UE) 2016/2326 da Comissão, de 21 de outubro de 2015, §189.

³³ Cfr. Ac. do TG, de 4 de abril de 2001, *Regione Friuli Venezia Giulia*, processo T-288/97, §41.

³⁴ Cfr. Ac. do Tribunal de Justiça de 14 de janeiro de 2015, *Eventech/The Parking Adjudicator*, processo C-518/13, §66.

³⁵ Idem, §67. O TG pronunciou-se no mesmo sentido no processo Fiat, a propósito da distorção da concorrência. Em resposta à alegação dos recorrentes, segundo a qual a FFT “(...) não presta serviços nem fornece bens a terceiros, pelo que não tem nenhuma capacidade de concorrência num mercado em que a concorrência possa ser falseada.”, o coletivo de juizes entendeu que, em resultado “(...) de uma redução da sua carga fiscal, a FFT está em condições de financiar a menor custo as atividades de outras sociedades do grupo, falseando assim a concorrência nos mercados em que estas últimas são ativas.” – Cfr. Ac. do TG de 24 de setembro de 2019, *Luxemburgo e Fiat Chrysler Finance Europe/Comissão*, processos T-755/15 e T-759/15, §371 a 373 e 395.

³⁶ Cfr. Ac. do Tribunal de Justiça, de 17 de setembro de 1980, *Philip Morris*, processo 730/7, §11.

assumir determinados riscos e, conseqüentemente, conquistar novos mercados, o que, de outro modo, não seria possível³⁷.

O ônus de provar que a intervenção do Estado é uma das causas da distorção das condições concorrencialmente verificáveis ou antevísíveis recai sobre a CE, mas a sua tarefa é facilitada porque, segundo jurisprudência constante³⁸, os efeitos distorcivos podem ser meramente potenciais, não se exigindo a demonstração de uma efetiva lesão³⁹. Por outro lado, sempre que a medida fiscal em causa conceda uma vantagem a determinada empresa que opere num mercado aberto e, conseqüentemente, robusteça a posição da empresa beneficiária face às suas concorrentes, a CE pode presumir que a concorrência é falseada⁴⁰.

Assim sendo, contanto que se verifique os demais requisitos, não será difícil intuir pela existência de um auxílio de Estado.

³⁷ Neste sentido, vd. ANTÓNIO CARLOS DOS SANTOS, op. cit., p. 148.

³⁸ Cfr. Ac. do Tribunal de Justiça de 10 de janeiro de 2006, *Cassa di Risparmio di Firenze SpA e outros*, processo C-222/04, §140 a 143.

³⁹ A mesma consideração vale para o requisito da afetação das trocas comerciais entre EM dado que, para a aplicação do princípio da incompatibilidade dos auxílios de Estado, não se exige que haja uma efetiva afetação.

⁴⁰ Relativamente à exigência de distorção da concorrência, o Grão-Ducado do Luxemburgo e a FFT argumentaram que a CE não demonstrou a verificação desta condição, na medida em que “(...) a mera afirmação segundo a qual a dívida fiscal reduzida no Luxemburgo reforçou a capacidade de concorrência do grupo Fiat/Chrysler equivale a uma condenação pelo objetivo, quando apenas o efeito conta”. No entanto, o TG concluiu pela suficiência da fundamentação apresentada, esclarecendo que “(...) a Comissão entendeu, com razão, que a FFT tinha beneficiado de uma vantagem fiscal, pelo que podia legitimamente concluir que essa vantagem seria suscetível de falsear a concorrência nos mercados em que a FFT e o grupo a que esta pertencia operavam.” – Cfr. Ac. do TG de 24 de setembro de 2019, *Luxemburgo e Fiat Chrysler Finance Europe/Comissão*, processos T-755/15 e T-759/15, §372 e 385.

3. Os preços de transferência sob a perspectiva dos auxílios de Estado: os acordos prévios em matéria de preços de transferência

No contexto atual de concorrência fiscal internacional, a atração de investimento estrangeiro passa não só pela consagração de políticas de tributação reduzida, mas também pela celebração de APPT vantajosos.

Não obstante o recente escrutínio administrativo e judicial, os APPT não estão, só por si, feridos de ilegalidade. Aliás, e paradoxalmente, eles garantem o respeito pelo princípio da plena concorrência através da fixação prévia dos métodos a utilizar na determinação dos preços de transferência entre entidades relacionadas⁴¹.

Quando revestem natureza bilateral ou multilateral⁴², os APPT têm ainda a vantagem de eliminar a dupla tributação dos lucros⁴³, além de permitirem “reduz[ir] os custos de cumprimento para os grupos multinacionais ao impor que seja respeitada apenas uma abordagem em matéria de preços de transferência.”⁴⁴

Do ponto de vista da administração fiscal, a celebração de APPT também pode afigurar-se desejável. Em concreto, ao celebrar acordos com contribuintes que revelam, em pormenor, as suas políticas de preços de transferência, a administração fiscal pode exercer a sua função fiscalizadora com mais rigor.

De todo o modo, o cerne do problema respeita, claramente, à permissividade de determinados EM em relação às práticas de manipulação dos preços de transferência, que, através da celebração de APPT, são indevidamente aceites, levantando questões de (des)conformidade com as regras dos auxílios de Estado.

⁴¹ Na medida em que tornam cognoscível o tratamento fiscal das transações intragrupo a ser dado pela administração fiscal, os APPT proporcionam certeza e segurança jurídicas às empresas integradas.

⁴² Apesar das vantagens assinaladas, o conservadorismo dos Estados, que veem as soluções multilaterais como uma perda de soberania fiscal, tem secundarizado a celebração de APPT numa base bilateral ou multilateral.

⁴³ Pelo contrário, e na esteira de Guilherme Figueiredo, “(...) os AAPT unilaterais vinculam apenas a administração fiscal de uma jurisdição, pelo que não existe garantia de que os termos acordados entre um sujeito passivo e a autoridade fiscal de um país sejam aceites pela administração fiscal de outro país, país este também envolvido na operação visada. Daqui resulta que os APPT unilaterais não oferecem garantias, nomeadamente, de eliminação da dupla tributação dos lucros.” – Cfr. GUILHERME FIGUEIREDO, “Preços de Transferência e activos incorpóreos: que futuro para Portugal?”, in *Preços de Transferência – Casos Práticos* (obra coletiva), Porto, Grupo Editorial Vida Económica, 2006, p. 183.

⁴⁴ Cfr. SANDRINA CORREIA e ANTÓNIO MARTINS, *Preços de Transferência, litigância e arbitragem fiscal*, Petrony Editora, 2018, p. 31.

A este respeito, a CE esclareceu que “(...) uma decisão fiscal que [subscrava] uma metodologia de fixação dos preços de transferência para determinar os lucros tributáveis de uma entidade de um grupo de empresas que não resulte numa aproximação fiável dos resultados baseados no mercado em sintonia com o princípio da plena concorrência confere uma vantagem seletiva ao seu beneficiário.”⁴⁵

Com base neste critério, a CE não deixou incólumes os APPT adotados nos casos Fiat e Starbucks, que analisaremos nas seguintes secções.

⁴⁵ Cfr. Comunicação da Comissão sobre a noção de auxílio estatal nos termos do artigo 107.º, n.º 1, do TFUE, §171.

4. Enquadramento

4.1.O caso Fiat

A Fiat Finance and Trade Ltd. (“FFT”) é uma empresa integrada do grupo automóvel Fiat/Chrysler, com sede social no Luxemburgo e que presta serviços de tesouraria e de financiamento às sociedades do grupo estabelecidas na Europa, com exceção das estabelecidas na Itália⁴⁶.

Em 3 de setembro de 2012, a FFT celebrou com as autoridades fiscais luxemburguesas um APPT vinculativo por um período de 5 anos, que confirmou que “(...) a análise dos preços de transferência efetuada pelo consultor fiscal (...) conduzia a uma remuneração em condições de plena concorrência para as funções exercidas e o risco suportado pela FFT.”⁴⁷

Na sequência do procedimento de investigação formal, a CE veio, todavia, concluir que o referido APPT constituía um auxílio de Estado.

Em abono da sua tese, a CE arguiu que, “(...) apesar de considerar adequada a utilização do MMLO⁴⁸ (...), [as] várias opções metodológicas, escolhas de parâmetros e ajustamentos (...) efetuados pelo consultor fiscal aquando da aplicação do método, não [foram] apropriadas para o cálculo da matéria coletável da FFT no Luxemburgo.”⁴⁹

Em concreto, na determinação da remuneração da FFT pelas suas atividades de financiamento intragrupo e de tesouraria, a CE contestou o montante dos capitais a remunerar e a taxa de rendimento aplicada.

Para efeitos de cálculo da rentabilidade sobre capital, a CE concluiu que a opção de segmentar os capitais próprios em três categorias referentes à remuneração dos riscos, das atividades de *holding* e das funções⁵⁰, às quais eram aplicadas taxas de rendimento diferentes, assentava numa análise puramente artificial.

⁴⁶ Cfr. Decisão (UE) 2016/2326 da Comissão, de 21 de outubro de 2015, §34 a 36.

⁴⁷ Idem, §54.

⁴⁸ Método da margem líquida da operação, doravante designado por “MMLO” ou, em alternativa, por “MMLT”.

⁴⁹ Idem, §248.

⁵⁰ Idem, §61, 62, 65 e 70.

Segundo afirma, “[o]s capitais próprios da FFT est[avam] inteiramente disponíveis para sustentar a solvabilidade da FFT e dev[iam] ser remunerados na sua totalidade de acordo com os riscos dos ativos da FFT”⁵¹ e, como tal, sujeitos a uma taxa única.

Já no que respeita ao indicador do nível de lucro, a CE observou que, ao “(...) aplicar uma rendibilidade dos capitais próprios aos fundos próprios regulamentares hipotéticos da FFT, o consultor fiscal da FFT obteve um nível estimado de remuneração das funções exercidas e dos riscos incorridos pela FFT que não constitu[ía] uma aproximação fiável de um resultado baseado no mercado.”⁵²

A relevante discrepância, verificada em 2011, entre o montante dos capitais próprios contabilísticos da FFT (que ascendia a 287,5 milhões de euros) e o montante dos fundos próprios regulamentares hipotéticos (que apenas totalizava 28,5 milhões) constituiu uma indicação de que o princípio da plena concorrência não tinha sido respeitado⁵³.

Em contrapartida, a CE concluiu que “(...) seria conveniente utilizar os capitais próprios contabilísticos como indicador do nível de lucros”, até porque, ao utilizá-los, “(...) não teria sido necessário ao consultor fiscal calcular uma «remuneração das funções» distinta”⁵⁴.

Mas mesmo supondo que os fundos próprios regulamentares hipotéticos pudessem ter sido utilizados, a CE notou que eles não foram corretamente estimados; caso contrário, “(...) os capitais próprios não [seriam] superiores aos fundos próprios regulamentares.”⁵⁵

Com efeito, em seu entender, “(...) a decisão do consultor fiscal de isolar a componente dos fundos próprios denominada «fundos próprios que cobrem os investimentos financeiros na FFNA e na FFC» e de lhe atribuir uma remuneração nula a fim de estimar a matéria coletável da FFT [era] desadequada”⁵⁶.

Por fim, no que diz respeito ao nível de rendibilidade dos capitais a remunerar, a CE considerou que “(...) o fator beta de 0,29 escolhido pelo consultor fiscal para ser

⁵¹ Idem, §282.

⁵² Idem, §256.

⁵³ Idem, §256.

⁵⁴ Idem, §265.

⁵⁵ Idem, §277.

⁵⁶ Idem, §278.

utilizado no CAPM não se coaduna[va] verosimilmente com o fator beta das sociedades do setor financeiro consideradas como validamente comparáveis”⁵⁷.

4.2. O caso Starbucks

A Starbucks Manufacturing EMEA BV (“SMBV”) é uma filial do grupo Starbucks constituída nos Países Baixos⁵⁸, responsável pela torrefação de grãos de café verde e, posteriormente, pela venda do café torrado e produtos equiparados a partes filiadas e não filiadas⁵⁹.

Para o exercício das suas atividades, a SMBV compra os grãos de café verde à Starbucks Coffee Trading SARL (“SCTC”), uma filial do grupo Starbucks estabelecida na Suíça⁶⁰, e paga royalties à Alki Limited Partnership (“Alki”), uma outra filial sediada no Reino Unido, pelo uso dos direitos de propriedade intelectual necessários para o processo de torrefação de café⁶¹.

Em 21 de outubro de 2015, a CE determinou que, ao adotar o APPT controvertido⁶², os Países Baixos concederam um auxílio estatal à SMBV.

No âmbito do seu raciocínio principal, a CE começou por lembrar que o relatório sobre os preços de transferência não examinou se as principais transações intragrupo estavam em condições de plena concorrência.

Começando pelo nível dos royalties, a CE aplicou o método do preço comparável no mercado livre (“método CUP”) e determinou que “(...) uma comparação com transações não controladas comparáveis, em especial os acordos de licença de PI⁶³ de torrefação em vários acordos de distribuição, de fabrico e de torrefação que a Starbucks celebrou com terceiros, demonstra[va] que o valor de plena concorrência dos royalties pagos pela SMBV à Alki LP pela PI de torrefação dev[ia] ser igual a zero.”⁶⁴

⁵⁷ Idem, §293.

⁵⁸ Cfr. Decisão (UE) 2017/502 da Comissão, de 21 de outubro de 2015, parágrafo 37

⁵⁹ Idem, §49 e 141.

⁶⁰ Idem, §50.

⁶¹ Idem, §51.

⁶² Em 28 de abril de 2008, as autoridades fiscais neerlandesas celebraram um APPT com a SMBV, vinculativo durante 10 anos, que tinha por objeto determinar a remuneração da SMBV pelas suas atividades de produção e de distribuição de café torrado dentro do grupo Starbucks.

⁶³ Propriedade intelectual, doravante designada “PI”.

⁶⁴ Idem, §360.

Por conseguinte, ao aceitar que “(...) todos os lucros gerados pela SMBV superiores a [9-12] % da despesa de exploração [fossem] transferidos para a Alki LP”, o APPT conferiu uma vantagem seletiva à SMBV⁶⁵.

Em seguida, a CE considerou que, a partir de 2011, o preço dos grãos de café verde pago pela SMBV à SCTC era excessivo face aos valores de mercado⁶⁶, o que reduziu os lucros contabilísticos da SMBV e, assim, a sua matéria coletável nos Países Baixos.

Neste sentido, e tendo em conta que “(...) a Starbucks não apresentou qualquer justificação válida (...), a Comissão consider[ou] que (...) não dev[ia] ser aceite nenhuma dedução correspondente aos lucros contabilísticos da SMBV”⁶⁷.

A título subsidiário, a CE considerou ainda que o APPT validou uma aplicação incorreta do método de preços de transferência selecionado, o MMLT.

Embora a presente temática seja objeto de um estudo detalhado na presente dissertação, refira-se agora que, em termos sintéticos, a CE contestou a escolha da parte testada, do indicador de nível de lucro e dos ajustamentos *ad hoc* propostos, porque, em seu entender, tais opções metodológicas não conduziram a uma aproximação fiável de resultados baseados no mercado.

4.3. Decisões do Tribunal Geral

No processo Fiat, as alegações da CE foram confirmadas na íntegra pelo TG e, consequentemente, ordenou-se a recuperação do auxílio de Estado ilegalmente concedido à FFT.

Pelo contrário, no processo Starbucks, o órgão jurisdicional concluiu que a CE falhou na tarefa de demonstrar que a inobservância das prescrições metodológicas – nomeadamente, a seleção do MMLT e o respetivo modo de aplicação – não permitiu

⁶⁵ Idem, §361. Na decisão impugnada, a CE acrescentou que “(...) o pagamento de royalties é dedutível para efeitos do imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas e não está sujeito a retenção na fonte neerlandesa.” – Idem, §44. Com efeito, “[o]s lucros tributáveis da SMBV nos Países Baixos (...) [foram] reduzidos por royalties pagos à Alki LP” – Idem, §99.

⁶⁶ “Com base nos dados contabilísticos disponíveis, (...) a margem de lucro média sobre os custos de grãos de café verde situava-se em [cerca de 3 %] para o período de 2005 a 2010, em comparação com uma margem de lucro média de [cerca de 18 %] durante o período de 2011 a 2014.” – Idem, §115.

⁶⁷ Idem, §348.

alcançar uma aproximação fiável dos resultados baseados no mercado. Na medida em que a prova produzida foi insuficiente, a CE viu desatendida a sua pretensão neste caso.

5. Consequências decorrentes das decisões do Tribunal Geral

5.1. O papel da Comissão Europeia no controlo dos auxílios de Estado

A configuração do regime dos auxílios de Estado implica a identificação do papel assumido pela CE no respetivo procedimento de controlo. A este respeito, suscitaram-se dois tipos de conflitos entre aquela e os EM sob investigação.

O primeiro prende-se, desde logo, com a competência para sindicar a compatibilidade de determinadas medidas fiscais com as regras de auxílios de Estado, visto que, no caso Fiat, o Grão-Ducado do Luxemburgo alegou que a CE excedeu as suas competências em matéria de Direito da Concorrência para, dessa forma, entrar no domínio soberano da tributação direta dos EM⁶⁸.

Nesta senda, o TG começou por lembrar que, pese embora a fiscalidade direta seja um dos últimos redutos da soberania tributária⁶⁹, os EM devem, impreterivelmente, respeitar o DUE – em particular, o regime dos auxílios de Estado⁷⁰ –, que é vinculativo e prevalece sobre a sua legislação nacional, de tal modo que, muitas vezes, leva à desaplicação das disposições internas que conflituam com os Tratados.

Além disso, constituindo a fiscalidade um instrumento essencial para o bom funcionamento do mercado interno, a CE deve intervir corretivamente quando as medidas fiscais adotadas pelos EM ponham em causa a concretização desse desiderato.

Em função das considerações precedentes, o TG concluiu que “(...) sendo a Comissão competente para velar pelo respeito do artigo 107.º TFUE, [ela] não pode ser acusada de ter excedido as suas competências ao examinar a decisão antecipativa em causa, a fim de verificar se esta constituía um auxílio de Estado”⁷¹.

⁶⁸ Cfr. Ac. do TG de 24 de setembro de 2019, *Luxemburgo e Fiat Chrysler Finance Europe/Comissão*, processos T-755/15 e T-759/15, §100.

⁶⁹ Cfr. Idem, §105; Ac. do TG de 24 de setembro de 2019, *Países Baixos/Comissão*, processos T-760/15 e T-636/16, §159.

⁷⁰ Cfr. Idem, §142; Ac. do TG de 24 de setembro de 2019, *Luxemburgo e Fiat Chrysler Finance Europe/Comissão*, processos T-755/15 e T-759/15, §104.

⁷¹ Idem, §107.

O segundo tipo de conflitos incide sobre a consagração de um princípio da plena concorrência próprio do DUE, que, no entender dos recorrentes, tem por consequência uma harmonização fiscal dissimulada⁷².

Antes de consolidar, em termos definitivos, a conclusão que propugnamos sobre o princípio da plena concorrência *sui generis*, procuraremos primeiro demonstrar que, no âmbito da sua atuação, a CE não pode obliterar o exercício da soberania tributária dos EM, no sentido de transformar as limitações às competências fiscais nacionais em competências próprias ou concorrenciais⁷³.

Com efeito, e numa nota crítica às decisões do TG – que frustrou indelevelmente a alegação dos recorrentes⁷⁴ –, a CE deve apenas proibir os auxílios de Estado incompatíveis com o mercado interno e não impor a sua própria visão de uma correta política de auxílios de Estado⁷⁵, porque isso “(...) equivale a conceder à Comissão um poder de controlo e direcção sobre a política económica dos Estados-membros.”⁷⁶

Posto isto, e como se perceberá melhor ao longo do desenvolvimento da presente dissertação, pode concluir-se que os poderes da CE no controlo dos auxílios de Estado, previstos nos termos dos n.ºs 1 e 2 do artigo 108.º do TFUE, foram não só reconhecidos, como também reforçados, visto que, substancialmente, o TG confirmou a sua análise em algumas das questões jurídicas mais contenciosas dos processos sob análise.

⁷² “(...) [A] harmonização da legislação nacional em matéria de tributação das sociedades (..) seria alegadamente realizada pela Comissão ao exigir que os Estados-Membros observem normas como o princípio de plena concorrência que são estranhos aos sistemas fiscais de alguns Estados-Membros e, como tal, tornam as decisões fiscais desses Estados-Membros suscetíveis a uma determinação da existência de auxílio.” – Cfr. Decisão (UE) 2017/1283 da Comissão, de 30 de agosto de 2016, relativa ao auxílio estatal SA.38373 (2014/C) (ex 2014/NN) (ex 2014/CP) concedido pela Irlanda à Apple, §173 (doravante designada por “Decisão (UE) 2017/1283 da Comissão, de 30 de Agosto de 2016”); Ac. do TG de 24 de setembro de 2019, *Luxemburgo e Fiat Chrysler Finance Europe/Comissão*, processos T-755/15 e T-759/15, §156.

⁷³ Cfr. ANTÓNIO CARLOS DOS SANTOS, op. cit., p. 352.

⁷⁴ “Em primeiro lugar, no que diz respeito ao argumento relativo à harmonização fiscal disfarçada, o tribunal observa que, ao considerar se a decisão fiscal controvertida cumpria as regras relativas aos auxílios estatais, a Comissão não prosseguiu nenhuma ‘harmonização fiscal’, mas exerceu o poder que lhe foi conferido pelos Tratados, verificando se essa decisão tributária conferia ao seu beneficiário uma vantagem em comparação à tributação ‘normal’, conforme definido pela legislação fiscal nacional.” – Cfr. Ac. do TG de 24 de setembro de 2019, *Luxemburgo e Fiat Chrysler Finance Europe/Comissão*, processos T-755/15 e T-759/15, §111.

⁷⁵ Neste sentido, vd. MANUEL LOPES PORTO e JOÃO NOGUEIRA DE ALMEIDA, “Controlo negativo, controlo positivo ou ambos?”, in *Revista de Concorrência e Regulação*, ano 1, n.º 3, 2010, p. 182, disponível em http://www.concorrenca.pt/vPT/Estudos_e_Publicacoes/Revista_CR/Documents/Revista%20C_R%203.pdf, consultado pela última vez a 26.04.2021.

⁷⁶Cfr. MANUEL LOPES PORTO e JOÃO NOGUEIRA DE ALMEIDA, op. cit., p. 184.

5.2. Efeito no grupo

No quadro da análise do elemento “vantagem económica”, importa ter presente a problemática do “efeito no grupo”. Esta questão, que se centra em saber se a existência de uma vantagem deve ser aferida individualmente ou ao nível do grupo, foi objeto de dissídio entre as partes no processo Fiat.

A FFT alegou, em traços gerais, “(...) que o grupo Fiat não beneficiou de qualquer vantagem dado que qualquer aumento da matéria coletável no Luxemburgo seria totalmente compensado por um aumento da dedução fiscal nos outros Estados-Membros”⁷⁷.

Em resposta a esta alegação, a CE determinou que a apreciação da existência de uma vantagem “(...) deve recair no tratamento do qual é objeto a sociedade no Estado-Membro em causa, ou seja, a FFT e o Luxemburgo, e não deve ter em conta a possibilidade de que o impacto seja neutro ao nível das outras sociedades do grupo Fiat resultante do tratamento de que são objeto noutros Estados-Membros.”⁷⁸

Subsequentemente, os recorrentes entenderam que a decisão impugnada era manifestamente “(...) deficiente e contraditória, na medida em que a Comissão recusou (...) tomar em consideração os seus efeitos ao nível do grupo Fiat/Chrysler, invocando simultaneamente os efeitos da vantagem para designar (...) esse grupo como sendo o beneficiário do pretense auxílio em causa.”⁷⁹

Chamado a pronunciar-se, o TG acabou por afastar, por serem improcedentes, os argumentos esgrimidos pelos recorrentes.

Segundo afirma, “(...) não existe nenhuma incoerência nas apreciações da Comissão (...) quanto à determinação do beneficiário do auxílio, sendo este identificado, em substância, como sendo a FFT, diretamente, e o grupo Fiat/Chrysler, indiretamente, na medida em que a FFT forma uma unidade económica e, portanto, uma empresa, na aceção do direito dos auxílios de Estado, com o grupo Fiat/Chrysler.”⁸⁰

⁷⁷ Cfr. Decisão (UE) 2016/2326 da Comissão, de 21 de outubro de 2015, §312.

⁷⁸ Idem, §314.

⁷⁹ Cfr. Ac. do TG de 24 de setembro de 2019, *Luxemburgo e Fiat Chrysler Finance Europe/Comissão*, processos T-755/15 e T-759/15, §306.

⁸⁰ Idem, §314.

Nesta linha de raciocínio, a CE já havia elucidado que “[u]ma medida pode igualmente constituir uma vantagem direta para a empresa beneficiária e uma vantagem indireta para outras empresas”⁸¹, confirmando-se que “[e]xiste uma vantagem indireta se a medida for concebida de forma a distribuir os seus efeitos secundários a empresas ou grupos de empresas identificáveis.”⁸²

No caso em concreto, o TG precisou que “(...) qualquer vantagem, que beneficia a FFT, beneficia o referido grupo no seu conjunto, em especial, se acarretar (...) condições de empréstimos, consentidas pela FFT às outras sociedades do grupo, mais vantajosas devido à diminuição da carga fiscal de que esta última beneficia.”⁸³

Com efeito, estando demonstrada a existência de uma vantagem económica, a medida fiscal em apreciação pode ter um ou vários beneficiários.

Quanto ao âmago do problema aqui levantado, o TG concluiu que “(...) a existência de uma vantagem é determinada em relação às regras normais de tributação, pelo que as regras fiscais de outro Estado Membro não são pertinentes. Por conseguinte, uma vez demonstrado que uma empresa integrada beneficia ao abrigo de uma medida fiscal concedida por um Estado-Membro de uma redução da carga fiscal que deveria normalmente suportar nos termos das regras normais de tributação, a situação fiscal de outra empresa do grupo noutro Estado-Membro não tem incidência na existência da vantagem.”⁸⁴

Do acima transcrito pode extrair-se duas conclusões. Primeiro, a abordagem seguida é conforme com a metodologia adotada para efeitos da apreciação da existência de uma vantagem económica, porque, como já tivemos oportunidade de ver, o termo de comparação apenas pode ser a carga fiscal que normalmente onera a empresa de acordo com o sistema geral de tributação do EM sob investigação. Segundo, essa indagação deve ser desenvolvida no universo de um único EM, não sendo possível de anulação ou

⁸¹ Cfr. Comunicação da Comissão sobre a noção de auxílio estatal nos termos do artigo 107.º, n.º 1, do TFUE, §115.

⁸² Idem, §116.

⁸³ Cfr. Ac. do TG de 24 de setembro de 2019, *Luxemburgo e Fiat Chrysler Finance Europe/Comissão*, processos T-755/15 e T-759/15, §316.

⁸⁴ Idem, §318.

compensação através de eventuais desvantagens que as outras empresas do grupo possam obter noutros EM.

Em todo o caso, o TG lembrou que “(...) nem o Grão-Ducado do Luxemburgo nem a FFT demonstra[ram] que as reduções de imposto de que esta última beneficiaria no Luxemburgo seriam «neutralizadas» por aumentos de imposto noutros Estados-Membros.”⁸⁵

Aliás, como sublinham Ivan Lazarov e Svirlana Buriak, no caso em apreço essa neutralização nunca seria possível de demonstrar devido à aplicação do MMLT⁸⁶. Isto porque, e como ilustrado pela CE na decisão impugnada, “(...) o MMLO não estabelece um preço para transações individuais, [pelo que] o rendimento tributável de uma entidade à qual se aplica poderá não ter impacto direto no rendimento tributável de outra entidade do mesmo grupo de sociedades.”⁸⁷

De qualquer forma, e atento todo o percurso discursivo traçado pelo coletivo de juízes, essa neutralização seria inócua para efeitos de auxílios de Estado.

5.3. O princípio da plena concorrência *sui generis*

Nos processos sob análise, a CE utilizou, pela primeira vez, o seu próprio princípio da plena concorrência como critério de apreciação dos auxílios de Estado, o que propagou a discordância na comunidade fiscal.

Segundo afirma, o princípio da plena concorrência *sui generis* encontra-se abrangido pela aplicação do artigo 107.º, n.º 1 do TFUE e transcende o direito nacional do EM sob investigação⁸⁸ e as Orientações da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (“OCDE”)⁸⁹.

⁸⁵ Idem, §317.

⁸⁶ Cfr. “Is Fiat’s Tank Half-Full or Half Empty? The General Court’s Decision in Luxembourg v. Commission (T-755/15)”, in *International Transfer Pricing Journal*, vol. 27, n.º 1, 2020, p. 77, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3746866, consultado pela última vez a 26.04.2021.

⁸⁷ Cfr. Decisão (UE) 2016/2326 da Comissão, de 21 de outubro de 2015, §92.

⁸⁸ Ou seja, este princípio é aplicável independentemente da sua incorporação no direito interno do EM sob investigação. – Cfr. Decisão (UE) 2017/502 da Comissão, de 21 de outubro de 2015, §264; Decisão (UE) 2016/2326 da Comissão, de 21 de outubro de 2015, §228; Comunicação da Comissão sobre a noção de auxílio estatal nos termos do artigo 107.º, n.º 1, do TFUE, §172.

⁸⁹ Em resposta à objeção dos recorrentes de que a CE se substituiu às autoridades fiscais nacionais na interpretação da legislação nacional em matéria de preços de transferência, a CE declarou que não havia

Neste sentido, a CE criou um sistema de referência universal⁹⁰ para avaliar a compatibilidade das medidas fiscais com as regras de auxílios de Estado, simplificando o respetivo procedimento de investigação⁹¹.

Ora, a despeito das considerações tecidas pelos recorrentes⁹², o TG veio confirmar que o princípio da plena concorrência *sui generis* constitui, efetivamente, um instrumento de referência que permite à CE, no âmbito do exercício das suas competências, “(...) determinar se uma sociedade integrada [beneficia], ao abrigo de uma medida fiscal que determina os seus preços de transferência, de uma vantagem na aceção do artigo 107.º, n.º1, TFUE.”⁹³

Para sustentar a sua conclusão, o TG esclareceu que “(...) embora a tributação dita «normal» seja definida pelas normas fiscais nacionais e a própria existência de uma vantagem deva ser estabelecida em relação às mesmas, não é menos verdade que, se for previsto por normas nacionais que as sociedades autónomas e as sociedades integradas são tributadas nas mesmas condições, o artigo 107.º, n.º 1, TFUE permite à Comissão fiscalizar se o nível de preços das transações intragrupo, aceite pelas autoridades nacionais para a determinação da matéria coletável de uma empresa integrada, corresponde ao nível de preços de uma transação que foi negociada em condições de mercado.”⁹⁴

Assim, contrariamente ao que se esperava, a sentença recorrida parece acolher a tese qualificativa da CE.

avaliado a compatibilidade das medidas fiscais à luz do princípio da plena concorrência previsto no direito interno dos EM sob investigação, que, nestes casos, correspondia ao princípio descrito nas Orientações da OCDE, mas, sim, tendo em consideração o seu próprio princípio da plena concorrência. – Cfr. Decisão (UE) 2016/2326 da Comissão, de 21 de outubro de 2015, §228 a 231.

⁹⁰ O princípio da plena concorrência inscreve-se no âmbito da análise da “vantagem seletiva”. Como sabemos, a análise dos critérios “vantagem” e “seletividade” dependem da prévia determinação do sistema de referência. Ao utilizar o princípio da plena concorrência *sui generis*, a CE ultrapassa as dificuldades que podem resultar da identificação do sistema de referência nos quadros do direito interno e cria um sistema de referência alternativo ou adicional para dar cumprimento às regras de auxílio de Estado.

⁹¹ Cfr. RUTH MASON, “State Aid Special Report — Part 6: Arm’s Length on Appeal”, in *Tax Notes*, vol. 158, n.º 6, 2018, p. 783, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3135505, consultado pela última vez a 26.04.2021.

⁹² Segundo os recorrentes, a análise da existência de uma vantagem económica devia ter sido feita por via do direito fiscal nacional. Na medida em que esse exame foi efetuado à luz do princípio da plena concorrência *sui generis*, a CE violou a autonomia fiscal dos EM.

⁹³ Cfr. Ac. do TG de 24 de setembro de 2019, *Países Baixos/Comissão*, processos T-760/15 e T-636/16, §151.

⁹⁴ Idem, §159

Embora se reconheça que a determinação do sistema de referência não seja uma tarefa fácil, “(...) dada a heterogeneidade dos regimes fiscais nacionais dos Estados-Membros e a multiplicidade de formas que as derrogações a esses sistemas podem assumir”⁹⁵, não se justifica, quanto a nós, o reconhecimento do princípio da plena concorrência *sui generis*.

No estágio atual do DUE, e no sentido de proteger a soberania tributária dos EM em matéria de fiscalidade direta, o critério decisivo para avaliar se uma determinada medida fiscal concede uma vantagem económica apenas pode ser o regime geral de tributação do EM sob investigação⁹⁶.

Quer isto dizer que, no nosso entender, o princípio da plena concorrência, alegadamente previsto no artigo 107.º, n.º 1 do TFUE, não deve ser considerado um sistema de referência autónomo nem assumir uma natureza complementar face às regras fiscais nacionais na apreciação dos auxílios de Estado.

Um outro problema suscitado por esta nova abordagem decorre, do nosso ponto de vista, da desconformidade com o preceito comunitário, que admite, de forma inequívoca, a liberdade de escolha do método de alocação⁹⁷.

Assim, e ao contrário do que a CE advoga, o DUE não exige aos EM a adoção, nos quadros do seu direito interno, do princípio da plena concorrência nem de qualquer outra regra de preços de transferência para alocar os lucros entre as empresas que compõem um grupo multinacional, muito menos impõe a aplicação de uma versão particular daquele princípio por ela desenvolvido⁹⁸.

Expressão cabal desta ilação é especialmente visível no parágrafo 159 do processo Starbucks, onde o TG reconheceu “(...) que a Comissão não dispõe, nesta fase do desenvolvimento do direito da União Europeia, de uma competência que lhe permita

⁹⁵ Cfr. MARIANA ESTEVES, op. cit., p. 15.

⁹⁶ Cfr. Ac. do TG de 24 de setembro de 2019, *Países Baixos/Comissão*, processos T-760/15 e T-636/16, §133.

⁹⁷ O artigo 107.º, n.º 1 do TFUE é parte do direito primário da União Europeia. Então, se afirmarmos que o normativo favorece a aplicação de um determinado método de alocação, esse método gozará de força vinculativa para todos os EM, por força do princípio da primazia do DUE.

⁹⁸ Cfr. RUTH MASON, “Tax Rulings as State Aid — Part 4: Whose Arm’s-Length Standard?”, in *Tax Notes*, vol. 155, n.º 7, 2017, p. 956, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2990603, consultado pela última vez a 26.04.2021.

definir de forma autónoma a tributação dita «normal» de uma empresa integrada, fazendo abstração das regras fiscais nacionais.”⁹⁹

Aliás, como atrás se demonstrou, o artigo 107.º, n.º 1 do TFUE apenas preclui a atribuição de vantagens económicas pelos EM em favor de certas empresas ou de certas produções em detrimento de outras, que compõem o quadro de comparação.

Nesta linha de raciocínio, e como assevera Ruth Mason, “(...) os esforços da Comissão devem então ser limitados a garantir que (i) a regra de alocação do Estado-Membro não viola as regras de auxílios de Estado e que (ii) o Estado-Membro aplica a regra de alocação escolhida de forma consistente a todos os contribuintes.”¹⁰⁰

Além disso, a CE está em terreno movediço quando alega que a sua tese é corroborada pelo Acórdão de 22 de junho de 2006, *Bélgica e Forum 187/Comissão*¹⁰¹, no qual o TJUE considerou que “[p]ara examinar se a determinação dos lucros tributáveis, como prevista no regime dos centros de coordenação, confere uma vantagem a estes últimos, importa (...) comparar o referido regime com o do direito comum baseado na diferença entre receitas e despesas de uma empresa que exerça as suas actividades em condições de livre concorrência.”¹⁰²

Vejamos, então, os aspetos que nos levam a formular tal convicção.

Antes de mais, há que precisar que a expressão “diferença entre receitas e despesas de uma empresa que exerça as suas atividades em condições de livre concorrência” deve ser interpretada como uma manifestação do princípio da tributação líquida, que, na opinião de Jérôme Monsenego, não depende do princípio da plena concorrência¹⁰³.

⁹⁹ Cfr. Ac. do TG de 24 de setembro de 2019, *Países Baixos/Comissão*, processos T-760/15 e T-636/16, §159; Ac. do TG de 24 de setembro de 2019, *Luxemburgo e Fiat Chrysler Finance Europe/Comissão*, processos T-755/15 e T-759/15, §112.

¹⁰⁰ Cfr. “State Aid Special Report — Part 6: Arm’s Length on Appeal”, in *Tax Notes*, vol. 158, n.º 6, 2018, p. 794, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3135505, consultado pela última vez a 26.04.2021.

¹⁰¹ Cfr. Idem, p. 793; Decisão (UE) 2017/502 da Comissão, de 21 de outubro de 2015, §258 a 261.

¹⁰² Cfr. Ac. do Tribunal de Justiça de 22 de junho de 2006, *Bélgica e Forum 187/Comissão*, processos apensos C-182/03 e C-217/03, §95.

¹⁰³ De acordo com o autor, “(...) o princípio da plena concorrência não é o único método de alocação que permite que as empresas integradas sejam tributadas pelo lucro que lhes seja atribuível e de acordo com o princípio da tributação líquida, embora seja provavelmente o método de alocação que melhor satisfaz esse objetivo.” – Cfr. JÉRÔME MONSENEGO, *Selectivity in State Aid Law and the Methods for the Allocation of the Corporate Tax Base*, Wolters Kluwer, 2018, p. 32-33.

Ademais, não se pode entender que este aresto “(...) identificou um princípio da plena concorrência próprio do direito da União, na medida em que, nesse caso, por um lado, o princípio da plena concorrência estava incorporado no direito nacional belga e, por outro, o acórdão faz referência às Orientações da OCDE, que foram integradas no direito nacional belga.”¹⁰⁴

Não obstante o exposto, o TG pronunciou-se mais uma vez no sentido preconizado pela CE, subscrevendo a sua fundamentação¹⁰⁵.

Para finalizar, não será despidendo referir que, através de uma interpretação inovadora das regras de auxílios de Estado, a CE esgrimiou outro argumento de carácter jurídico para sustentar a sua tese.

Em concreto, a CE veio sugerir que a igualdade de tratamento entre empresas comparáveis, para além de encontrar reflexo direto no artigo 107.º, n.º 1 do TFUE, apenas seria plenamente satisfeita através da aplicação do princípio da plena concorrência *sui generis*¹⁰⁶.

Esta abordagem é, no entanto, bastante questionável. Ora, se, em substância, o princípio da plena concorrência visa uma igualdade de tratamento entre empresas independentes e empresas integradas, a verdade é que nem sempre – dir-se-ia mesmo, raras vezes – consegue alcançar na prática esse desiderato. Isto porque, tendo um carácter aproximativo e subjetivo, o princípio da plena concorrência não representa necessariamente a realidade económica das transações efetuadas entre empresas integradas¹⁰⁷.

Num segundo contra-argumento, intimamente relacionado com o primeiro, vale notar que a identificação de transações não vinculadas comparáveis com as transações vinculadas revela-se, por vezes, extremamente difícil, “(...) pois as empresas relacionadas poderão desenvolver operações que empresas independentes não efetuariam, não com o

¹⁰⁴ Cfr. Ac. do TG de 24 de setembro de 2019, *Países Baixos/Comissão*, processos T-760/15 e T-636/16, §134.

¹⁰⁵ Com efeito, uma das questões a clarificar pelo TJUE nos recentes processos recorridos será, precisamente, a de saber se a CE pode basear a aplicação do seu próprio princípio da plena concorrência nesse aresto.

¹⁰⁶ Cfr. JÉRÔME MONSÉNAGO, *op. cit.*, p. 35-36; Decisão (UE) 2017/502 da Comissão, de 21 de outubro de 2015, §264; Decisão (UE) 2016/2326 da Comissão, de 21 de outubro de 2015, §228.

¹⁰⁷ Cfr. JÉRÔME MONSÉNAGO, *op. cit.*, p. 125.

intuito de obter vantagens fiscais, mas porque, nas suas relações recíprocas, as empresas de um mesmo grupo operam num contexto comercial diferente do das empresas independentes.”¹⁰⁸

Efetivamente, nas relações entre empresas integradas as condições de eficiência económica são favorecidas pela redução de custos de transação, pelas economias de escala e pelas sinergias proporcionadas pela interligação das atividades desenvolvidas. Assim, em razão das peculiaridades da sua própria estrutura, as empresas integradas apuram um lucro residual, que não se reproduz entre empresas independentes.

Nestas circunstâncias, é necessário aceitar as diferenças que existem entre as empresas independentes e as empresas integradas, até porque, frustrando-se a sua comparação, a igualdade não é desejada entre as duas categorias de empresas.

Com efeito, tomando em consideração as dificuldades na sua aplicação, o princípio da plena concorrência *sui generis* não está isento de críticas.

5.4. O papel das Orientações da OCDE

Uma parte considerável do debate sobre o princípio da plena concorrência *sui generis* centra-se em saber em que medida as Orientações da OCDE são relevantes para a sua interpretação.

Como sabemos, a generalidade dos EM assumiram como ponto de partida, aquando da elaboração dos seus regimes de preços de transferência, os princípios orientadores elaborados pela OCDE¹⁰⁹.

Todavia, não há, até à data, uma interpretação uniformemente aceite sobre as Orientações da OCDE no espaço europeu¹¹⁰, uma vez que nem todos os EM as seguiram *ipsis verbis* e outros nem sequer as incorporaram no seu direito interno.

Sabendo-se que os Tratados deixam aos EM a tarefa de definir o seu sistema de tributação, facilmente se compreende que não compete à CE projetar essa interpretação

¹⁰⁸ Cfr. LUÍS RAMOS, “O princípio da plena concorrência e a problemática dos comparáveis”, in *Preços de Transferência – Casos Práticos* (obra coletiva), Porto, Grupo Editorial Vida Económica, 2006, p. 289.

¹⁰⁹ Cfr. HELENA SOUSA, “O contributo da OCDE para a disciplina dos Preços de Transferência”, in *Preços de Transferência – Casos Práticos* (obra coletiva), Porto, Grupo Editorial Vida Económica, 2006, p. 204.

¹¹⁰ HAN VERHAGEN, op. cit., p. 284.

uniformizante das Orientações da OCDE com base nas regras de auxílios de Estado¹¹¹; *a contrario*, permitir-se-ia que um instrumento de *soft law* afetasse o exercício da soberania tributária dos EM.

Pronunciando-se sobre a presente temática, a CE enfatizou que o princípio da plena concorrência que aplica em matéria de auxílios de Estado é um princípio independente e específico do DUE, que não se confunde com o do artigo 9.º da Convenção Modelo da OCDE (a seguir “CMOCDE”)¹¹².

No que respeita à sua natureza jurídica, e conforme já referido, a CE precisou nas decisões impugnadas que o princípio da plena concorrência *sui generis* é um princípio geral de igualdade de tratamento em matéria de tributação¹¹³, que contribui para a realização dos princípios da livre concorrência e da não discriminação entre os operadores económicos que operam no mercado interno e que se encontram numa situação legal e factual comparável.

Por conseguinte, este princípio “(...) tornou-se parte do Direito da Concorrência, mais do que do Direito Fiscal”¹¹⁴, podendo diferir do papel tradicional assumido nos quadros da OCDE de proteção da base tributável e de prevenção da dupla tributação¹¹⁵.

Com este enquadramento normativo parece não restar dúvidas que o princípio da plena concorrência *sui generis* não deriva das Orientações da OCDE, até porque, para além dos argumentos supracitados, a redação do artigo 107.º, n.º 1 do TFUE mantém-se praticamente incólume desde o Tratado de Roma e as Orientações da OCDE foram publicadas muito mais tarde¹¹⁶.

¹¹¹ Idem, p. 284.

¹¹² Cfr. Decisão (UE) 2017/502 da Comissão, de 21 de outubro de 2015, §264; Decisão (UE) 2016/2326 da Comissão, de 21 de outubro de 2015, §228.

¹¹³ A este respeito, o TG esclareceu que “(...) essa formulação não deve ser isolada do seu contexto e não pode ser interpretada no sentido de que a Comissão teria afirmado a existência de um princípio geral de igualdade de tratamento perante o imposto inerente ao artigo 107.º, n.º 1, TFUE, o que daria um alcance demasiado amplo ao referido artigo.” – Cfr. Ac. do TG de 24 de setembro de 2019, *Países Baixos/Comissão*, processos T-760/15 e T-636/16, §168.

¹¹⁴ Cfr. SVITLANA BURIK e IVAN LAZAROV, “Between State Aid and the Fundamental Freedoms: the arm’s length principle and EU Law”, in *Common Market Law Review*, vol. 56, n.º 4, 2019, p. 16, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3548598, consultado pela última vez a 26.04.2021, referindo a posição de PETER WATTEL, “Stateless income, State aid and the (which?) arm’s length principle”, in *Intertax*, vol. 44, 2016, p. 792.

¹¹⁵ Idem, p. 16.

¹¹⁶ Cfr. JOÃO FÉLIX NOGUEIRA, *Opinion Statement ECJ-TF 1/2020 on the General Court decisions of 24 September 2019, in Cases C-760/15 & T- 636/16, The Netherlands v. Commission (Starbucks), and Cases*

Ainda assim, não se pode deixar de reconhecer que, pese embora careçam de força jurídica vinculativa, “(...) estas orientações se baseiam em trabalhos realizados por grupos de peritos, refletem o consenso alcançado à escala internacional relativamente aos preços de transferência e revestem, deste modo, uma importância prática indubitável na interpretação das questões relativas aos preços de transferência”¹¹⁷.

Isto visto, importa agora sublinhar que o direito interno dos EM sob investigação – i.e., dos Países Baixos e do Luxemburgo – releva um alinhamento com o princípio da plena concorrência da OCDE.

Nestes casos, e de acordo com a CE, “(...) se um acordo de fixação dos preços de transferência estiver em conformidade com as orientações fornecidas pelos Princípios da OCDE em matéria de preços de transferência, incluindo as orientações sobre a escolha do método mais apropriado, e conduzir a uma aproximação fiável de resultados baseados no mercado, uma decisão fiscal que subscreva esse acordo não é suscetível de constituir um auxílio estatal.”¹¹⁸

No seguimento do que procede, impõe-se a seguinte questão: quando os EM incorporam no seu direito interno o princípio da plena concorrência tal como descrito pela OCDE, há diferenças práticas entre esse princípio e o princípio da plena concorrência *sui generis*?

Esta questão, que suscita uma preocupação crescente sobre o tema em análise, permanece sem uma resposta esclarecedora, na medida em que a indefinição do conteúdo material do princípio da plena concorrência *sui generis* cria uma zona cinzenta entre o que é claramente esse princípio e o princípio da plena concorrência da OCDE.

No entanto, e tendo em conta que, *em teoria*, a abordagem da CE diverge da interpretação das Orientações da OCDE, o que levou, como vimos, ao surgimento de um segundo tipo de princípio de plena concorrência “não associado à OCDE”, a observância

T-755/15 and T-759/15, *Luxembourg v. Commission (Fiat Finance and Trade)*, on State Aid granted by transfer pricing rulings, 2020, p. 10, disponível em https://taxadviserseurope.org/wp-content/uploads/2020/01/ECJ-TF_1-2020_Starbucks-and_-Fiat.pdf, consultado pela última vez a 04.04.2021.

¹¹⁷ Cfr. Ac. do TG de 24 de setembro de 2019, *Países Baixos/Comissão*, processos T-760/15 e T-636/16, §155.

¹¹⁸ Cfr. Comunicação da Comissão sobre a noção de auxílio estatal nos termos do artigo 107.º, n.º 1, do TFUE, §173.

das Orientações da OCDE não protege necessariamente a medida fiscal de ser contestada ao abrigo das regras em matéria de auxílios estatais, ao contrário do que a CE sugere.

5.5. A problemática dos preços de transferência

5.5.1. Métodos de determinação dos preços de transferência

A fixação de preços de transferência considerados como apropriados surge como uma problemática fundamental, de tal modo que, segundo a CE, pode influenciar o teste da seletividade¹¹⁹.

No processo Fiat, a CE não contestou a escolha, aprovada pela decisão antecipativa em causa, do MMLT para estimar uma remuneração em condições normais de mercado pelas funções desempenhadas e pelo risco suportado pela FFT¹²⁰.

Pelo contrário, no processo Starbucks, a seleção da metodologia de determinação dos preços de transferência foi, como sabemos, uma das questões mais contenciosas.

Com base no exposto nas Orientações da OCDE¹²¹, “[a] Comissão estabeleceu, antes de mais, que o APPT tinha sido solicitado e concedido para fixar o preço do contrato de licença de propriedade intelectual entre a SMBV e a Alki e concluiu, em seguida, que, uma vez que era possível determinar um preço comparável para o preço dessa transação, a utilização do método CUP era, no caso em apreço, preferível à do método MMLT.”¹²²

¹¹⁹ De acordo com a CE, “(...) a administração aplica um tratamento fiscal mais «favorável» que o acordado a outros contribuintes que se encontram em situação factual e jurídica semelhante (...) [quando permite] ao seu destinatário utilizar métodos alternativos, mais indiretos, para o cálculo dos lucros tributáveis (...) quando estiverem disponíveis métodos mais diretos.” – Cfr. Comunicação da Comissão sobre a noção de auxílio estatal nos termos do artigo 107.º, n.º 1, do TFUE, §174 (c).

¹²⁰ Cfr. Decisão (UE) 2016/2326 da Comissão, de 21 de outubro de 2015, §246.

¹²¹ As Orientações da OCDE emitiram recomendações na tarefa de selecionar o método de determinação dos preços de transferência que melhor se aproxima dos resultados baseados no mercado. Partindo do pressuposto que os diferentes métodos são fiáveis, as Orientações da OCDE na sua versão de 1995 – em vigor no momento da conclusão dos APPT – dão preferência aos métodos tradicionais (baseados na transação), em particular ao método CUP, em detrimento dos métodos não tradicionais (baseados no lucro), como o MMLT. Assim sendo, no processo de seleção, deve começar-se por verificar se estão reunidas as condições de aplicação dos métodos tradicionais, sendo apenas aplicáveis os métodos baseados no lucro, que têm uma natureza subsidiária, quando não seja exequível a aplicação dos primeiros. – Cfr. Orientações da OCDE em matéria de preços de transferência de 1995, §2.49.

¹²² Cfr. Ac. do TG de 24 de setembro de 2019, *Países Baixos/Comissão*, processos T-760/15 e T-636/16, §183. Também no caso Nike “(...) a Comissão tem dúvidas de que o MMLT fosse, de facto, o método de preços de transferência mais fiável para fixar os preços dos Acordos de Licença da NEON e da CN BV. (...) Na medida em que a base tributável da NEON e da CN BV nos Países Baixos teria sido superior se tivesse sido utilizado o método CUP ou o método de fracionamento do lucro (...), a Comissão conclui

Em sentido diametralmente oposto, o Reino dos Países Baixos sustentou que o MMLT era o método mais adequado. São duas as razões que justificaram a opção metodológica do recorrente, a saber: i) a falta de transações independentes externas ou internas com um grau de comparabilidade suficiente que tornasse viável a aplicação do método CUP e ii) a disponibilidade de informações sobre o lucro de exploração das empresas comparáveis à SMBV no exercício da função de torrefação de grãos de café¹²³.

Neste aresto, o TG não atribuiu relevância à metodologia selecionada. Segundo afirma, “[a] escolha do método de determinação dos preços de transferência não constitui um fim em si”¹²⁴, mas apenas um meio para determinar a conformidade das condições das transações intragrupo com o princípio da plena concorrência. Com base nesse pressuposto, “(...) o contribuinte é, em princípio, livre de escolher um método de preços de transferência”¹²⁵.

Atento o exposto, pode concluir-se que, à primeira vista, não há diferenças entre os métodos de determinação dos preços de transferência para efeitos da disciplina dos auxílios de Estado, uma vez que todos eles visam alcançar um resultado de plena concorrência¹²⁶.

Uma análise mais aprofundada impõe uma conclusão diferente. Para além das dificuldades inerentes às características dos itens transacionados, a falta de informações fiáveis sobre as transações não vinculadas comparáveis, consideradas indispensáveis para a determinação de um preço ou intervalo de valores de plena concorrência, “(...) pode tornar impraticável um método particular, mesmo que inicialmente se possa ter revelado o mais conveniente”¹²⁷.

provisoriamente que a administração fiscal holandesa conferiu uma vantagem à NEON e à CN BV”. – Cfr. Auxílio estatal SA.51284 (2018/NN) — Possível auxílio estatal a favor da Nike, §89.

¹²³ Cfr. Ac. do TG de 24 de setembro de 2019, *Países Baixos/Comissão*, processos T-760/15 e T-636/16, §177.

¹²⁴ Idem §209.

¹²⁵ Idem §214.

¹²⁶ Cfr. JÉRÔME MONSENEGO, op. cit., p. 127. Neste sentido, o TG defendeu que “(...) os diferentes métodos de fixação dos preços de transferência, quer se trate do CUP ou do MMLT, procuram alcançar níveis de lucro que reflitam preços de transferência de plena concorrência.” – Cfr. Ac. do TG de 24 de setembro de 2019, *Países Baixos/Comissão*, processos T-760/15 e T-636/16, §202.

¹²⁷ Cfr. SANDRINA CORREIA - *O regime dos preços de transferência e a litigância fiscal: uma análise à luz de decisões do Centro de Arbitragem Administrativa*, Dissertação de Mestrado em Contabilidade e Finanças, Coimbra, Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, 2018, p. 23, disponível em <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/84664/1/O%20Regime%20dos%20Preços%20de%20Transf>

É o que frequentemente acontece com os métodos tradicionais, em particular com o método CUP que, embora seja abstratamente o mais fidedigno¹²⁸, acaba por ter uma aplicação prática limitada, dado que requer o mais elevado grau de comparabilidade entre as transações vinculadas e não vinculadas.

Apesar do seu aparente caráter subsidiário, o método mais utilizado acaba por ser o MMLT¹²⁹, porque, na tarefa de determinar a margem de lucro líquida, não está sujeito aos riscos associados às diferenças entre as funções exercidas pelas entidades comparáveis¹³⁰.

Com efeito, devido ao concreto funcionamento dos métodos de determinação dos preços de transferência, nem todos conseguem, em termos práticos, alcançar uma aproximação fiável dos resultados baseados no mercado, sendo mais ou menos fiáveis¹³¹.

De qualquer forma, e este é o aspeto que deve ser notado, não existe nenhuma regra que obrigue o contribuinte a dar prioridade a um determinado método de preços de transferência em detrimento de outro, porque, como vimos, os métodos não têm existência ontológica. Seja qual for o método selecionado, o importante é que ele seja apto a assegurar a comparabilidade entre as operações vinculadas e não vinculadas e que, nessa medida, permita concretizar o princípio da plena concorrência.

In casu, o TG concluiu que um resultado baseado no mercado podia ser alcançado através do método selecionado pela Starbucks (o MMLT), sem que fosse necessário demonstrar a inaplicabilidade dos demais¹³².

[erência%20e%20a%20litigância%20fiscal_Sandrina%20Correia.pdf](#), consultada pela última vez em 26.04.2021.

¹²⁸ “Sempre que for possível localizar transações não controladas comparáveis, o método CUP é o método mais direto e fiável para aplicar o princípio da plena concorrência. Por conseguinte, nesses casos o método CUP é preferível a todos os outros métodos.” – Cfr. Orientações da OCDE em matéria de preços de transferência de 1995, §2.7; Orientações da OCDE em matéria de preços de transferência de 2010, §2.14.

¹²⁹ O MMLT consiste na determinação da margem de lucro líquida obtida por uma empresa numa transação vinculada, procedendo-se, posteriormente, ao teste do princípio de plena concorrência por comparação com a margem de lucro líquida obtida numa operação não vinculada entre entidades independentes.

¹³⁰ SANDRINA CORREIA, op. cit., p. 39. No mesmo sentido, vd. JOSÉ AMORIM, “A Propósito da Comparabilidade entre os Métodos de Determinação dos Preços de Transferência”, in *Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas*, n.º 24, 2014, p. 127, disponível em <https://parc.ipp.pt/index.php/rebules/article/view/1003/463>, consultada pela última vez a 26.04.2021.

¹³¹ Quando escolhe um método, o contribuinte deve ter em conta a fiabilidade desse método na situação em causa. – Cfr. Ac. do TG de 24 de setembro de 2019, *Países Baixos/Comissão*, processos T-760/15 e T-636/16, §214.

¹³² O contribuinte não precisa de “(...) avaliar todos os métodos e (...) justificar, posteriormente, as razões pelas quais o método escolhido dá o melhor resultado à luz das circunstâncias em presença.” – Cfr. Ac. do

A corroborar este entendimento, o TG observou que “(...) a Comissão não invoc[ou] nenhum elemento que permit[isse] concluir, sem que [fosse] efetuada uma comparação com o resultado que teria sido obtido com a aplicação do método CUP, que a escolha do MMLT conduz[iu], necessariamente, a um resultado demasiado baixo.”¹³³

5.5.2. *Modo de aplicação dos métodos de determinação dos preços de transferência*

Não se fica por aqui, contudo, este conturbado périplo que vem sendo trilhado em matéria de preços de transferência. Outra questão que foi foco de litigância entre a CE e os recorrentes tem que ver com o modo de aplicação do método de determinação dos preços de transferência selecionado.

No processo Starbucks, numa linha de raciocínio subsidiária, “(...) a Comissão considerou que, mesmo supondo que o MMLT fosse o método apropriado para determinar os lucros realizados pela SMBV, o Relatório sobre os preços de transferência optou por uma aplicação incorreta do MMLT.”¹³⁴

Em primeiro lugar, a CE entendeu que a escolha da SMBV como entidade menos complexa e, portanto, como parte testada¹³⁵ para efeitos de aplicação do MMLT, em vez da Alki, era errada¹³⁶.

TG de 24 de setembro de 2019, *Países Baixos/Comissão*, processos T-760/15 e T-636/16, §214. Não obstante, e por diligência, o contribuinte deve documentar a sua política de preços de transferência (sublinhado nosso).

¹³³ Idem, §212. Com efeito, os erros metodológicos identificados pela CE na decisão impugnada (como a falta de análise dos pagamentos de royalties no APPT e, em especial, a escolha do MMLT) foram inócuos para aquilatar da existência de uma vantagem seletiva. – Idem, § 211.

¹³⁴ Idem, §54.

¹³⁵ “O ponto 3.43 das Orientações da OCDE, na sua versão de 1995, indica que a empresa associada, à qual é aplicado o MMLT, deve ser a empresa relativamente à qual podem ser identificados dados fiáveis sobre as transações mais estreitamente comparáveis. É, a seguir, especificado que isso implica frequentemente escolher a empresa associada que é a menos complexa das empresas envolvidas na transação e que não possui ativos incorpóreos de valor ou ativos únicos. Decorre daí que as orientações não impõem necessariamente a escolha da entidade menos complexa, mas aconselham apenas a escolher a entidade relativamente à qual está disponível o maior número de dados fiáveis.” – Idem, §434.

¹³⁶ Cfr. Idem, §48; Decisão (UE) 2017/502 da Comissão, de 21 de outubro de 2015, §362-377. Esta mesma linha defensiva é utilizada no caso Nike, uma vez que, segundo a CE, “[a]ssumindo que o MMLT é o método de preços de transferência mais fiável para fixar os preços dos Acordos de Licença da NEON e da CN BV, a NIL/NI CV e a AS CV deveriam ter sido considerados as partes com a análise funcional menos complexa em relação a essas transações vinculadas e, portanto, as partes testadas para a aplicação do método.” – Cfr. Auxílio estatal SA.51284 (2018/NN) — Possível auxílio estatal a favor da Nike, §125.

Esta alegação foi, todavia, rejeitada pelo TG, que começou por observar que não era de todo inconcebível que a aplicação do MMLT à entidade mais complexa não pudesse levar a um resultado de plena concorrência¹³⁷.

Acrescentou ainda que, independentemente da entidade testada (i.e., quer se trate da entidade mais ou menos complexa), o resultado devia ser teoricamente o mesmo, na medida em que os lucros residuais seriam alocados à outra parte¹³⁸.

Em todo o caso, no entender daquele coletivo de juízes, “(...) a Comissão limitou-se a afirmar que o erro relativo à determinação da entidade a testar conduzia a uma diminuição do lucro tributável (...) [sem, no entanto, ter apresentado qualquer] elemento suscetível de demonstrar que a aplicação do MMLT à Alki e a afetação dos lucros residuais à SMBV teriam resultado num lucro tributável mais elevado para a SMBV.”¹³⁹

Em segundo lugar, a CE afirmou que as vendas eram um indicador do nível de lucro mais apropriado do que os custos de exploração¹⁴⁰, partindo da premissa que a função principal da SMBV era a revenda de produtos não relacionados com café¹⁴¹, e não a torrefação de café.

Na sua opinião, esta opção metodológica teria conduzido a um nível de remuneração mais elevado, uma vez que, no período compreendido entre 2008 e 2014, as vendas efetuadas pela SMBV triplicaram, ao passo que os custos de exploração apenas progrediram 6%¹⁴².

Ora, em resposta a esta argumentação, o TG declarou que, mesmo supondo que fosse razoavelmente previsível no momento da conclusão do APPT que as vendas da SMBV aumentariam mais do que os seus custos de exploração, a CE não demonstrou

¹³⁷ Cfr. Ac. do TG de 24 de setembro de 2019, *Países Baixos/Comissão*, processos T-760/15 e T-636/16, §436.

¹³⁸ *Idem*, §437

¹³⁹ *Idem*, §430

¹⁴⁰ Cfr. Decisão (UE) 2017/502 da Comissão, de 21 de outubro de 2015, §391 (c). No caso Nike, “(...) a Comissão tem dúvidas quanto ao indicador do nível de lucro escolhido para determinar o lucro tributável dessas entidades [i.e., da NEON e da CN BV]”. Em seu entender, “(...) ao incluir as receitas derivadas da sublicença de PI fora da região EMEA à qual o indicador do nível de lucro é aplicado, os APPT contestados inflacionam artificialmente o nível do pagamento anual de royalties, o que, por sua vez, reduz a base tributável da NEON e da CN BV para efeitos de imposto sobre o rendimento das sociedades nos Países Baixos.” – Cfr. Auxílio estatal SA.51284 (2018/NN) — Possível auxílio estatal a favor da Nike, §133.

¹⁴¹ Cfr. Ac. do TG de 24 de setembro de 2019, *Países Baixos/Comissão*, processos T-760/15 e T-636/16, §478.

¹⁴² Cfr. Decisão (UE) 2017/502 da Comissão, de 21 de outubro de 2015, §388.

“(…) de forma juridicamente bastante que a escolha dos custos de exploração como indicador do nível de lucro não permitia chegar a uma aproximação fiável de resultados baseados no mercado.”¹⁴³

Por fim, os argumentos da CE de que o grupo de pares utilizado para aplicar o MMLT era inapropriado foram rejeitados pelo TG, tendo em conta que as sociedades por si seleccionadas para compor o grupo de pares corrigido tinham “ (...) funções diferentes da função principal da SMBV, tal como identificada pela Comissão, a saber, a revenda de produtos não relacionados com café.”

5.5.3. *As principais lições em matéria de preços de transferência*

Ainda que de modo abreviado, não podemos deixar de dar nota das principais lições que se podem retirar das considerações acima expendidas.

Em primeiro lugar, é importante sublinhar que, para além do enquadramento concetual, o TG procurou analisar em profundidade as decisões impugnadas em sede de preços de transferência, de forma a concluir se o juízo da CE era, em termos factuais e jurídicos, fundado¹⁴⁴.

Desta forma, o TG veio travar o esforço entusiástico da CE de contestar os métodos de preços de transferência adotados sem uma fundamentação bem apoiada.

Em concreto, a CE não pode entender aprioristicamente que as condições entre empresas integradas são diferentes daquelas que seriam acordadas em condições normais de mercado por não ter sido selecionado um determinado método de preços de transferência ou determinados parâmetros de aplicação.

Mais que do que verificar se as condições estabelecidas entre empresas integradas é metodologicamente (in)adequada, a CE, partindo de uma análise funcional¹⁴⁵, deve

¹⁴³ Cfr. Ac. do TG de 24 de setembro de 2019, *Países Baixos/Comissão*, processos T-760/15 e T-636/16, §475.

¹⁴⁴ Neste sentido, vd. RUTH MASON, “Implications of the Rulings in Starbucks and Fiat for the Apple State Aid Case”, in *Tax Notes Federal*, vol. 165, n.º 1, 2019, p. 97, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3459466, consultado pela última vez a 26.04.2021.

¹⁴⁵ Esta análise deve ser dirigida à identificação das funções desenvolvidas, dos ativos utilizados e dos riscos assumidos pelas diferentes empresas que compõem o grupo.

avaliar se os resultados de preços de transferência estão alinhados com o processo de criação de valor.

Com efeito, um aspeto deveras proeminente nesta análise é validar a substância económica das condições praticadas entre empresas integradas.

No processo Starbucks, esta questão colocou-se com particular acuidade. Pese embora tenha inicialmente questionado a racionalidade económica dos *royalties* pagos à Alki pela sua natureza variável¹⁴⁶, o TG veio reconhecer que “[a] propriedade intelectual era efetivamente necessária para o exercício da atividade económica da SMBV, a saber, a produção de café torrado de acordo com as especificações da Starbucks (...), sem a qual não poderia, em seguida, revender o café torrado às lojas Starbucks.”¹⁴⁷

Ora, tendo o TG formado essa convicção, conclui-se que a alocação de lucros da SMBV à Alki por via do pagamento de *royalties* não se afasta das condições praticadas em condições normais de mercado e, como tal, não consubstancia uma vantagem económica para efeitos de auxílios de Estado.

5.6. Ónus da prova

O ponto nevrálgico das decisões do TG foi o ónus da prova, de tal modo que os elementos de prova apresentados pela CE foram decisivos entre ganhar e perder nos processos Fiat e Starbucks, respetivamente.

A este respeito, cumpre notar, como fez o TG, que, “[n]o âmbito da fiscalização dos auxílios de Estado, cabe, em princípio, à Comissão fazer prova, na decisão impugnada, da existência desse auxílio. Em contrapartida, incumbe ao Estado-Membro que introduziu uma diferenciação entre empresas demonstrar que a mesma é justificada pela natureza e a economia do sistema em causa.”¹⁴⁸

¹⁴⁶ Cfr. Ac. do TG de 24 de setembro de 2019, *Países Baixos/Comissão*, processos T-760/15 e T-636/16, §367.

¹⁴⁷ Idem, §262.

¹⁴⁸ Cfr. Idem, §194 e 195; Ac. do TG de 24 de setembro de 2019, *Luxemburgo e Fiat Chrysler Finance Europe/Comissão*, processos T-755/15 e T-759/15, §202 e 203.

Reconhecendo o caráter aproximado do exercício de fixação de preços de transferência¹⁴⁹, o TG elevou a fasquia do ónus da prova que recai sobre a CE.

Neste particular, “(...) não basta, em princípio, a simples verificação pela Comissão de erros na escolha ou na aplicação do método de determinação dos preços de transferência para demonstrar a existência de uma vantagem”¹⁵⁰, uma vez que “(...) a mera inobservância das prescrições metodológicas não resulta necessariamente numa diminuição da carga fiscal.”¹⁵¹

É ainda necessário que a CE verifique “(...) se um preço de transferência aprovado por um Estado-Membro corresponde a uma aproximação fiável de resultados baseados no mercado e se a eventual discrepância constatada no âmbito desse exame não vai além das imprecisões inerentes ao método aplicado para obter a referida aproximação.”¹⁵²

Os trechos que acabamos de citar representam, por um lado, uma “lufada de ar fresco” para os EM, uma vez que lhes é reconhecida uma margem de apreciação na aprovação dos preços de transferência¹⁵³. Isto é particularmente importante, porque, ao contrário de outras áreas do saber que geram respostas claramente certas ou erradas, em matéria de preços de transferência “(...) podem e existem diferenças de entendimentos entre os contribuintes e as administrações fiscais, mas também entre estas.”¹⁵⁴

Por outro lado, do que fica exposto pode também concluir-se que o TG reafirma, com toda a clareza, a exigência de fundamentação das decisões. Com efeito, a CE não deve efetuar apenas afirmações genéricas sobre a incompatibilidade dos APPT com as

¹⁴⁹ Como alega, com razão, a Starbucks, “(...) a fixação dos preços de transferência não é uma ciência exata e qualquer análise dos preços de transferência irá intrinsecamente resultar num intervalo de plena concorrência e numa conclusão sobre *um* preço de plena concorrência e não *no* preço de plena concorrência.” – Cfr. Decisão (UE) 2017/502 da Comissão, de 21 de outubro de 2015, §191.

¹⁵⁰ Cfr. Ac. do TG de 24 de setembro de 2019, *Países Baixos/Comissão*, processos T-760/15 e T-636/16, §211.

¹⁵¹ Idem, §201.

¹⁵² Cfr. Idem, §196; Ac. do TG de 24 de setembro de 2019, *Luxemburgo e Fiat Chrysler Finance Europe/Comissão*, processos T-755/15 e T-759/15, §207.

¹⁵³ “[E]ssa margem de apreciação não pode, todavia, levar a que a Comissão seja privada da sua competência para fiscalizar que os preços de transferência em causa não resultam na concessão de uma vantagem seletiva na aceção do artigo 107.º, n.º 1, TFUE.” – Cfr. Ac. do TG de 24 de setembro de 2019, *Países Baixos/Comissão*, processos T-760/15 e T-636/16, §196.

¹⁵⁴ Cfr. MARK MARTIN e THOMAS BETTGE, *A US perspective on transfer pricing and EU state aid*, International Tax Review, 2020, disponível em <https://www.internationaltaxreview.com/article/b1n4c5gxmcymbgi/a-us-perspective-on-transfer-pricing-and-eu-state-aid>, consultado pela última vez a 16.01.2021.

regras de auxílios de Estado, devendo acompanhar o seu juízo de incompatibilidade de informações concretas que suportem as suas alegações.

Para estes efeitos, a CE deve basear a sua análise, do ponto de vista factual, em informações fiáveis, objetivamente disponíveis ou razoavelmente previsíveis no momento da adoção das medidas fiscais em causa¹⁵⁵, porque só assim logrará refletir a situação económica verificável. Já em matéria de direito uma correta análise dos preços de transferência obriga a CE a tomar em consideração o sistema geral de tributação em vigor àquela data.

Uma vez satisfeito o ónus probatório que lhe é exigível, a CE pode então sancionar legitimamente os APPT celebrados que sejam ilegais à luz das regras de auxílios de Estado.

Compete, em seguida, aos recorrentes apresentar elementos de prova que permitam demonstrar que a argumentação da CE não procede e que, por conseguinte, a conclusão de que o montante de imposto devido era inferior ao que seria pago em condições normais de mercado não pode ser acolhida¹⁵⁶.

Atento todo o exposto, é forçoso reconhecer a dificuldade de prova em matéria de preços de transferência, seja pela natureza técnica e complexa das avaliações, seja porque incumbe à parte que apresenta mais dificuldades comparativas em realizá-la, i.e., à CE¹⁵⁷.

5.7. Consequências para o caso Apple

Foi com grande expectativa que se aguardou a decisão do processo Apple¹⁵⁸, sobretudo na senda do entendimento conceituado pela CE e sufragado, em boa medida, pelo TG nos processos Starbucks e Fiat.

¹⁵⁵ Tal como afirmado pelos Países Baixos e pela Starbucks no parágrafo 282, “(...) a análise da Comissão que incide sobre os royalties apoia[-se], quase exclusivamente, em elementos de prova que não eram disponíveis em abril de 2008.” Neste sentido, o TG concluiu que a CE deveria ter-se abstraído de qualquer apreciação baseada numa situação posterior à da conclusão do APPT. – Cfr. Ac. do TG de 24 de setembro de 2019, *Países Baixos/Comissão*, processos T-760/15 e T-636/16, §244, 251, 282 e 396.

¹⁵⁶ Cfr. Ac. do TG de 24 de setembro de 2019, *Luxemburgo e Fiat Chrysler Finance Europe/Comissão*, processos T-755/15 e T-759/15, §340.

¹⁵⁷ Quando inicia o procedimento de investigação formal dos auxílios de Estado, a CE atua vários anos após a ocorrência dos factos, carecendo, muitas vezes, de informações fiáveis que permitam corroborar a veracidade das suas alegações.

¹⁵⁸ Em 30 de agosto de 2016, a CE considerou que as decisões fiscais antecipadas de 1991 e de 2007 adotadas pela administração fiscal irlandesa sobre o lucro tributável imputado às sucursais irlandesas da

Em particular, o papel atribuído ao princípio da plena concorrência *sui generis* na apreciação dos auxílios de Estado tem consequências importantes no caso em apreço, uma vez que a lei irlandesa “(...) não prev[ia] um método específico que permit[isse] determinar quais [eram] os lucros direta ou indiretamente imputáveis às sucursais irlandesas das sociedades não residentes e não faz[ia] nenhuma menção ao princípio da plena concorrência para efeitos dessa imputação.”¹⁵⁹

Não obstante esta circunstância, a CE aplicou aqui o princípio da plena concorrência.

Em primeiro lugar, a CE observou que, ainda que esse princípio não tivesse sido objeto de incorporação formal no direito irlandês à data dos APPT controvertidos, a verdade é que “(...) uma análise da prática decisória da administração fiscal irlandesa (...) revela[va] que o princípio de plena concorrência [era] subjacente aos métodos de afetação de lucros autorizados pela administração fiscal irlandesa em várias dessas decisões”¹⁶⁰.

Em segundo lugar, e esta é a pedra de toque, a CE defendeu que o princípio da plena concorrência *sui generis* podia ser aqui aplicado, independentemente de o EM sob investigação não contemplar, à luz do seu direito interno, ajustamentos de preços de transferência, porque o princípio que aplica “(...) decorre do artigo 107.º, n.º 1, do Tratado, (...) que é vinculativo para os Estados-Membros e do âmbito do qual os regimes fiscais nacionais não estão excluídos.”¹⁶¹

Contra o assim fundamentado insurgiram-se os recorrentes, uma vez que, em seu entender, a “(...) Comissão aplic[ou] retroativamente um quadro de referência externo que não fazia parte do direito nacional irlandês à data.”¹⁶²

Tomando em consideração as posições assumidas pelas partes, o TG observou que, de facto, “(...) já em 1984, as Autoridades Fiscais irlandesas consideravam que, quando o valor declarado de uma transação entre empresas coligadas não correspondesse ao que

Apple Sales International (“ASI”) e da Apple Operations Europe (“AOE”) constituíam auxílios de Estado na aceção do artigo 107.º, n.º 1 do TFUE. Para chegar a esta conclusão, a CE baseou-se em três linhas de raciocínio distintas: i) os lucros resultantes da utilização das licenças de PI do grupo Apple deviam ter sido imputados às sucursais irlandesas da ASI e da AOE (argumento principal); o método de afetação dos lucros e os parâmetros de aplicação aprovados pelas decisões fiscais reduziram a carga fiscal que seria devida em condições normais de mercado (argumento subsidiário); iii) as decisões fiscais foram adotadas de forma discricionária pela administração fiscal irlandesa (argumento alternativo).

¹⁵⁹ Cfr. Ac. do TG de 15 de julho de 2020, *Irlanda e o./Comissão*, processos T-778/16 e T-892/16, §176.

¹⁶⁰ Cfr. Decisão (UE) 2017/1283 da Comissão, de 30 de Agosto de 2016, §372.

¹⁶¹ Idem, §257.

¹⁶² Idem, §439.

teria resultado do comércio, esse valor devia ser ajustado de forma a corresponder a um valor de mercado. Ora, essa abordagem, validada quanto ao princípio pelo High Court (...), implicava ajustamentos equivalentes aos que são propostos, com base no princípio da plena concorrência”¹⁶³.

Prosseguindo no aprofundamento desta abordagem, e partindo da premissa que as regras fiscais nacionais¹⁶⁴ sujeitam às mesmas condições de tributação as sucursais de sociedades não residentes, no que diz respeito aos lucros derivados da atividade comercial levada a cabo na Irlanda, e as sociedades residentes, o TG reconheceu competência à CE para verificar se o nível de lucro atribuído às sucursais conduzia a uma aproximação fiável de resultados baseados no mercado, sendo o princípio da plena concorrência *sui generis* o instrumento adequado para essa apreciação¹⁶⁵.

O TG decidiu, assim, de forma coerente com o já expressado nos processos Starbucks e Fiat, acompanhando o itinerário cognoscitivo dos mesmos.

Na verdade, e como afirma Ruth Mason, entendemos que “(...) a Comissão Europeia pode ter utilizado o princípio da plena concorrência *sui generis* [nos processos Starbucks e Fiat] como uma estratégia para desenvolver uma sistema de referência universal que poderia ser utilizado no caso Apple, no qual a abordagem convencional de sistema de referência de direito interno era problemática”¹⁶⁶.

Todavia, uma tal interpretação não se nos afigura juridicamente correta. Sendo o controlo do respeito pelo princípio da incompatibilidade dos auxílios de Estado um

¹⁶³ Cfr. Ac. do TG de 15 de julho de 2020, *Irlanda e o./Comissão*, processos T-778/16 e T-892/16, §219.

¹⁶⁴ Segundo a CE, “(...) o regime normal de tributação do lucro das sociedades na Irlanda, incluindo, mas não exclusivamente, a Section 25 do TCA 97, constitui o sistema de referência com base no qual as decisões fiscais contestadas devem ser apreciadas”. – Cfr. Decisão (UE) 2017/1283 da Comissão, de 30 de Agosto de 2016, §245. Consequentemente, “(...) todas as sociedades sujeitas ao imposto sobre as sociedades na Irlanda, quer sejam residentes ou não residentes, integradas ou não integradas, estão numa situação factual e jurídica semelhante à luz do objetivo intrínseco do regime normal de tributação do lucro das sociedades na Irlanda, que consiste em tributar o lucro de todas as sociedades sujeitas a tributação na Irlanda.” – Idem, §253.

¹⁶⁵ Cfr. Ac. do TG de 15 de julho de 2020, *Irlanda e o./Comissão*, processos T-778/16 e T-892/16, §214 e 224. Com efeito, e como observou a CE na decisão impugnada, “[o] mesmo princípio é aplicável às relações comerciais internas de diferentes partes da mesma sociedade integrada, tais como uma sucursal que transaciona com outras partes da sociedade à qual pertence.” – Cfr. Decisão (UE) 2017/1283 da Comissão, de 30 de Agosto de 2016, §253.

¹⁶⁶ Cfr. “State Aid Special Report — Part 6: Arm’s Length on Appeal”, in *Tax Notes*, vol. 158, n.º 6, 2018, p. 795, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3135505, consultado pela última vez a 26.04.2021.

controle meramente negativo, não deve ser legítimo à CE invocar o princípio da plena concorrência *sui generis* para orientar os resultados dos processos.

Nas circunstâncias do caso em concreto, a CE poderia ter enveredado por outras linhas de raciocínio.

Como defende Jérôme Monsenego, se, em consequência da falta de previsão legal de um método de alocação dos lucros, “(...) apenas determinadas empresas (...) escapam à tributação (...), esse sistema introduz diferenças entre empresas independentes e empresas integradas, caindo no âmbito das regras de auxílios de Estado, uma vez que a falta de igualdade de tratamento tem impactos no mercado interno.”¹⁶⁷

Por outro lado, sendo o princípio da plena concorrência utilizado tanto pela administração fiscal como pelos tribunais superiores irlandeses, como veio a ser confirmado pelo TG, a CE poderia ter avaliado a existência de uma vantagem seletiva tendo por base o sistema de referência interno¹⁶⁸.

Ainda neste domínio, o TG veio precisar o alcance do princípio da plena concorrência *sui generis* ao declarar, de forma expressa, que “(...) a Comissão não pode, contudo, alegar que existe uma obrigação autónoma de aplicar o princípio da plena concorrência decorrente do artigo 107.º do TFUE que obriga os Estados-Membros a aplicarem esse princípio horizontalmente e em todos os domínios do seu direito fiscal nacional.”¹⁶⁹

Embora este entendimento seja, quanto a nós, o único possível atento o quadro normativo em vigor, não podemos deixar de criticar o sentido decisório do TG, porque a verdade é que atribuiu competência à CE para utilizar o princípio da plena concorrência *sui generis* como um instrumento de referência na avaliação dos auxílios de Estado¹⁷⁰,

¹⁶⁷ Cfr. JÉRÔME MONSENEGO, op. cit., p. 28.

¹⁶⁸ Na determinação das fontes de direito compreendidas no sistema de referência, Jérôme Monsenego entende que “(...) o sistema de referência deve incluir todas as fontes de direito que sejam vinculativas”, razão pela qual se deve ter em consideração as decisões proferidas pelos tribunais nacionais. – Idem, p. 53.

¹⁶⁹ Cfr. Ac. do TG de 15 de julho de 2020, *Irlanda e o./Comissão*, processos T-778/16 e T-892/16, §221.

¹⁷⁰ Como afirma Leopoldo Parada, “[q]ual seria a diferença entre o reconhecimento formal de uma obrigação autónoma de aplicar o princípio da plena concorrência com base no artigo 107.º do TFUE e o que o Tribunal confirmou ser apenas um «instrumento de referência»? Provavelmente, nenhuma.” – Cfr. *Between Apples and Oranges: The EU General Court’s Decision in the “Apple Case”*, 2021, p. 5, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3818119, consultado pela última vez a 25.04.2021.

independentemente da circunstância de o EM em causa integrar aquele princípio no seu sistema jurídico nacional.

Uma outra problemática em sede de preços de transferência que provocou a dissensão entre as partes diz respeito à aplicação da abordagem autorizada da OCDE.

No considerando 371 da decisão impugnada, a CE observou que o direito fiscal irlandês pretendia tributar o lucro resultante das atividades comerciais das sucursais como se fosse determinado em condições normais de mercado, uma vez que “(...) os critérios enumerados pela Irlanda para determinar o lucro tributável de uma sucursal – as funções exercidas, os ativos utilizados e os riscos assumidos pela sucursal – são essencialmente os mesmos critérios enumerados no artigo 7.º, n.º 2, da [CMOCDE] para afetar lucros ao estabelecimento estável de uma sociedade integrada não residente.”¹⁷¹

Esta análise da CE não mereceu reparo do TG¹⁷², porque, ainda que a abordagem autorizada da OCDE não tenha sido incorporada no direito fiscal irlandês, concluiu-se que “(...) em substância, a aplicação do artigo 25.º do TCA 97, tal como descrita pela Irlanda, e a análise funcional (...) proposta pela abordagem autorizada da OCDE se sobrepõem”¹⁷³.

Ora, também nesta sede nos parece criticável a decisão do TG, porque torna, uma vez mais, um instrumento jurídico não vinculativo e externo ao sistema fiscal do EM sob investigação num critério legal para efeitos de alocação dos lucros a sucursais pela simples observação de que esse EM realiza uma análise funcional¹⁷⁴.

De qualquer forma, um novo revés atingiu a CE no caso Apple. O TG concluiu que “(...) a Comissão não conduziu a sua análise de forma a demonstrar que (...) o imposto efetivamente pago pela ASI e pela AOE com base nas decisões fiscais contestadas era inferior ao que deveria ter sido pago de acordo com as regras normais de tributação”¹⁷⁵.

¹⁷¹ Cfr. Decisão (UE) 2017/1283 da Comissão, de 30 de Agosto de 2016, §371.

¹⁷² Cfr. Ac. do TG de 15 de julho de 2020, *Irlanda e o./Comissão*, processos T-778/16 e T-892/16, §248.

¹⁷³ Idem, §249.

¹⁷⁴ Cfr. RUTH MASON e STEPHEN DALY, “State Aid: The General Court Decision in Apple”, in *Tax Notes*, vol. 99, n.º 10, 2020, p. 1318, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3696270, consultado pela última vez a 26.04.2021.

¹⁷⁵ Cfr. Ac. do TG de 15 de julho de 2020, *Irlanda e o./Comissão*, processos T-778/16 e T-892/16, §434.

Pronunciando-se sobre o raciocínio principal¹⁷⁶, o TG declarou que “(...) ao considerar que as licenças de PI do grupo Apple deveriam ter sido imputadas às sucursais irlandesas na medida em que se considerava que a ASI e a AOE não tinham empregados nem presença física para assegurar a sua gestão, a Comissão procedeu a uma imputação de lucros «por exclusão», que não está em conformidade com o artigo 25.º do TCA 97.”¹⁷⁷

Com efeito, “(...) a Comissão não conseguiu demonstrar que, tendo em conta, por um lado, as atividades e as funções efetivamente exercidas pelas sucursais irlandesas da ASI e da AOE e, por outro, as decisões estratégicas tomadas e implementadas fora dessas sucursais, deviam ter sido imputadas às referidas sucursais irlandesas as licenças de PI do grupo Apple, para efeitos da determinação dos lucros anuais tributáveis da ASI e da AOE na Irlanda.”¹⁷⁸

No âmbito do raciocínio subsidiário¹⁷⁹, e ainda que reconheça o caráter lacunar e, por vezes, incoerente das decisões fiscais controvertidas¹⁸⁰, o TG lembrou que, tal como defendeu no processo Starbucks, “(...) o mero incumprimento de prescrições metodológicas (...) não basta para concluir que o lucro calculado não é uma aproximação fiável de um resultado de mercado e, ainda menos, que o lucro calculado é inferior ao lucro que deveria ter sido obtido se o método de determinação dos preços de transferência tivesse sido corretamente aplicado.”

Não tendo conseguido provar que os erros metodológicos identificados (i.e., a escolha das sucursais irlandesas como partes testadas, dos custos de exploração como indicador do nível de lucro e dos níveis de remuneração aceites) levaram a uma diminuição dos lucros tributáveis da ASI e da AOE na Irlanda, o TG concluiu que a CE “(...) não

¹⁷⁶ Segundo a CE, “(...) durante o período em que as decisões fiscais contestadas se encontravam em vigor, as sedes sociais da ASI e da AOE existiam apenas no papel, uma vez que a ASI e a AOE não tinham presença física nem funcionários fora da Irlanda durante esse período.” Neste sentido, “(...) a ausência de atividades relacionadas com a PI da Apple ao nível das respetivas sedes sociais significava que essas licenças deveriam ser afetadas às sucursais irlandesas para efeitos fiscais”. – Cfr. Decisão (UE) 2017/1283 da Comissão, de 30 de Agosto de 2016, §280 e 281.

¹⁷⁷ Cfr. Ac. do TG de 15 de julho de 2020, *Irlanda e o./Comissão*, processos T-778/16 e T-892/16, §186.

¹⁷⁸ Idem, §310.

¹⁷⁹ A este respeito, a CE sustentou que “(...) os métodos de afetação dos lucros autorizados nas decisões fiscais contestadas não deixam de produzir um resultado que se afasta de uma aproximação fiável de um resultado baseado no mercado em conformidade com o princípio de plena concorrência.” – Cfr. Decisão (UE) 2017/1283 da Comissão, de 30 de Agosto de 2016, §360.

¹⁸⁰ Cfr. Ac. do TG de 15 de julho de 2020, *Irlanda e o./Comissão*, processos T-778/16 e T-892/16, §479.

conseguiu demonstrar que esses *rulings* tivessem concedido uma vantagem a essas sociedades.”¹⁸¹

Por fim, quanto ao raciocínio alternativo¹⁸², o TG considerou que, “(...) mesmo admitindo que estivesse demonstrada a existência de um poder discricionário das Autoridades Fiscais, essa existência de um poder discricionário não implica necessariamente que este tenha sido exercido de modo a diminuir a carga fiscal do beneficiário do *ruling* fiscal face ao que este deveria normalmente suportar.”¹⁸³

¹⁸¹ Idem, §480.

¹⁸² A CE considerou ainda que os *rulings* controvertidos conferiram “(...) uma vantagem seletiva à ASI e à AOE para os efeitos do artigo 107.º n.º 1, do Tratado, uma vez que (...) seriam o resultado do poder discricionário exercido pela administração fiscal irlandesa na ausência de critérios objetivos relacionados com o sistema fiscal.” – Cfr. Decisão (UE) 2017/1283 da Comissão, de 30 de Agosto de 2016, §379.

¹⁸³ Cfr. Ac. do TG de 15 de julho de 2020, *Irlanda e o./Comissão*, processos T-778/16 e T-892/16, §493.

6. Qual deverá ser a decisão do TJUE?

As decisões do TG foram objeto de recurso nos processos Fiat e Apple. Como tal, o TJUE terá agora a oportunidade para clarificar as questões jurídicas mais contenciosas.

Em primeiro lugar, o TJUE terá de avaliar se o princípio da plena concorrência *sui generis*, tal como formulado pela CE e corroborado pelo TG, constitui efetivamente um valioso instrumento no controlo dos auxílios de Estado.

Antecipamos, desde já, que a atual formulação não permite assegurar certeza e segurança jurídica relativamente ao tratamento fiscal das transações intragrupo das empresas multinacionais, na medida em que “(...) a expressão «princípio da plena concorrência» não tem um conteúdo material claro em si, além da ideia conceitual de exigir preços semelhantes ou margens de lucro semelhantes entre empresas independentes e associadas.”¹⁸⁴

Como tal, caso o princípio da plena concorrência *sui generis* seja confirmado pelo TJUE, posição da qual nos demarcamos, será relevante compreender o conteúdo material a atribuir-lhe, em particular a função que este princípio deve desempenhar na relação entre as regras de auxílios de Estado e as normas nacionais e internacionais em matéria de preços de transferência.

Segundo Cees Peters, “[s]ó uma indicação clara das fontes de direito [que dão substância ao princípio da plena concorrência *sui generis*] tornaria possível estabelecer o sistema de referência relevante de forma inequívoca.”¹⁸⁵

Nesta senda, também é importante dar nota que a CE introduziu um novo critério para avaliar a compatibilidade das medidas fiscais com as regras de auxílios de Estado, que foi aceite pelo TG. Em concreto, essas medidas apenas serão consideradas válidas se

¹⁸⁴ Cfr. JÉRÔME MONSÉNEGO, *Some observations on Starbucks, Fiat, And their potential impact on future amendments to the arm's length principle*, Kluwer International Tax Blog, 2019, disponível em <http://kluwertaxblog.com/2019/09/28/some-observations-on-starbucks-fiat-and-their-potential-impact-on-future-amendments-to-the-arms-length-principle/>, consultado pela última vez a 17.04.2021.

¹⁸⁵ Cfr. *The Starbucks decision of the General Court (Cases T-760/15 and T-636/16): Stepping stone towards a sustainable solution?*, 2020, p. 9, disponível em <https://www.lindeverlag.at/buch/cjeu-recent-developments-in-direct-taxation-2019-18728/b/leseprobe/B100933.pdf>, consultado pela última vez a 17.04.2021.

subscreverem uma metodologia de fixação dos preços de transferência que resultem numa aproximação fiável dos resultados baseados no mercado.

A propósito da sua densificação, a CE esclareceu que “[a] procura de uma «aproximação fiável dos resultados baseados no mercado» significa que qualquer desvio em relação à melhor estimativa de resultados baseados no mercado tem de ser limitado e proporcional à incerteza inerente ao método de fixação dos preços de transferência escolhido ou às ferramentas estatísticas utilizadas para esse exercício de aproximação.”¹⁸⁶

No entanto, os conceitos de “aproximação fiável de resultados baseados no mercado” e de “imprecisões inerentes” prestam-se a entendimentos dúbios e não consensuais¹⁸⁷, razão pela qual será particularmente interessante verificar se este novo critério de apreciação dos auxílios de Estado será aceite pelo TJUE e, em caso afirmativo, como serão supridas (ou não) as dificuldades de interpretação já suscitadas.

Isto visto, atente-se agora nas razões que nos levam a concluir pela invalidade dos parâmetros de análise aplicados pelas instituições europeias.

Em primeiro lugar, é necessário constatar a incoerência da CE na apreciação dos auxílios estatais, visto que, ao contrário da recente abordagem, “(...) no documento intitulado «Draft Commission Notice on the notion of State aid pursuant to Article 107(1) TFEU», a Comissão não se refere a um princípio da plena concorrência de Direito da União, concretizador dos preços de transferência, nem a qualquer critério para avaliar a compatibilidade das informações vinculativas com o Direito Europeu.”¹⁸⁸

Assim sendo, surge a seguinte questão: como é que o princípio da plena concorrência, alegadamente previsto no artigo 107.º, n.º 1 do TFUE, cuja redação se mantém praticamente inalterada desde o Tratado de Roma, é apenas decifrado de forma útil pela CE decorridos todos estes anos?

A verdade é que estamos perante um argumento completamente novo que, a ser confirmado pelo TJUE, levará a uma reformulação total da história¹⁸⁹.

¹⁸⁶ Cfr. Comunicação da Comissão sobre a noção de auxílio estatal nos termos do artigo 107.º, n.º 1, do TFUE, §171.

¹⁸⁷ Neste sentido, vd. JOÃO FÉLIX NOGUEIRA, op. cit., p. 13.

¹⁸⁸ Cfr. ANA PAULA DOURADO, *Governança Fiscal Global*, 2.ª edição, Coimbra, Almedina, 2018, p. 157.

¹⁸⁹ Cfr. Decisão (UE) 2017/1283 da Comissão, de 30 de Agosto de 2016, §197.

Ao invés de se bosquejar acerca de um princípio da plena concorrência autónomo, a CE deveria ter seguido o seu próprio precedente e ter avaliado a compatibilidade das medidas fiscais com o sistema de referência composto unicamente pelas regras fiscais nacionais do EM em causa. Não o tendo feito, compete agora ao TJUE decidir que a CE não estabeleceu corretamente o sistema de referência e, por esse motivo, anular as decisões do TG que vieram confirmar a existência do princípio da plena concorrência *sui generis* como um instrumento de referência na apreciação dos auxílios estatais.

Para mais, e segundo Ruth Mason, “[o] princípio da plena concorrência *sui generis* adotado pela Comissão Europeia nos recentes casos de auxílios de Estado não é necessário para conduzir ao resultado final de cada um deles.”¹⁹⁰ Nos casos Starbucks e Fiat, “[s]e os Estados-Membros se desviaram do seu próprio sistema de referência, favorecendo certas empresas ou certas produções, isso seria suficiente para desencadear o processo de análise da seletividade da medida.”¹⁹¹

Em segundo lugar, o TJUE deve considerar devidamente os problemas que esta nova abordagem suscita ao nível de articulação das competências dos EM e da UE em matéria de fiscalidade direta.

Munida de competências reforçadas, a CE pode agora concluir pela existência de uma vantagem seletiva sempre que discordar da interpretação do princípio da plena concorrência feita pelo EM sob investigação, o que consubstancia um sério e novo cerceamento à soberania fiscal dos EM.

Além disso, nos casos em que o EM não tenha incorporado no seu direito interno o princípio da plena concorrência – como era disso exemplo a Irlanda –, a imposição daquele princípio resulta, efetivamente, numa harmonização fiscal disfarçada, porque, como alegaram, com razão, os recorrentes nos processos sob análise, exige-se a observação de normas estranhas ao sistema fiscal daquele EM¹⁹².

Com efeito, cremos que o regime europeu dos auxílios de Estado, inserido na política da concorrência, não pode ser utilizado para, paulatinamente, reforçar os poderes de controlo da CE sobre as medidas fiscais adotadas pelos EM e assim reescrever as regras

¹⁹⁰ Cfr. “State Aid Special Report — Part 6 Arm’s Length on Appeal”, in *Tax Notes*, vol. 158, n.º 6, 2018, p. 794, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3135505, consultado pela última vez a 26.04.2021.

¹⁹¹ Idem, p. 794.

¹⁹² Cfr. Decisão (UE) 2017/1283 da Comissão, de 30 de Agosto de 2016, §173.

em matéria de fiscalidade direta. Até porque, como resulta claro das decisões proferidas nos processos Starbucks e Apple, o instituto dos auxílios de Estado não é, por si só, suficiente para contestar as estruturas de planeamento fiscal abusivo.

A evolução nesta matéria dever ser, quanto a nós, no sentido da construção de bases de entendimento alargadas, porque só assim se logrará uma maior harmonização de soluções.

Por tudo quanto se expôs, não parecem existir dúvidas que, independentemente da decisão que o TJUE venha a proferir, estes processos terão, seguramente, consequências importantes em matéria de auxílios de Estado.

7. Conclusão

Nestes arestos, o instituto dos auxílios de Estado conheceu novos desenvolvimentos.

Embora não tenham sofrido uma alteração concetual, as margens de densificação dos elementos constitutivos dos auxílios de Estado, trabalhadas pela CE, apareceram nos processos em apreço com um diferente ângulo de análise, em particular no que diz respeito aos requisitos “vantagem económica” e “seletividade”.

Neste conspecto, e no sentido de suprir o “(...) trabalho incompleto ou deficiente dos legisladores nacionais”¹⁹³, a CE avançou com um princípio da plena concorrência autónomo do direito interno dos EM e das Orientações da OCDE.

Ora, como se deixou claro, o TG não foi capaz de afastar esta solução arbitrária, que redundava num vazio jurídico. Ao invés, abriu portas à introdução de um novo instrumento de referência na apreciação dos auxílios de Estado, o que agudiza as preocupações dos EM e das empresas que atuam no mercado interno, agora confrontados com a possibilidade de escrutínio de todos os APPT celebrados.

Se o excursus argumentativo seguido pelo TG mereceu aqui a nossa crítica, por outro lado, reconheceu-se o mérito da análise efetuada em sede de preços de transferência. Sendo uma matéria, por natureza, complexa e subjetiva, o TG lembrou que não basta à CE invocar erros metodológicos nos APPT contestados para aquilatar da existência de uma vantagem seletiva, exigindo-se, para o efeito, uma análise cuidada e bem fundamentada.

Em todo o caso, será a jurisprudência do TJUE a ditar a viabilidade do princípio da plena concorrência *sui generis* e dos critérios em matéria de preços de transferência que a CE deve utilizar no exercício do seu papel de guardião dos Tratados.

Assim, os próximos tempos serão, sem dúvida, tempos interessantes para a comunidade fiscal.

¹⁹³ Cfr. LEOPOLDO PARADA, op. cit, p. 15.

Lista bibliográfica

Monografias e publicações periódicas

ALMEIDA, ANA AFONSO DE [et al.]; coord. João Taborda Gama, *Cadernos preços de transferência*, Coimbra, Almedina, 2013

CORREIA, SANDRINA e ANTÓNIO MARTINS – *Preços de Transferência, litigância e arbitragem fiscal*, Petrony Editora, 2018

DOURADO, ANA PAULA – *Governança Fiscal Global*, 2.^a edição, Coimbra, Almedina, 2018

FIGUEIREDO, GUILHERME – “Preços de Transferência e activos incorpóreos: que futuro para Portugal?”, in *Preços de Transferência – Casos Práticos* (obra coletiva), Porto, Grupo Editorial Vida Económica, 2006

FINLEY, RYAN – “EU Court Overturns Starbucks State Aid Decision, Affirms Fiat”, in *Tax Analysts*, IBFD, 2019

FINLEY, RYAN – “Starbucks and Fiat Bolster Commission’s Case in Apple Appeal”, in *Tax Analysts*, IBFD, 2019

MARCELINO, CARLA – “Auxílios do Estado - Introdução ao conceito à luz do Artigo 107º do TFUE e do atual contexto europeu”, in *e-Pública: Revista Eletrónica de Direito Público*, vol. 3, n.º 2, 2016

MARTINS, JOÃO, *Auxílios de Estado*, Nova Causa, 2017

MONSENEGO, JERÔME – *Selectivity in State Aid Law and the Methods for the Allocation of the Corporate Tax Base*, Wolters Kluwer, 2018

RAMOS, LUÍS – “O princípio da plena concorrência e a problemática dos comparáveis”, in *Preços de Transferência – Casos Práticos* (obra coletiva), Porto, Grupo Editorial Vida Económica, 2006

RASCH, MARC E PAWEL WROBLEWSKI – “European Commission Decision on Fiat: State aid case explained”, in *International Transfer Pricing Journal*, IBFD, 2016

SANTOS, ANTÓNIO CARLOS DOS – *Auxílios de Estado e Fiscalidade*, Coimbra, Almedina, 2003

SANTOS, ANTÓNIO CARLOS DOS – “O papel do direito flexível e da cooperação em rede no combate à concorrência fiscal prejudicial, à evasão fiscal e ao planeamento fiscal abusivo”, in *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, ano 8, n.º 1, 2015

SOUSA, HELENA – “O contributo da OCDE para a disciplina dos Preços de Transferência”, in *Preços de Transferência – Casos Práticos* (obra coletiva), Porto, Grupo Editorial Vida Económica, 2006

Documentos disponíveis na internet

AMORIM, JOSÉ – “A Propósito da Comparabilidade entre os Métodos de Determinação dos Preços de Transferência”, in *Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas*, n.º 24, 2014, disponível em <https://parc.ipp.pt/index.php/rebules/article/view/1003/463>

AZEVEDO, FILIPA – *Auxílios de estado e auxílios de minimis no panorama concorrencial*, Revista Julgar, 2018, disponível em <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2018/05/20180508-ARTIGO-JULGAR-Direito-da-Concorrência-Filipa-Azevedo.pdf>

BURIAK, SVITLANA e IVAN LAZAROV – “Between State Aid and the Fundamental Freedoms: the arm’s length principle and EU Law”, in *Common Market Law Review*, vol. 56, n.º 4, 2019, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3548598

BYRNES, WILLIAM – *Boiling Starbucks’ Roasting Down to the Essence of its Residual*, 2019, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3464990

CORREIA, SANDRINA – *O regime dos preços de transferência e a litigância fiscal: uma análise à luz de decisões do Centro de Arbitragem Administrativa*, Dissertação de Mestrado em Contabilidade e Finanças, Coimbra, Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, 2018, disponível em https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/84664/1/O_Regime_dos_Preços_de_Transferência_e_a_litigância_fiscal_Sandrina_Correia.pdf

ESTEVES, MARIANA - *Violação das regras europeias da concorrência pelos Estados-Membros, A questão dos Auxílios de Estado sob a forma fiscal*, Dissertação de Mestrado em Direito Fiscal, Porto, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, 2016, disponível em <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/20443/1/Dissertação%20de%20Mestrado.pdf>

GONZÁLEZ, SATURNINA – *State Aid, Tax Competition and BEPS: Comments on the European Commission's Decisions on Transfer Pricing Rulings*, 2017, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2947870

ILIOPOULOS, THEODOROS G. – *The State Aid Cases of Starbucks and Fiat: New Routes for the Concept of Selectivity?*, 2017, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3425981

LAZAROV, IVAN e SVIRLANA BURIAK – “Is Fiat’s Tank Half-Full or Half Empty? The General Court’s Decision in Luxembourg v. Commission (T-755/15)”, in *International Transfer Pricing Journal*, vol. 27, n.º 1, 2020, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3746866

MARTIN, MARK e THOMAS BETTGE – *A US perspective on transfer pricing and EU state aid*, *International Tax Review*, 2020, disponível em <https://www.internationaltaxreview.com/article/b1n4c5gxmcybgi/a-us-perspective-on-transfer-pricing-and-eu-state-aid>

MASON, RUTH e STEPHEN DALY – “State Aid: The General Court Decision in Apple”, in *Tax Notes*, vol. 99, n.º 10, 2020, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3696270

MASON, RUTH – “Implications of the Rulings in Starbucks and Fiat for the Apple State Aid Case”, in *Tax Notes Federal*, vol. 165, n.º 1, 2019, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3459466

MASON, RUTH – “State Aid Special Report — Part 6: Arm’s Length on Appeal”, in *Tax Notes*, vol. 158, n.º 6, 2018, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3135505

MASON, RUTH – “Tax Rulings as State Aid — Part 4: Whose Arm’s-Length Standard?”, in *Tax Notes*, vol. 155, n.º 7, 2017, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2990603

MASON, RUTH – “Tax Rulings as State Aid FAQ”, in *Taxes Notes*, vol. 154, 2017, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2922069

MASON, RUTH – “State Aid Special Report — Part 2: Legitimate Expectations”, in *Taxes Notes*, vol. 154, 2017, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2925353

MONSENEGO, JERÔME – *Some observations on Starbucks, Fiat, And their potential impact on future amendments to the arm’s length principle*, Kluwer International Tax Blog, 2019, disponível em <http://kluwertaxblog.com/2019/09/28/some-observations-on-starbucks-fiat-and-their-potential-impact-on-future-amendments-to-the-arms-length-principle/>

NOGUEIRA, JOÃO FÉLIX – *Opinion Statement ECJ-TF 1/2020 on the General Court decisions of 24 September 2019, in Cases C-760/15 & T- 636/16, The Netherlands v. Commission (Starbucks), and Cases T-755/15 and T-759/15, Luxembourg v. Commission (Fiat Finance and Trade), on State Aid granted by transfer pricing rulings*, 2020, disponível em https://taxadviserseurope.org/wp-content/uploads/2020/01/ECJ-TF_1-2020_Starbucks-and-Fiat.pdf

PARADA, LEOPOLDO – *Between Apples and Oranges: The EU General Court’s Decision in the “Apple Case”*, 2021, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3818119

PETERS, CEES – *The Starbucks decision of the General Court (Cases T-760/15 and T-636/16): Stepping stone towards a sustainable solution?*, 2020, disponível em <https://www.lindeverlag.at/buch/cjeu-recent-developments-in-direct-taxation-2019-18728/b/leseprobe/B100933.pdf>

PORTO, MANUEL LOPES e JOÃO NOGUEIRA DE ALMEIDA – “Controlo negativo, controlo positivo ou ambos?”, in *Revista de Concorrência e Regulação*, ano 1, n.º 3, 2010, disponível em http://www.concorrenca.pt/vPT/Estudos_e_Publicacoes/Revista_CR/Documents/Revista%20CR%203.pdf

PwC – *EU’s General Court annuls the EC’s State aid decision in Starbucks*, EU Direct Tax Newsalert, 2019, disponível em <https://www.pwc.com/us/en/tax-services/publications/insights/assets/pwc-eus-general-court-annuls-ec-state-aid-decision-in-starbucks.pdf>

PwC – *EU’s General Court confirms European Commission’s State aid decision in Fiat*, EU Direct Tax Newsalert, 2019, disponível em <https://www.pwc.com/gx/en/tax/newsletters/eu-direct-tax-newsalerts/eudtg/pwc-eudtg-newsalert-25-sep-2019-eu-general-court.pdf>

VERHAGEN, HAN – “State Aid and Tax Rulings – An Assessment of the Selectivity Criterion of Article 107(1) of the TFEU in Relation to Recent Commission Transfer Pricing Decisions”, in *European Taxation*, vol. 57, n.º 7, 2017, disponível em https://www.ibfd.org/sites/ibfd.org/files/content/pdf/et_2017_07_int_1_PPV_AugNewsletter.pdf

Outros documentos

Auxílio estatal SA.51284 (2018/NN) — Possível auxílio estatal a favor da Nike;

Comunicação da Comissão sobre a noção de auxílio estatal nos termos do artigo 107.º, n.º 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia;

Conclusões da Advogada-Geral Juliane Kokott, de 16 de abril de 2015, sobre o processo C-66/14, *Finanzamt Linz contra Bundesfinanzgericht, Außenstelle Linz*;

Convenção Modelo da OCDE;

Decisão (UE) 2016/2326 da Comissão, de 21 de outubro de 2015, relativa ao auxílio estatal SA.38375 (2014/C ex 2014/NN) concedido pelo Luxemburgo à Fiat;

Decisão (UE) 2017/502 da Comissão, de 21 de outubro de 2015, relativa ao auxílio estatal SA.38374 (2014/C ex 2014/NN) concedido pelos Países Baixos à Starbucks;

Decisão (UE) 2017/1283 da Comissão, de 30 de agosto de 2016, relativa ao auxílio estatal SA.38373 (2014/C) (ex 2014/NN) (ex 2014/CP) concedido pela Irlanda à Apple;

Orientações da OCDE em matéria de preços de transferência de 1995;

Orientações da OCDE em matéria de preços de transferência de 2010.

Lista jurisprudencial

Acórdão do Tribunal de Justiça de 23 de Fevereiro de 1961, *Steenkolenmijnen/Alta Autoridade*, 30/59, Recueil;

Acórdão do Tribunal de Justiça de 2 de julho de 1974, *Itália/Comissão*, processo 173/73;

Acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de setembro de 1980, *Philip Morris*, processo 730/7;

Acórdão do Tribunal de Justiça de 15 e março de 1994, *Banco Exterior de España S.A., contra Ayuntamiento de Valencia*, processo C-387/92;

Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 12 de dezembro de 1996, *Air France/Comissão*, processo T-358/94;

Acórdão do Tribunal de Justiça de 29 de abril de 1999, *Espanha/Comissão*, processo C-342/96;

Acórdão do TG, de 4 de abril de 2001, *Regione Friuli Venezia Giulia*, processo T-288/97;

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 10 de janeiro de 2006, *Cassa di Risparmio di Firenze SpA e outros*, processo C-222/04;

Acórdão do Tribunal de Justiça de 22 de junho de 2006, *Bélgica e Forum 187/Comissão*, processos apensos C-182/03 e C-217/03;

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 22 de dezembro de 2008, *British Aggregates Association contra a Comissão das Comunidades Europeias*, processo C 487/06 P;

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 8 de Setembro de 2011, *Paint Graphos e outros*, processos C-78/08 a C-80/08;

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 14 de janeiro de 2015, *Eventech/The Parking Adjudicator*, processo C-518/13;

Acórdão do Tribunal Geral de 24 de setembro de 2019, *Luxemburgo e Fiat Chrysler Finance Europe/Comissão*, processos T-755/15 e T-759/15;

Acórdão do Tribunal Geral de 24 de setembro de 2019, *Países Baixos/Comissão*, processos T-760/15 e T-636/16;

Acórdão do Tribunal Geral de 15 de julho de 2020, *Irlanda e o./Comissão*, processos T-778/16 e T-892/16.