



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA | FACULDADE DE DIREITO
ESCOLA DE LISBOA

Impacto Fiscal das Operações de *Manufacturing*

Aspetos selecionados da erosão da base tributável

no *toll manufacturing*

Rui Pedro Monteiro da Fonseca

sob a orientação do Professor
Doutor João Félix Pinto Nogueira

Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa

Mestrado em Direito Fiscal

Lisboa, 30 de Abril de 2016

Índice

1. Introdução	6
1.1. Lançamento do tema	6
1.2. Hipótese de investigação e objectivo da tese	6
1.4. Metodologia e modo de citar	8
1.5. Sequência	8
2. <i>Manufacturing</i> Pré-Tributário	10
2.1. Modelos de <i>manufacturing</i>	10
2.1.1. Sistema Americano de <i>manufacturing</i>	10
2.1.2. Método da Pré-Fabricação	11
2.2. <i>Manufacturing</i> e <i>Business Restructuring</i>	13
2.2.1. Nota Prévia	13
2.2.2. Modelo convencional e distanciamento para o <i>licensed manufacturer</i>	13
2.2.3. Modelo do <i>contract manufacturer</i> vs <i>toll manufacturer</i>	14
2.3. Consequências tributárias dos modelos de negócio de <i>manufacturing</i>	16
2.3.1. Nota Prévia	16
2.3.2. <i>Toll Manufacturer</i> como EE	17
2.3.2.1. Risco de existência de EE	17
2.3.2.2. Resultado alocado ao EE	21
2.4. Consequências para o <i>toll</i> e <i>contract manufacturing</i> dos relatórios finais da OCDE do projeto BEPS	22
2.4.1. Nota Prévia	22
2.4.2. A alteração ao artigo 5º afecta o <i>contract</i> e o <i>toll manufacturing</i> ?	23
2.5. Relação com os Distribuidores	29
3. <i>Manufacturing</i> Tributário	32
3.1. A remuneração de um intangível com a transformação do <i>contract manufacturer</i> em <i>toll manufacturer</i>	32
3.1.1. Nota Prévia	32
3.1.2. Possibilidade remuneratória no <i>manufacturing</i>	32
3.1.3. A perspectiva da China e da Índia	37

4. Soluções para resolver o problema de erosão do <i>toll manufacturing</i>	39
4.1. Perspectiva dos países desenvolvidos.....	40
4.2. Perspectiva dos BRICS	41
4.3. Perspectiva dos países em vias de desenvolvimento.....	42
4.4. Conclusões intermédias	43
Conclusões	46
Bibliografia	50

Lista de Abreviaturas

§	Parágrafo
Ac.	Acórdão
Art. (arts.)	Artigo(s)
AT	Autoridade Tributária e Aduaneira
Cfr.	Confrontar
CIRC	Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas
CM OCDE	Convenção Modelo da Organização de Cooperação e de Desenvolvimento Económico
CRP	Constituição da República Portuguesa
Dir.	Dirigido por
DL	Decreto-Lei
DR	Diário da República
E.g.	Exempli gratia
EE	Estabelecimento Estável
Ed.	Edição
EM	Estado-Membro
LGT	Lei Geral Tributária
N.º	Número
Ob. cit.	Obra citada
P. (pp.)	Página(s)
ss.	Seguintes
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
UE	União Europeia
LSA	Location-Specific Advantages
LS	Location Savings

1. Introdução

1.1. Lançamento do tema

Hoje em dia assistimos a uma mutação constante na forma como as multinacionais se organizam e no modo como estruturam as suas cadeias de produção no sentido de otimizar o seu valor comercial e de reduzir a respetiva carga fiscal. Esta crescente, progressiva e constante mutação da organização e modo de produção é particularmente visível no sector do *manufacturing*.

O aumento da procura de bens e serviços a nível global (lado a lado com a abertura das fronteiras) levou as sociedades a repensarem os seus modelos de produção e de reorganização. Na presente dissertação, pretendemos abordar o impacto tributário que as mudanças em tais modelos provocam. A nossa dissertação, também terá em consideração problemas de justiça tributária, nomeadamente nos casos em que a reorganização de modelos conduz a um distanciamento entre o lugar onde a produção se encontra (onde se cria o valor) e o local onde se considera existir um critério de conexão genuíno, para efeitos do exercício da soberania tributária.

Em nossa opinião, é preocupante a serenidade e passividade com que os actores da comunidade (tributária) internacional encaram estas mudanças. Existe um “silêncio ensurdecedor”,¹ o qual pode ser explicado, pelo menos em parte, com o facto dos seus interesses não coincidirem com os dos países (maioritariamente em vias de desenvolvimento), que acabam por ser prejudicados com estas metamorfoses tributárias.

Tendo isto em conta, consideramos que é necessária a adoção de acções concretas para impedir a continuação do abuso por parte das sociedades dos países com peso económico superior. Esta foi a principal razão, que nos levou a optar pela elaboração, de uma dissertação sobre este tema em particular.

1.2. Hipótese de investigação e objectivo da tese

No momento atual não existe um estudo compreensivo sobre as consequências tributárias (ao nível global) geradas pela mudanças nos modelos de *manufacturing*. Os organismos responsáveis pela emanação de normas que orientam e regulam os

¹ Ver capítulo das conclusões e soluções.

diferentes Estados no que tange a tributação internacional, não estão a acompanhar a evolução constante dos diferentes modelos e operações de *manufacturing*.

Com a nossa investigação procuramos demonstrar que os diferentes modelos de *manufacturing* podem dar lugar à erosão da base tributável, ao deslocar a produção para países distintos do país da entidade principal. Procuraremos identificar como e qual remuneração será possível imputar às entidades produtoras, à luz do ordenamento nacional e internacional vigente. A presente dissertação, também terá em consideração a implementação do projecto BEPS da OCDE e o potencial impacto que o mesmo terá nos modelos de *manufacturing* existentes.

Entendemos ser importante referir o papel dos preços de transferência na atribuição de uma remuneração à sociedade produtora, geralmente sediada em países em vias de desenvolvimento, bem como a exposição e discussão da influência da acção 7 do BEPS na erosão da base tributável no *manufacturing*. Esta tese não é sobre preços de transferência, nem pretende discutir a questão da aplicabilidade de um ou outro método em matéria de preços de transferência. Nesses termos, apenas teremos em consideração as discussões resultantes da acção 7.

O presente estudo não se debruça sobre planeamento fiscal ou regras anti abuso, mas sim sobre a reestruturação² de multinacionais no sector do *manufacturing*, tendo como escopo a poupança fiscal. Neste estudo, tivemos a preocupação de verter e discutir as diversas perspectivas dos diferentes grupos de países que compõem a OCDE: os BRICS, países desenvolvidos e em vias de desenvolvimento.

O objecto da tese é, efectivamente, a exposição da erosão da base tributável nas operações de *manufacturing*, bem como, demonstrar através de uma reflexão séria, profunda e crítica a ineficácia dos instrumentos actuais para a resolução do problema exposto, nomeadamente o BEPS e a CMOCDE.

Com a presente dissertação, procuraremos soluções para o problema da erosão da base tributável provocada pela modificação nos modelos de *manufacturing*. Ainda que encontrar uma solução universalmente aceite seja algo utópico pretendemos, pelo menos, lançar o debate sobre o modo de solucionar este problema, tornando o mundo

² Leia-se o seguinte, em relação ao conceito de reestruturação empresarial: "...a reestruturação empresarial como um conjunto de ações dirigidas a transformar a estrutura produtiva das empresas, modificando a forma de participação dos factores de produção no processo de obtenção de lucros. Este processo ocorre através da incorporação, eliminação, separação ou integração de factores de produção na estrutura empresarial, e pode fortalecer, enfraquecer, inverter ou redefinir as relações entre os seus diversos componentes...", vide Mendes, R. A., *IRC e as reorganizações empresariais*, Universidade Católica Editora, 2016, p.125.

que conhecemos menos assimétrico economicamente, e mais justo e equitativo para todos os seus intervenientes.

1.4. Metodologia e modo de citar

A metodologia que adotámos na identificação das fontes, durante a realização da nossa tese, merece destaque neste ponto. No que diz respeito a artigos, a forma de citar foi a seguinte:

Apelido, Nome ou Inicial do Nome (depende do nº de autores), “Título do Artigo”, Volume, Designação da Publicação e Número (se aplicável), Ano e página(s).³

Caso seja uma monografia, a citação irá ter a seguinte forma: Apelido, Nome ou Inicial do Nome (depende do nº de autores), Título da Monografia, Edição (se aplicável), Editora, Cidade, Ano, página.⁴

Quanto à citação de textos da OCDE, nomeadamente, a CMOCDE, BEPS e *Guidelines*, a forma será a seguinte:

OCDE, (Título do documento), ano, página(s), parágrafo(s).⁵

1.5. Sequência

O presente trabalho estrutura-se em quatro partes essenciais.

No capítulo 2, procedemos à identificação dos métodos de *manufacturing* com potencial de deslocar a produção para um Estado distinto da sociedade mãe.

Ainda no capítulo 2, descrevemos os diferentes tipos de modelos de negócio no *manufacturing* e qual o risco efetivo de se converterem num EE. Neste mesmo ponto, procuramos perceber que consequências traz para a sociedade mãe e para a produtora a sua qualificação como EE à luz da CMOCDE actual, bem como, em função da implementação do BEPS do qual resultará alterações à CMOCDE. De seguida, procedemos à descrição da relação dos distribuidores com as sociedades produtoras e a forma como foram moldados.

³CUADROS, Miguel, *Toll and Contract Manufacturing Structures – Strategies and Challenges for Cross-Border Outsourcing Activities*, 68 Bulletin Intl. Taxn. 11 (2014), p.8.

⁴XAVIER, Alberto, *Direito Tributário Internacional*, 2º Almedina (2011), p.311.

⁵OCDE, *Public Discussion Draft: BEPS Action 7, Preventing the artificial avoidance of PE status*, 2015, p.11, ponto 7.

No capítulo 3, abordaremos a remuneração a que as sociedades produtoras têm ou não direito e quais os requisitos atuais para a sua alocação.

No 4º capítulo e último, identificamos a insuficiência dos instrumentos em vigor no combate à erosão da base tributável no *manufacturing*, e qual o caminho que entendemos ser o correcto para solucionar o problema exposto.

Finalizaremos com as indispensáveis conclusões.

2. Manufacturing Pré-Tributário

2.1. Modelos de *manufacturing*

A actividade de *manufacturing*⁶ consiste no fabrico de mercadorias para venda, utilizando mão de obra, máquinas ou ferramentas. Traduz-se na transformação de matérias primas, certos componentes ou partes de produtos num produto final de acordo com a expectativa de quem produz e dos clientes que irão adquirir o produto final. Este termo abrange desde a produção de bens por artesãos com as próprias mãos até à produção de bens pelas máquinas tecnologicamente mais evoluídas.

O sector do *manufacturing* tem uma estreita relação com a engenharia e o design. Imaginemos a situação em que a sociedade A é a principal e a sociedade B é a subsidiária (neste caso a produtora ou *manufacturer*). Nos dias de hoje, e frequentemente,⁷ o *manufacturer* não detém o design do produto. É a sociedade principal que o detém e que fornece instruções para a conceção do produto final.

Seguidamente focaremos a nossa atenção nos dois métodos com maior potencial para um deslocamento da base tributável de um Estado para outro. São eles, o sistema americano de *manufacturing*⁸ e o método da pré-fabricação.⁹

2.1.1. Sistema Americano de *manufacturing*

Este sistema surge com a revolução industrial.¹⁰ Caracteriza-se pelo recurso a matérias primas muito semelhantes entre si, de tal forma que as peças resultantes do processo de fabrico sejam permutáveis entre si, na linha de montagem. Este sistema marcou igualmente, a transição da produção e montagem de uma forma manual para o uso de máquinas no processo de produção.¹¹

⁶ Munoz J. & Ostwald P., *Manufacturing Processes and systems*, John Wiley & Sons Inc, (1997); Kalpakjian S., *Manufacturing processes for engineering materials*, Addison-Wesley Publishing Company Inc, (1984).

⁷ Outros modelos de negócio além do manufacturing, p.13 a 15.

⁸ Hounshell, David A., *From the American System to Mass Production, 1800-1932: The Development of Manufacturing Technology in the United States*, Johns Hopkins Paperbacks edição, (1984).

⁹ Wong R., & Hao J., & HO C., *Prefabricated Building Construction Systems Adopted in Hong Kong*; Senaratne, S., & Ekanayake, S., & Siriwardena, M., *Lean Prefabrication: A sustainable Approach*, p.33-44.

¹⁰ Século XIV. Ver Hobsdawn Eric J., *Revolução industrial Inglesa ao Imperialismo*, Forense Universitária.

¹¹ Este método era muito usado no fabrico de armamento, nomeadamente no fabrico de mosquetes e baionetas.

Este sistema divide o fabrico de um produto em dois momentos distintos: o momento da produção e o momento da montagem. Imaginemos a produção de 100 lâminas de faca e de 100 cabos de faca. Este tipo de produção repetitivo permitiu que, na linha de montagem, fosse possível trocar as lâminas ou os cabos entre si, sendo o produto final exactamente o mesmo. Este tipo de produção diverge dos métodos até então seguidos. Antes, o produto fabricado pelos artesãos era único. A partir daqui, e por regra, a produção passa a ser uniformizada, estandardizada e em massa.

Esta possibilidade de separar a produção da montagem, proporcionado pela aplicação deste método¹², permitiu na altura dar o salto evolutivo entre a produção por parte de pequenos artesãos para a existência das primeiras grandes fábricas.

A principal dificuldade deste método reside na necessidade constante de inventar máquinas que consigam produzir peças iguais e permutáveis entre si na linha de montagem. Além disso, obriga a aferir por parte da sociedade produtora se de facto é mais vantajoso colocar a produção num estado e a montagem noutra, podendo correr o risco de incorrer em custos acrescidos.

Com este método, existe ainda a possibilidade do fabrico do produto final ter lugar em dois territórios distintos. Tal acaba por permitir, no limite, uma deslocação e erosão da base tributável entre sociedades do mesmo grupo empresarial. De facto, a sociedade A (situada num Estado com um nível de tributação alto) pode contratualizar com a sociedade B (situada num território com baixa tributação), a produção em massa¹³ de lâminas e cabos de faca, sendo apenas a sua montagem efectuada no território do Estado com nível de tributação alto.

2.1.2. Método da Pré-Fabricação

A pré-Fabricação consiste na produção e montagem de um conjunto de peças que irão ser posteriormente transportadas para outro local, onde a sua montagem e construção irá ser finalizada. A justificação para a existência da divisão em momentos distintos do processo de fabrico prende-se com a necessidade de reduzir custos e tempo, evitando-se a junção de toda a mão de obra especializada num só espaço e num só momento. Neste método, a produção é dividida em dois ou mais momentos, variando

¹² Pioneiro no século XIX nos EUA e ainda hoje usado pelos estados mais industrializados.

¹³ A produção em massa no *manufacturing* ver: DeGarmo P., *Materials and Processes in manufacturing*, cooler macmillan international editions, 5º, (1979); Munoz J. & Ostwald P., *Manufacturing Processes and systems*, John Wiley & Sons Inc, 9º, (1997).

em função do local da mão de obra especializada e o custo de toda a operação para a entidade mãe. É muito usado no fabrico de carros, navios ou casas.

Os principais benefícios deste método são, entre outros: i) redução do tempo para terminar o projecto de produção; ii) redução do custo de produção; iii) incremento do lucro; iv) aumento da competitividade; v) aumento da qualidade. O quadro seguinte¹⁴ é bem ilustrativo do que acabamos de referir:

**Rank the benefits of prefabrication most important to project success
(Scale of 1 to 10 where 1=Least Beneficial and 10=Most Beneficial)**

2013 Survey

	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10
Reducing time to project completion	1%	1%	1%	1%	2%	5%	11%	15%	14%	50%
Reducing construction cost	1%	3%	2%	3%	13%	6%	14%	18%	21%	21%
Increasing profit margins	1%	2%	3%	4%	10%	9%	15%	18%	23%	17%
Competitive advantage	1%	2%	3%	4%	10%	9%	15%	18%	23%	17%
Overall improvement to worker safety	2%	5%	3%	3%	15%	8%	18%	22%	11%	13%
Improvements in quality	1%	1%	1%	3%	11%	8%	20%	22%	20%	13%
Reducing rework	3%	2%	4%	4%	16%	10%	16%	19%	16%	12%
Reducing material waste	3%	3%	5%	8%	15%	10%	12%	19%	15%	10%
Reducing the need for skilled labor on the job site	1%	4%	5%	5%	13%	12%	13%	21%	19%	7%
Reducing change orders	11%	6%	7%	10%	13%	13%	16%	8%	12%	4%
Ease of recruiting skilled employees for work in a shop environment compared to the field	6%	10%	5%	5%	19%	14%	15%	11%	11%	3%

No caso de existir necessidade de transportar os componentes para o local onde a mão de obra especializada se encontra, os custos de tal transporte podem desaconselhar o recurso a este método.

A aplicação do mesmo pode potenciar o deslocamento da base tributável de um determinado Estado para outro. Vejamos o seguinte exemplo, referente à produção de 100 navios. A empresa mãe, sediada no Estado A, não tem o *know-how* para proceder à montagem completa dos navios. Celebra um contrato com uma empresa sediada noutro Estado no sentido de esta completar a montagem ou produção dos navios. O valor da produção desloca-se para este último Estado para que seja finalizada a produção dos navios.

Em Hong Kong, por exemplo, este método é muito utilizado na construção de casas. Cerca de 30% da população,¹⁵ vive em casas fornecidas pelo Estado, pelo que foi

¹⁴ Este quadro procura espelhar os principais benefícios no uso da pré-fabricação, na escala de 1 até 10, no entendimento das multinacionais sondadas pelo FMI (consultora de gestão, investimento e recursos humanos para o sector do *manufacturing* e engenharia), de acordo com o disposto no relatório: FMI, *Prefabrication and Modularization in Construction*, (2013), p. 10, (<http://www.fminet.com/media/pdf/report/PrefabricationSurvey2013.pdf>).

¹⁵ Aproximadamente 2 milhões de pessoas ; Wong R., & Hao J., & HO C., *Prefabricated Building Construction Systems Adopted in Hong Kong*.

necessário encetar a construção em massa de apartamentos para esta franja da população. A construção dos apartamentos deu-se na ilha de Hong Kong, mas as fachadas, vãos de escada e placas de reboco ou “parede seca”¹⁶ foram construídas no continente (onde a mão de obra é mais especializada e mais barata). Este exemplo ilustra o porquê do método se denominar pré-fabricação. Os vãos de escadas, fachadas e placas de reboco foram pré-fabricadas antes de serem montadas aos prédios de Hong Kong.

O fraccionamento em momentos e espaços distintos da produção e fabrico de navios, automóveis ou casas, faz-se em função do local onde se encontra a mão de obra mais especializada ou em função do sítio onde os custos para a entidade mãe sejam mais reduzidos. Este fraccionamento da produção e montagem faz com que a aplicação deste método, seja um catalisador para a deslocação e consequente erosão da base tributável no seio de um grupo empresarial.

2.2. *Manufacturing e Business Restructuring*

2.2.1. Nota Prévia

A procura por uma maior optimização fiscal levou muitas multinacionais a re-equacionar o modo como as funções, activos e riscos são repartidos entre as sociedades que compõe o grupo. As autoridades tributárias começaram a perceber que tais formas de alocar funções, riscos e activos poderiam levar a perdas significativas de receitas tributárias. Pelo que, e no quadro das regras em matéria de preços de transferência, começaram a exigir dossiers de documentação, não só para a justificação do modo como o preço dos bens e serviços intra-grupo são determinados, mas ainda para perceber as mutações que se vão gerando no seio de reestruturações ou reorganizações empresariais.

2.2.2. Modelo convencional e distanciamento para o *licensed manufacturer*

O modelo convencional de *manufacturing* assenta numa só entidade a qual fica encarregue de todas as funções como a aquisição de matéria prima, o planeamento ou calendarização, processamento, montagem, fabrico ou produção da matéria prima adquirida, em bens ou mercadorias finais. O *manufacturer* tradicional é o detentor da matéria prima, processo de fabrico, inventário dos produtos finais e dos activos que são as máquinas, veículos, terrenos, prédios e todos os equipamentos usados para o fabrico

¹⁶ Placa de gesso utilizada para fazer divisórias internas da casa ou para revestir o tecto.

do produto. Na noção de activos, cabe também a propriedade intelectual, isto é, todas as patentes que ilustrem o processo de fabrico, o *know-how*, fórmulas secretas e o design dos produtos produzidos, todos são activos intangíveis.

O *manufacturer* tradicional suporta todo o risco associado à sua actividade. Sendo assim, se um *manufacturer* tradicional estiver localizado num país com a tributação muito elevada, todo o lucro obtido nesse país será tributado a uma taxa igualmente elevada, consubstanciando-se num encargo fiscal maior para o grupo empresarial.¹⁷

O *licensed manufacturer* é uma variante do *manufacturing* tradicional. Este exerce as mesmas funções, suporta os mesmos riscos e detém os mesmos activos do tradicional, com a excepção dos activos intangíveis. Por isso, tem de obter uma licença para usar propriedade intelectual necessária à produção (a qual pode pertencer a uma entidade exterior ao grupo empresarial ou até a uma entidade do grupo). O *licensed manufacturer* terá, em conformidade, de pagar *royalties* à entidade detentora do activo intangível em questão. O pagamento de *royalties* se for efectuado a entidades do mesmo grupo tem que ter em conta o princípio da plena concorrência, isto é, terá que ocorrer como se se tratasse de entidades não relacionadas. Nos outros casos, tal já não será necessário. Caso o ente que detém a propriedade intelectual esteja num território com uma tributação mais baixa, a mera localização da propriedade intelectual nessa jurisdição faz com que a carga tributária total seja bastante menor.

2.2.3. Modelo do *contract manufacturer* vs *toll manufacturer*

O *contract manufacturer* é um modelo intermédio entre o *licensed manufacturing* e o *toll manufacturing*. O *contract manufacturer* é responsável pela compra e detenção de matéria prima, pelo exercício de funções de fabrico ou montagem do produto em questão, e pela detenção de activos, como por exemplo máquinas, terrenos, prédios, veículos e outros equipamentos. Contudo, não suporta o risco da detenção do inventário dos produtos finais ou da sua venda ao distribuidor. Usualmente, o *contract manufacturer* (ao invés de fabricar o produto final, de o deter como inventário e de o vender aos distribuidores) vende o produto final directamente à entidade principal. Isto significa que o *contract manufacturer* não decide sobre as

¹⁷ BILANEY, Sunny Kishore, *Supply Chain Management Using Alternative Manufacturing Models*, 21 Intl. Transfer Pricing Journal 2 (2014) p.86.

quantidades a produzir ou o design a aplicar ao produto, produzindo de acordo com as especificações e instruções da entidade principal.

A detenção dos activos intangíveis pertence à entidade principal. Tal inclui, por exemplo, as patentes, as fórmulas secretas ou o *know-how* associado ao fabrico do produto em questão. Um *contract manufacturing* entre duas entidades ocorre, tipicamente, na indústria química, farmacêutica ou vestuário.

O *toll manufacturer* é, tal como o *contract manufacturer*, um produtor de bens ou mercadorias mas, suporta ainda menos riscos e executa menos funções que o *contract manufacturer*. A entidade principal fica responsável pela compra de matéria prima que, usualmente, vai directamente do fornecedor de matérias primas para o *toll manufacturer*. Sendo assim, o *toll manufacturer* não detêm as matérias primas, nem o produto final depois de fabricado, nem o processo de fabrico em si. A função essencial do *toll manufacturer* é a de transformar a matéria prima da entidade principal no produto final, de acordo com a expectativa e instrução da entidade principal. O *toll manufacturer* não suporta qualquer risco seja em relação às matérias primas, seja em relação ao produto final, apenas executa o fabrico e montagem da matéria prima no produto final, usando activos fixos tangíveis e intangíveis. O *toll manufacturer* tal como o *contract* e o *licensed manufacturer* não detêm qualquer propriedade intelectual.

A diferença chave entre o *toll manufacturer* e o *contract manufacturer* é que no *toll manufacturer* os activos, funções e riscos estão alocados à entidade principal, ficando, como já referido, alocado ao *toll manufacturer* somente a tarefa de fabrico do produto. No *contract manufacturer* as funções, activos e grande parte do risco mantêm-se alocados ao *contract manufacturer* que também fabrica o produto final. A base tributável no sistema de *toll manufacturing* vai encontrar-se, maioritariamente, na entidade principal, isto é, o valor produzido para efeitos fiscais pelo *toll manufacturer* é praticamente nulo, sendo que a tributação, também o será.

Esta tem sido a estratégia adoptada por muitas sociedades americanas e asiáticas, as quais transformam e reestruturam as suas cadeias de produção tendo em vista a optimização de custos, essencialmente fiscais. Nessa actividade, podem converter um tradicional *manufacturing* ou um *contract manufacturing* num *toll manufacturing*. O *toll manufacturer* recebe em troca pelo seu serviço de produção uma comissão acordada entre ambas as entidades. Usualmente, o valor é apurado em função da diferença do custo do bem e do custo da venda do produto (*markup*) adicionado ao valor do custo

total de produção do *toll manufacturer* para criar rendimento.¹⁸ O facto do *toll manufacturer* não assumir riscos, activos e funções faz com que a remuneração em comparação com o *contract manufacturer* seja substancialmente inferior.¹⁹

2.3. Consequências tributárias dos modelos de negócio de *manufacturing*

2.3.1. Nota Prévia

A globalização conduziu a um aumento da competição empresarial entre multinacionais com negócios presentes em diversos países. Para fazer face à competição, as multinacionais começaram a procurar otimizar os custos ao longo da sua cadeia de produção. Rapidamente perceberam que era possível produzir e vender um produto com a mesma qualidade cumprindo os mesmos prazos, mas com um custo de produção significativamente mais baixo.

A ambição e a exigência de otimizar os custos de produção levou à modificação do modelo de *manufacturing* tradicional para outros modelos como o *contract manufacturing* e *toll manufacturing*²⁰. Com tais modelos de negócio, partes da produção poderiam ser deslocalizadas para outros países, com menor carga tributária. Isto levou à introdução da variável fiscal nas decisões no sector do *manufacturing*. Tal também levou a novos riscos, como os de saber se um *manufacturer* pode, eventualmente, vir a ser considerado como um EE do principal e, em caso afirmativo, quais as consequências tributárias decorrentes. Começaremos com este último problema, passando depois para o exame das consequências tributárias da estruturação da produção em mais do que uma jurisdição.

¹⁸ BILANEY, Sunny Kishore, *Supply Chain Management Using Alternative Manufacturing Models*, 21 Intl, Transfer Pricing Journal 2 (2014).

¹⁹ Royal Malaysian Customs Department, *Guide on Approved toll manufacturer scheme*, (2013), p. 4 e ss.

²⁰ *Vide* as diferenças e semelhanças na p. 14 e 15.

2.3.2. *Toll Manufacturer* como EE

2.3.2.1. Risco de existência de EE

No entendimento de Miguel Cuadros, a existência do *toll manufacturer* não deveria criar um EE no país onde esta se encontra, em função das exceções plasmadas no artigo 5º nº 4 da CMOCDE, fundamentalmente a exceção do artigo 5º nº 4 c).²¹²²

No nosso entendimento não é essa a razão principal pela qual um *toll manufacturer* não se consubstancia num EE. O *toll manufacturer*, em condições normais, não é um EE porque a relação com a entidade principal é somente contratual, tendo independência económica e jurídica da entidade mãe. Normalmente, o *toll manufacturer* não depende de uma só entidade com o qual celebra um contrato de produção e não depende exclusivamente das ordens ou instruções da entidade mãe. Não tem poderes de representação ou de vinculação da entidade principal. O *toll manufacturer* é, tendencialmente, considerado como uma sociedade comercial. Este presta serviços que estejam no âmbito da sua actividade de *manufacturer* à sociedade mãe, num local distinto do local da sociedade mãe e com o seu próprio pessoal. Tal não significa que o local onde o serviço é prestado esteja à disposição da sociedade mãe. Por conseguinte, não são as actividades da sociedade mãe a serem exercidas no local do *toll manufacturer*, ainda que sejam benéficas para a actividade desenvolvida pela sociedade mãe. Assim, o *toll manufacturer* não poderá ser qualificado, (no nosso entendimento), como EE de uma outra sociedade no seio de um grupo empresarial²³²⁴.

No entendimento de Fernanda Antunes Rubim, se os funcionários do *toll manufacturer* exercerem actividades que estejam dentro da actividade económica da entidade principal, indo além da actividade de carácter preparatório ou meramente auxiliar, então existirá um risco de existência de um EE no *toll manufacturer*.²⁵ Se um *toll manufacturer*, que estaria inicialmente incumbido somente do fabrico do produto,

²¹ CUADROS, Miguel, *Toll and Contract Manufacturing Structures – Strategies and Challenges for Cross-Border Outsourcing Activities*, 68 Bulletin Intl. Taxn. 11 (2014) p.8.

²² Redação atual do artigo 5º nº 4 alínea c) da CMOCDE: “...um depósito de bens ou mercadorias pertencentes à empresa, mantido unicamente para serem transformados por outra empresa;...”.

²³ Redação do atual artigo 5º nº 7 da CMOCDE: “...O facto de uma sociedade residente de um Estado Contratante controlar ou ser controlada por uma sociedade residente do outro Estado Contratante ou que exerce a sua actividade nesse outro Estado (quer seja através de um estabelecimento estável, quer de outro modo) não é, só por si, bastante para fazer de qualquer dessas sociedades estabelecimento estável da outra...”.

²⁴ PINAKIN D.& SHEFALI G., *Cross-border outsourcing - issues, strategies and solutions*, 99 IFA Cahiers de droit Fiscal Intl. (2014) p.31.

²⁵ ANTUNES RUBIM FERNANDA, *Permanent Establishment Risks following Manufacturing and Distributing Restructurings*, 66. Bulletin Intl. Taxn. 6 (2012) p.3 e ss.

começar a comprar matéria prima, (função que deveria ser da sociedade mãe), poderá ser visto também como agente dependente, e a sua actividade poderá dar lugar a um EE para a sociedade mãe.²⁶

A identificação de qual é a actividade levada a cabo pela sociedade principal e qual é a exercida pelo *toll manufacturer* resulta da comparação entre o escopo da actividade da principal e do *toll manufacturer*. Se for um escopo distinto não prosseguem os dois a mesma actividade, não existindo uma relação de dependência.

Este teste da atividade foi utilizado pelo Supremo Tribunal Administrativo Francês, o qual rejeitou a pretensão das autoridades fiscais francesas de que a empresa suíça “*Interhome AG*”, cuja actividade principal era o arrendamento de casas de férias, tivesse um EE em França por causa das actividades exercidas pela subsidiária francesa “*Interhome Gestion*”. Para este tribunal, mesmo que a subsidiária francesa fosse um agente dependente de uma sociedade não residente, tal não levaria à constituição de um EE. Isto porque as suas actividades, onde se incluía a manutenção e limpeza das casas em França, a recepção e assistência aos turistas neste país não tinham o mesmo propósito que o da actividade exercida pela sociedade mãe na Suíça. Sendo assim, entendemos que quando uma multinacional pretenda mitigar os riscos de existência de um EE, deve definir o propósito da actividade desenvolvida de cada entidade do seu grupo, e avaliar os riscos de existência de EE para a entidade principal.

Além da similitude de atividades, devemos examinar com cuidado a questão da independência do agente. Para tal, deveremos ter em conta três características: i) a existência de uma entidade principal; ii) na remuneração recebida pelo agente e, iii) a alocação dos riscos entre entidades.

Na Índia, por exemplo, uma entidade principal que não é residente pode ser tributada em território indiano se o rendimento for obtido em território indiano ou considerado recebido nesse país.²⁷ Normalmente, o *toll manufacturer* não tem a autoridade para concluir contratos, nem assegurar encomendas em nome da entidade principal. Contudo, se o *toll manufacturer* mantiver um stock de bens para entrega ou venda, aos clientes da entidade principal esta poderá ter uma “conexão de actividade”

²⁶ ANTUNES RUBIM FERNANDA, *Permanent Establishment Risks following Manufacturing and Distributing Restructurings*, 66. Bulletin Intl. Taxn. (2012) p.4 § 2.

²⁷ BILANEY, Sunny Kishore, *Supply Chain Management Using Alternative Manufacturing Models*, 21 Intl. Transfer Pricing Journal 2 (2014) p.95.

com a subsidiária na Índia, podendo levar à existência de um EE, e posterior tributação em território indiano.

O *Income Tax Act* indiano de 1961 na secção 2 até ao 9º nº 1, refere e alarga o conceito de agente dependente por referência ao teste da “conexão de actividade”. Tal existirá, se a entidade principal não residente exercer alguma actividade através de uma pessoa (localizada na Índia), a qual tenha e exerça habitualmente em território indiano a autoridade para concluir contratos, mantenha um *stock* de bens ou mercadorias na Índia do qual execute vendas e assegure encomendas de forma regular, principalmente ou totalmente, para a entidade mãe não residente. Se algumas destas actividades, for exercida, por intermédio de uma pessoa em nome da entidade principal, conclui-se pela existência de uma “conexão de actividade”, considerando-se o rendimento como obtido em território indiano. Face a esta situação, se um *toll manufacturer* exercer algumas das funções referidas, o risco de existência de EE é muito elevado.

Obviamente que antes de se verificar a existência de EE é necessário ver se entre o Estado da entidade não residente e a Índia existe alguma convenção em matéria de dupla tributação que acabe por limitar o campo de atuação da lei doméstica indiana. A maioria dos tratados fiscais com outros Estados celebrados pela Índia têm na sua base o modelo da OCDE ou o modelo da Nações Unidas.

Caso o tratado seja baseado na CM OCDE²⁸, o *toll manufacturer* não será um EE. Se o tratado for baseado no modelo das Nações Unidas²⁹, o *toll manufacturer* será considerado um EE porque este modelo não contempla a excepção prevista no artigo 5º nº4 da alínea b) e c) da CMOCDE.³⁰ O *toll manufacturer*, mantendo um stock de bens ou mercadorias de onde execute vendas localmente, será considerado um EE sempre que proceda a uma entrega do produto final em nome da entidade principal. Assim, o *toll manufacturer* correrá um risco muito elevado de ser considerado EE em território indiano.³¹³²

²⁸ Redação atual do artigo 5º nº 4 alínea c): “...um depósito de bens ou mercadorias pertencentes à empresa, mantido unicamente para serem transformados por outra empresa...”.

²⁹ PINAKIN D. & SHEFALI G., *Cross-border outsourcing – issues, strategies and solutions*, 99 IFA Cahiers de droit Fiscal Intl. (2014) p.34.

³⁰ Redação atual do nº 4 alínea b) CM OCDE:”...um depósito de bens ou de mercadorias pertencentes à empresa, mantido unicamente para serem transformados por outra empresa...”; e alínea c):”...um depósito de bens ou mercadorias pertencentes à empresa, mantido unicamente para os armazenar, expor ou entregar...”.

³¹ BILANEY, Sunny Kishore, *Supply Chain Management Using Alternative Manufacturing Models*, 21 Intl Transfer Pricing Journal 2 (2014) p.95.

³² Situação aplicável somente no caso em que o *toll manufacturer* apresente as características descritas e o tratado fiscal siga o modelo das Nações Unidas.

No México, por exemplo, é garantido a inexistência de EE após reestruturação da multinacional, de acordo com o artigo 216º do Código Mexicano de rendimento das pessoas colectivas, que diz o seguinte: “o *contract manufacturer* no México (*maquiladoras*) que processa e monta produtos para uma entidade não residente usando inventário, instruções e equipamento fornecido pela entidade não residente principal não constituirá um EE desde que (a *maquiladora*) reporte os rendimentos tributáveis.”³³

Outro método muito usado pelos países para reduzir o risco de existência de EE é o da assinatura de um APA - acordo prévio em matéria de preços de transferência. Tal acordo antecipa a aplicação de um determinado critério/método a uma determinada transacção. Sendo celebrados com administrações fiscais, reduzem ou eliminam o risco de as mesmas atacarem as construções. Mais do que uma protecção quanto aos preços, tais acordos, nestes casos, podem levar à redução da aplicação de preços de transferência mas, mais do que isso, à diminuição do risco de existência de EE.³⁴

Anteriormente notamos que a desproporção de divisão do lucro e riscos entre entidades associadas é um indicador da falta de independência. Neste sentido, é importante assegurar que o *toll manufacturer* suporte pelo menos os riscos inerentes à sua actividade. A ausência de riscos é indicativo não apenas de que a entidade não tem o controlo do negócio desenvolvido, como também, da relação entre a entidade principal. Nos casos em que o *toll manufacturer* tem apenas uma relação de trabalho com o principal, sendo este último responsável por todas os problemas do *toll manufacturer*, aí a operação pode ser recharacterizada.

Como o *toll manufacturer* e comissários normalmente suportam riscos muito baixos, estes são mais propensos a ser considerados agentes dependentes do que o *contract manufacturer* o qual, pelo menos, suporta o risco da detenção do inventário.

As diferenças no que concerne à verificação de EE entre o modelo da OCDE e modelo das Nações Unidas não são assinaláveis, existindo pequenas diferenças como a referenciada anteriormente. Ainda assim, podem ser decisivas no momento de tratar o *toll manufacturer* como um EE ou não, como demonstrado.

Neste sentido, as multinacionais têm que adaptar o seu negócio com a dinâmica do mercado, procedendo a reestruturações fiscais mesmo correndo o risco de criar um EE em lugares indesejáveis. Uma das formas de mitigar esse risco quando existe a

³³ ANTUNES RUBIM, FERNANDA, *Permanent Establishment Risks following Manufacturing and Distributing Restructurings*, 66. Bulletin Intl. Taxn. 6 (2012) p.7.

³⁴ ANTUNES RUBIM, FERNANDA, *Permanent Establishment Risks following Manufacturing and Distributing Restructurings*, 66. Bulletin Intl. Taxn. 6 (2012).

conversão de uma entidade do grupo num *toll manufacturer* é garantir a racionalidade e o propósito real da actividade exercida, devidamente documentado.

Ao fazer isto, as multinacionais demonstram às autoridades fiscais que as transacções ocorridas têm motivos reais de acordo com a actividade exercida e não apenas tendo como escopo a poupança fiscal.

Devem também assegurar a definição das actividades de cada entidade do grupo, devendo tomar especial precaução com o lugar onde as pessoas capazes de tomar decisões estão localizadas, qual a entidade do grupo que tem capacidade para suportar o risco e quais são as pessoas que têm de gerir esse risco.

As multinacionais devem procurar estar de acordo com o cumprimento da lei fiscal onde se encontra o presumível EE, por exemplo, recorrendo a *rulings* com as autoridades fiscais.

2.3.2.2. Resultado alocado ao EE

Independentemente do que se conclua em termos de existência de um EE (no país do *toll ou contract manufacturer*), a tributação será sempre muito reduzida ou mesmo inexistente. Isto porque, como vimos, a maioria das funções, activos e riscos estão alocados à entidade principal. O *toll manufacturer* apenas providencia a mão de obra para o fabrico do produto final, sendo tudo o resto fornecido pela entidade principal que poderá estar localizada num país de tributação mais favorável.

Face a uma situação em que, a entidade principal desempenha a sua actividade através do *toll manufacturer*, vendendo posteriormente ao fabrico, os produtos aos seus clientes, a entidade principal terá que aferir, que montante irá ser imputado ao EE no país do *toll manufacturer*.³⁵ Se os rendimentos apenas obtidos pelo EE no exercício da sua actividade de venda dos produtos a cliente locais, ou se outros rendimentos da entidade principal obtidos no país *toll manufacturer* através da execução de actividades de negócio de natureza similar à executada pelo EE (venda ou promoção de produtos a cliente locais ou estrangeiros).

Neste sentido, é essencial saber se existe um tratado fiscal entre o estado da residência (país da entidade principal) e o estado da fonte (país do *toll manufacturer*),

³⁵ CUADROS, Miguel, *Toll and Contract Manufacturing Structures – Strategies and Challenges for Cross-Border Outsourcing Activities*, 68 Bulletin Intl. Taxn. 11 (2014) p.8.

que consagre o princípio da atracção fiscal limitado³⁶ (“*limited force of attraction principle*”), proposto na CM da ONU. O princípio da atracção fiscal, significa que todo o rendimento obtido pela entidade principal no estado da fonte, como por exemplo, juros, *royalties* e dividendos seja automaticamente imputado ao EE (desde que aí exista pelo menos um EE). No caso da CM da ONU está consagrado o princípio da atracção fiscal limitado, isto é, será tributado além dos rendimentos obtidos pelo EE através da venda de produtos a clientes locais, todos os outros rendimentos provenientes de actividades de natureza similar à executada pelo EE no estado do *toll manufacturer*. Cumpre referir que a denominação de limitado resulta da impossibilidade de extensão do princípio da atracção fiscal a dividendos, juros e royalties.

2.4. Consequências para o *toll* e *contract manufacturing* dos relatórios finais da OCDE do projeto BEPS

2.4.1. Nota Prévia

Nos últimos anos, a OCDE colocou em marcha o projecto BEPS, o qual teve em vista determinar medidas que pudessem obstar à erosão da base tributável. Esta tem lugar, por exemplo, quando se passa de um modelo tradicional de *manufacturing* para um modelo de *toll manufacturing*, como acontece em determinadas entidades de alguns grupos empresariais.³⁷

Em 2015 emitiu diversos relatórios finais³⁸ onde identificava quais as áreas de incidência em que o BEPS se irá concentrar. Uma delas foi a dos preços de transferência, em particular: as transferências de riscos e intangíveis, a separação

³⁶ UN, *Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries*, (2011) nos comentários ao artigo 7º na página 141: “...The United Nations Model Convention amplifies this attribution principle by a limited force of attraction rule, which permits the enterprise, once it carries out business through a permanent establishment in the source country, to be taxed on some business profits in that country arising from transactions by the enterprise in the source country, but not through the permanent establishment...”; na página 142 é referido o seguinte: “...several members from developing countries expressed support for the force of attraction rule, although they would limit its application. Clauses (b) and (c) mean that the United Nations Model Convention by including a limited force of attraction rule. This allows the country in which the permanent establishment is located to tax not only the profits attributable to that permanent establishment but other profits of the enterprise derived in that country to the extent allowed under the article. It is noted that the force of attraction rule is limited to business profits covered by Article 7 and does not extend to income from capital (dividends, interest and royalties)...”.

³⁷ OCDE, *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, (2013); OCDE, *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, (2013).

³⁸ Nomeadamente: OCDE, *Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action 7, 2015 Final Report*; OCDE, *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1, 2015 Final Report*; OCDE, *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Action 8-10, 2015 Final Report*.

artificial da detenção de activos entre entidades do mesmo grupo, o direito a tributar na economia digital e o combate à erosão da base tributável.

A OCDE pretende trazer para dentro da esfera do conceito de EE a figura do comissionista, o que fará com que muitas multinacionais no futuro, caso esta proposta avance, nos termos do que é proposto no relatório final de 2015 da Ação 7 do BEPS, tenham de se reorganizar e repensar a sua estrutura. Neste ponto, o que se pretende expor são as propostas discutidas neste momento sobre os objectivos e alterações ao articulado da CMOCDE, o que é que as acções que compõem o plano BEPS visam, e quais as consequências que irão ter para os modelos de negócio do *toll* e *contract manufacturing*.

2.4.2. A alteração ao artigo 5º afecta o *contract* e o *toll manufacturing* ?

O plano BEPS é composto por 15 acções que recaem em três temas-chave: transparência³⁹, substância⁴⁰ e consistência,⁴¹ procurando melhorar a interacção da tributação societária nos diferentes territórios.⁴² A acção 7 em particular, que tem como título “ prevenir que o status de EE seja artificialmente evitado”, foca-se em 4 áreas distintas: contrato de comissionista, exclusão de actividades específicas do nº4 do artigo 5º da CMOCDE, fraccionamento artificial de contratos e seguros.

A razão pela qual nos referimos directamente à acção 7 do BEPS, em detrimento das restantes acções, prende-se com o facto de esta acção ter como escopo o alargamento do conceito de EE, tentando trazer a figura do comissionista para dentro da noção de EE. Ora, a proposta de alteração ao artigo 5º da CMOCDE merece a nossa atenção em virtude do discutido anteriormente, sobre se o *toll manufacturer* pode ou não ser um EE e caso a resposta seja positiva, quais as consequências que daí advêm para o *toll manufacturer*.⁴³

³⁹ Ação 15,14,13,12,11 do BEPS.

⁴⁰ Ação 10,9,8,7 do BEPS.

⁴¹ Ação 1,2,3,4,5,6 do BEPS.

⁴² PwC, *Analisar e agir, preparando o futuro – Implementar o BEPS Action Plan*, (2015).

⁴³ Capítulo 2, p.17:”...O *toll manufacturer* é tendencialmente, considerado como uma sociedade comercial. Este presta serviços que estejam no âmbito da sua actividade de *manufacturer* à sociedade mãe, num local distinto do local da sociedade mãe, e com o seu próprio pessoal. Tal não significa que o local onde o serviço é prestado esteja à disposição da sociedade mãe. Por conseguinte, não são as actividades da sociedade mãe a serem exercidas no local do *toll manufacturer*, ainda que sejam benéficas para a actividade desenvolvida pela sociedade mãe. Assim, o *toll manufacturer* não poderá ser qualificado, (no nosso entendimento), como EE de um outra sociedade no seio de um grupo empresarial...”.

Vejam os seguintes exemplos avançados no relatório final da acção 7 da OCDE de 2015: XCO é uma sociedade residente no Estado X, especializada na venda de medicamentos. Até 2000, estes produtos eram vendidos a clínicas e hospitais no Estado Y pela sociedade YCO, a sociedade residente deste Estado. Tanto a XCO como a YCO são membros de uma multinacional. Em 2000, o estatuto da sociedade YCO mudou para o de comissário. Por força deste acordo, a sociedade YCO transferiu todos os activos fixos para a sociedade XCO, aceitando vender no Estado Y os medicamentos em seu nome mas por conta e risco da sociedade XCO. Consequentemente, a matéria tributável da sociedade YCO no Estado Y é substancialmente reduzida.⁴⁴

Para combater este problema de erosão da base tributável com as estruturas comissionistas, a OCDE tenta explicitar melhor os casos em que um comissionista se converte num EE. As soluções avançadas pelo relatório final da OCDE incluem alterações ao artigo 5º da CM OCDE⁴⁵, como a inclusão de novos elementos de aferição da existência de um agente dependente⁴⁶ que se consubstancie num EE. Esta sugestão procura alargar o conceito de agente dependente, para o agente que detenha o papel principal na conclusão de contratos tendo em vista a transferência, concessão do uso, ou prestação de serviços, como ilustra o exemplo seguinte.

A sociedade A residente em Portugal tem como propósito distribuir inúmeros produtos e serviços por toda a Europa, a sociedade B residente em Espanha está incumbida da promoção do produto da sociedade A (portuguesa). Os contratos que os trabalhadores da sociedade B (espanhola) assinam para promoção do produto não são em nome da sociedade A, mas os serviços são prestados pela sociedade portuguesa. Portanto, se for aplicada a sugestão explanada anteriormente (de alteração ao nº 5 do artigo 5º da CMOCDE) existirá EE porque os agentes da sociedade B negociam elementos do contrato para prestação de serviços.

⁴⁴ OCDE, *Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action 7, 2015 Final Report*, p.15.

⁴⁵ Redação atual do nº 5 do art.5 da CMOCDE é: "...quando uma pessoa - que não seja um agente independente, a que é aplicável o nº 6 - actue por conta de uma empresa e tenha, e habitualmente exerça, num Estado Contratante poderes para concluir contratos em nome da empresa, considera-se que esta empresa tem um EE nesse Estado relativamente a quaisquer actividades que essa pessoa exerça para a empresa...".

⁴⁶ Com a seguinte redação: "quando uma pessoa actue por conta de uma empresa e tenha, e habitualmente exerça, num Estado Contratante poderes para concluir contratos em nome da empresa, ou habitualmente exerça o papel principal na conclusão dos contratos, sem a modificação material da sociedade e esses são: a) em nome da empresa, ou b) para a transferência da propriedade de, ou para a concessão do direito de uso, posse de bens por essa empresa ou que a empresa tenha o direito de uso, ou c) para a prestação de serviços por essa empresa, considera-se que esta empresa tem um EE nesse Estado relativamente a quaisquer actividades que essa pessoa exerça para a empresa,..."

Relativamente ao nº 6 do artigo 5º da CMOCDE⁴⁷, a intenção é a de diminuir a abrangência do conceito de agente independente, dividindo o artigo em duas alíneas.

A primeira alínea, de acordo com o relatório final da acção 7 da OCDE de 2015, aponta para a não aplicação do nº 5 quando uma pessoa que actua num Estado Contratante em nome de uma empresa de outro Estado Contratante exerce a sua actividade no primeiro Estado Contratante, como agente independente desde que actue no âmbito normal da sua actividade. Quando, porém, uma pessoa actua exclusivamente ou quase exclusivamente em nome de uma ou mais sociedades com as quais tem “conexão”, esta pessoa não pode ser considerada um agente independente de acordo com o conceito definido por este artigo.⁴⁸

A segunda alínea define o que é a “conexão” entre o agente e a sociedade. O agente estará em “conexão” com a sociedade quando detiver pelo menos 50% dos benefícios gerados pelo agente. No caso do agente deter pelo menos 50% dos votos e da participação social da sociedade existirá igualmente “conexão” entre o agente e a sociedade. Se existir uma terceira pessoa que detenha pelo menos 50% dos benefícios gerados pelo agente e pela sociedade existirá necessariamente uma “conexão” para efeitos deste artigo entre o agente e a sociedade.⁴⁹

No fundo o que o artigo quer dizer é que existirá sempre “conexão” entre o agente e a sociedade quando um tem o controlo do outro e vice-versa ou uma terceira entidade detenha o controlo de ambos.

Além do alargamento do conceito de agente dependente e consequentemente do conceito de EE, a acção 7 propõe alterações ao nº 4 do artigo 5º da CMOCDE,⁵⁰ nomeadamente, a adição de um novo paragrafo ao nº 4.⁵¹

⁴⁷ Redação atual do nº 6 do art.5º da CMOCDE é: “...não considera que uma empresa tem um EE num Estado Contratante pelo simples facto de exercer a sua actividade nesse Estado por intermédio de um corrector, de um comissário geral ou de qualquer outro agente independente, desde que essas pessoas actuem no âmbito normal da sua actividade...”.

⁴⁸ OCDE, *Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action 7 – 2015 Final Report*, p.16.

⁴⁹ OCDE, *Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action 7 – 2015 Final Report*, p.16.

⁵⁰ O atual nº 4 do artigo 5º da CMOCDE enuncia determinadas actividades preparatórias ou auxiliares criadoras de reduzido valor acrescentado que não verificam o pressuposto de existência de EE, são elas: “...a) instalações utilizadas unicamente para armazenar, expor ou entregar bens ou mercadorias pertencentes à empresa, b) depósito de bens ou mercadorias pertencentes à empresa, mantido unicamente para os armazenar, expor ou entregar, c) depósito de bens ou mercadorias pertencentes à empresa, mantido unicamente para serem transformados por outra empresa, d) uma instalação fixa mantida unicamente para comprar bens ou mercadorias ou reunir informações para a empresa, e) um instalação fixa mantida unicamente para exercer, para a empresa, qualquer outra actividade de carácter preparatório ou auxiliar e f) uma instalação fixa mantida unicamente para o exercício de qualquer combinação das

A adição deste parágrafo tem como intuito prevenir que uma sociedade ou um grupo de sociedades relacionadas, fragmentem uma actividade de negócios coesa em pequenas actividades, para que sejam tratadas cada uma delas, como meras actividades preparatórias e auxiliares (evitando a emergência de um EE no Estado da Fonte).⁵²

Vejam os exemplos avançados pelo relatório final da acção 7 da OCDE de 2015⁵³: a RCO sociedade do Estado R, produz e vende aparelhos. SCO, sociedade residente do Estado S que é uma entidade subsidiária da sociedade RCO, detém um armazém onde vende os aparelhos que adquiriu à sociedade RCO. A sociedade RCO também detém um pequeno armazém no Estado S onde armazena pequenos aparelhos que são idênticos aos que se encontram no armazém detido pela sociedade SCO.

Quando um cliente compra uma grande variedade de aparelhos à sociedade SCO, os funcionários da sociedade SCO vão ao armazém da RCO e passam a deter os produtos antes de os entregar aos clientes. Esta detenção ocorre a partir do momento em que estes produtos saem do armazém da sociedade RCO. Neste caso, a adição deste parágrafo previne a aplicação das excepções plasmadas no parágrafo nº 4, ilustradas anteriormente. As condições para se aplicar este parágrafo estão preenchidas: a sociedade SCO e RCO são sociedades relacionadas. O armazém da sociedade SCO constitui um EE.⁵⁴ E as actividades desenvolvidas pela sociedade RCO no seu armazém e pela sociedade SCO são actividades complementares de uma actividade coesa de negócio.⁵⁵

actividades referidas nas alíneas a) a e), desde que a actividade de conjunto da instalação fixa resultante desta combinação seja de carácter preparatório ou auxiliar...”.

⁵¹ OCDE, *Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action 7 – 2015 Final Report*, p.39: “Este novo parágrafo não deverá ser aplicado a uma instalação fixa que é usada ou mantida por uma sociedade, se essa mesma sociedade ou uma sociedade relacionada, exercer uma actividade de negócio no mesmo lugar ou noutro lugar no mesmo Estado contratante, e a) esse lugar ou outro lugar constitua um EE para a sociedade ou uma sociedade relacionada de acordo com este artigo, ou b) a actividade geral resultante da combinação de actividades exercidas por duas sociedades no mesmo lugar, ou pela mesma sociedade, ou por sociedades relacionadas a dois lugares, não é de carácter preparatório ou auxiliar, desde que as actividades desenvolvidas pelas duas sociedades no mesmo lugar ou pela mesma sociedade, ou por sociedades relacionadas a dois lugares, constituem funções complementares que fazem parte de uma operação coesa de negócio.”.

⁵² OCDE, *Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action 7 – 2015 Final Report*, p.40, ponto 30.2; OCDE, *Public Discussion Draft: BEPS Action 7, Preventing the artificial avoidance of PE status*, (15 May 2015 – 12 June 2015), p.32.

⁵³ OCDE, *Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action 7 – 2015 Final Report*, p.41.

⁵⁴ A definição de um EE não se limita a situações onde os residentes de um Estado Contratante usam e mantêm uma instalação fixa para desenvolvimento de uma actividade noutro Estado, aplica-se igualmente a situações em que uma determinada sociedade usa e mantém uma instalação fixa no mesmo Estado.

⁵⁵ Armazenar bens num determinado lugar e vende-los noutro.

A possibilidade de extensão do nº4, apresentada no relatório final bem como nos *drafts* anteriores da acção 7, determina novo alargamento do conceito de EE a actividades complementares exercidas por entidades relacionadas desde que façam parte de uma coesa actividade geral de negócio, indo ao encontro com a sugestão avançada para o nº 5 do mesmo artigo.⁵⁷

Cumprir referir que, no caso do *toll manufacturer*, fabricar produtos a partir de matérias primas depositadas num armazém detido por uma sociedade sediada noutro país, não conduzirá à existência de nenhuma instalação fixa à disposição da sociedade estrangeira. Por conseguinte, tal nunca poderá constituir um EE, de acordo com o comentário 22.4, do relatório final da acção 7 do BEPS em 2015⁵⁸. Neste caso, o *toll manufacturer* é mencionado, mas não incluído na resolução do problema da erosão da base tributável tão propugnada pela OCDE. O risco de um *toll manufacturer* se converter num EE defendido por Fernanda Antunes Rubim é ignorado quando os países constituintes da OCDE não referem ou prevêem a possibilidade de um *toll manufacturer* ser um EE, bem como a sua impossibilidade de tributação. As multinacionais deverão estar, assim, mais preocupadas com a possibilidade de fraccionamento das suas actividades e com o alargamento do conceito de agente dependente.

A acção 7 aponta também para o fraccionamento artificial dos contratos, identificando-se duas propostas no relatório final da acção 7 da OCDE⁵⁹. A primeira é a de agregar o tempo despendido por entidades relacionadas no mesmo projecto para o cálculo do limite temporal ou em alternativa usar a norma geral anti-abuso “*principal purpose test*” proposta na Acção 6 do BEPS. A segunda é a intenção de aplicar uma

⁵⁶ OCDE, *Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action 7 – 2015 Final Report*, p.41; OCDE, *Public Discussion Draft: BEPS Action 7, Preventing the artificial avoidance of PE status*, (15 May 2015 – 12 June 2015), p.32.

⁵⁷ A OCDE demonstra com as alterações referidas estar preocupada com o fato de determinadas atividades preparatórias ou auxiliares se tornem em atividades de valor acrescentado ou que sejam imprescindíveis para a actividade a desenvolver pelo sujeito passivo posteriormente.

⁵⁸ OCDE, *Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action 7 – 2015 Final Report*, p.32: “...Where, for example, a stock of goods belonging to RCO, an enterprise of state R, is maintained by a toll-manufacturer located in State S for the purposes of processing by that toll-manufacturer, no fixed place of business is at the disposal of RCO and the place where the stock is maintained cannot therefore be a permanent establishment of RCO...”.

⁵⁹ OCDE, *Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action 7 – 2015 Final Report*, p.42 e 43; OCDE, *Public Discussion Draft: BEPS Action 7, Preventing the artificial avoidance of PE status*, (31 October 2014 – 9 January 2015), p. 21.

divisão artificial dos contratos para evitar ultrapassar o limite de 12 meses para estaleiros e obras e a inclusão de um comentário ao artigo.⁶⁰

Esta ação procura igualmente formular regras especiais para o sector dos seguros, nomeadamente, o estabelecimento de normas específicas para as entidades seguradoras. Com a excepção dos resseguros⁶¹, a cobrança de prémios e seguros de risco numa outra jurisdição, através de uma pessoa que não seja um agente independente, resultará na criação de um EE (ainda que os contratos de seguros não sejam concluídos por essa pessoa).⁶²

Em guisa de conclusão, e em nossa opinião, as sugestões avançadas pela OCDE para solucionar o problema de erosão da base tributável que ocorre no âmbito das estruturas comissionistas acaba por não afectar os modelos de negócio do *contract e toll manufacturing*.

A OCDE, na Acção 7, acabou por centrar-se quase exclusivamente no combate à erosão no âmbito das estruturas comissionistas e na fragmentação de actividades das multinacionais obrigando a que fiquem dentro do conceito de EE desde que preencham os requisitos previamente expostos.

Como demonstrado anteriormente, mesmo que a OCDE positivasse o *contract e toll manufacturing* como um EE, não estaríamos a falar de uma solução realista e eficaz, porque, a criação de valor para efeitos tributários *no toll manufacturer* é pouca ou nenhuma. Um *toll manufacturer* que seja classificado como EE, será tributado no país do *toll* mas o problema mantém-se com os riscos, funções e activos a continuarem a ser imputados na sociedade mãe. O problema permanece aparentemente sem resolução, que procuraremos dar nas páginas adiante.

⁶⁰ OCDE, *Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action 7 – 2015 Final Report*, p.42 e 43; OCDE, *Public Discussion Draft: BEPS Action 7, Preventing the artificial avoidance of PE status*, (15 May 2015 – 12 June 2015), p.33.

⁶¹ Um resseguro consiste num contrato em que se transfere riscos para outra seguradora, tendo em vista a diminuição da responsabilidade do segurador.

⁶² EY, *Tax Alert – Um novo conceito de estabelecimento estável (BEPS-Acção 7)*, (2015); OCDE, *Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action 7 – 2015 Final Report*, p.44.

2.5. Relação com os Distribuidores

As empresas incumbidas da distribuição do produto são também relevantes, no âmbito fiscal. Numa operação transnacional, um distribuidor convencional pode estar localizado num país distinto do país da empresa produtora, podendo mesmo ser adicionalmente responsável pela publicidade e venda do produto final. O distribuidor é, em vários casos, igualmente responsável pela manutenção do produto pós-venda, em caso de avaria.

O distribuidor convencional é normalmente detentor do design do produto e da marca registada. Este assume a propriedade dos bens quando saem da fábrica para depois os vender aos seus clientes, suportando, a partir daquele momento, todo o risco e, conseqüentemente, ganhando a maioria dos lucro resultantes da operação “vendas”. Este tipo de distribuidor é denominado como distribuidor convencional ou “*buy-sell distributor*”.

O modelo convencional é um modelo de negócio distinto do distribuidor de risco limitado ou “*strip-buy-sell distributor*”. Este, ainda que possa comprar e deter em seu nome os bens para o fabrico dos produtos finais acaba, em certa medida, por não suportar alguns dos riscos. Este distribuidor transfere a titularidade dos bens do *manufacturing* para os clientes, sem que os produtos tenham qualquer movimento físico, reduzindo o risco de detenção do inventário para o distribuidor.⁶³ Este distribuidor, usualmente, não executa qualquer actividade de pesquisa ou desenvolvimento do produto final. Os bens são detidos pelo *manufacturer*, sendo transferida a sua titularidade para o distribuidor ou directamente para os clientes no momento em que este vende aos clientes o produto final, não suportando por conseguinte o risco da posse do inventário durante o processo de venda do produto. A tributação no país do distribuidor convencional é usualmente mais alta do que no país do distribuidor de risco limitado.

De seguida, iremos ver um exemplo prático do papel de um distribuidor numa multinacional antes e após a sua reestruturação. Imaginemos que existe uma sociedade A sediada no Canadá que detêm um grupo composto pela sociedade B sediada na Holanda, C sediada na Suécia e D sediada na Indonésia. O grupo produz, desenvolve e distribui veículos ligeiros, tendo como principais mercados o asiático e o escandinavo. A empresa canadiana é a *holding*, onde está usualmente localizado o centro de pesquisa

⁶³ Este detenção temporária dos bens é denominada “*flash title*”.

e desenvolvimento do produto, que neste caso são automóveis. A sociedade holandesa é a detentora da propriedade intangível. Esta detém os activos fixos e está encarregue da compra da matéria-prima e da produção dos carros, ou seja, é um típico *manufacturer* convencional. Localizado nos países da Suécia e na Indonésia encontram-se as sociedades C e D responsáveis pela distribuição dos carros nas suas respectivas regiões, comprando o produto ao *manufacturer* que é a sociedade B.

Caso a *Holding* canadiana decida reestruturar-se, poderá fazer o seguinte: a sociedade B na Holanda (*manufacturer* convencional), transforma-se num *toll manufacturer*, ficando somente encarregue do *manufacturing* estando os activos, riscos e restantes funções imputados numa nova sociedade criada na Suíça (a sociedade E).

A sociedade E é a detentora da propriedade intelectual, da matéria prima, processo de fabrico e dos produtos finais fabricados pela sociedade B na Holanda. Os acordos de distribuição que estavam em vigor entre a sociedade B e as sociedades C e D irão ser reformulados por causa da reestruturação, passando a distribuição a ser acordada entre a sociedade E e as sociedades C e D.

Usualmente, o acordo pós-reestruturação tem as seguintes características: a titularidade do *stock* que era do *manufacturing* convencional (sociedade holandesa) é agora da sociedade suíça (E) que o retém até ao momento em que o distribuidor realiza a venda, transferindo-o mais tarde fisicamente para o cliente. Por conseguinte, este distribuidor não suporta qualquer risco de detenção do inventário o que não acontecia antes da reestruturação, sendo o seu lucro necessariamente mais baixo.

A remuneração dos distribuidores irá ser calculada em função da margem do preço de venda do produto final que terá sido previamente acordada. É obvio que após a reestruturação a obtenção de lucros por parte das distribuidoras na Suécia e na Indonésia diminuiu. O perigo de existir um EE na Suécia e na Indonésia aumentou. É necessário verificar se os requisitos para a verificação de um EE estão preenchidos, nomeadamente a existência de uma instalação fixa da sociedade E (suíça) na Suécia e na Indonésia ou se existe nestes dois países um agente ou agentes dependentes da sociedade suíça que possa vir a ser um EE para a sociedade E.

Em situações extremas o *manufacturer* poderá ter ao seu serviço um comissário, o qual não terá tradicionalmente poderes para vincular a entidade mãe já que normalmente vende em seu nome mas por conta e risco da entidade principal⁶⁴. Este

⁶⁴ GRUENDEL K. & HEUSSNER R., *OECD Discussion Draft on Transfer Pricing Aspects of Business Restructurings*, 16 Intl. Transfer Pricing Journal 3 (2009) p.186.

terá ainda como propósito o de promover e publicitar os produtos junto dos clientes. O comissário tradicionalmente não segue as instruções da entidade principal, não suporta o risco da titularidade do produto, sendo transferido directamente do *manufacturer* para o cliente e recebendo em troca uma comissão pelo seu serviço. O lucro das vendas, neste caso, não será tributado no país em que reside o comissário, mas sim no país do *manufacuter* no caso de ser tradicional ou no país da *holding* caso seja um *toll manufacturer*.⁶⁵⁶⁶

⁶⁵ ANTUNES RUBIM, FERNANDA, *Permanent Establishment Risks following Manufacturing and Distributing Restructurings*, 66. *Bulletin Intl. Taxn.* 6 (2012) p.2.

⁶⁶ OOSTERHOFF, Danny, *OECD Discussion Draft on Transfer Pricing Aspects of Business Restructurings*, 16 *Intl. Transfer Pricing Journal* 3 (2009) p.191.

3. Manufacturing Tributário

3.1. A remuneração de um intangível com a transformação do *contract manufacturer* em *toll manufacturer*

3.1.1. Nota Prévia

Quando ocorre transferência de activos, funções e riscos entre entidades relacionadas, esta deve ser executada nos termos que seriam praticados entre entidades não relacionadas, de acordo com o princípio da plena concorrência. O conceito de *location savings*, refere-se concretamente à poupança que a sociedade mãe irá ter na exploração da diferença de custos, entre duas jurisdições distintas, em actividades como o *manufacturing*⁶⁷.

Tal conceito, insere-se no quadro do fenómeno *Location-Specific Advantages*⁶⁸. As LSA existem em virtude dos LS *stritu sensu*, do *know-how* específico para o *manufacturing*, da existência de um mercado local mais receptivo à compra do produto fabricado e de maiores facilidades de transporte do produto fabricado para a venda nos mercados pretendidos pela empresa⁶⁹.

Neste ponto, examinaremos as consequências tributárias resultantes da existência de *locations savings* no *manufacturing* e a possibilidade de imputação de uma remuneração mediante o preenchimento de determinados requisitos por parte das entidades produtoras.

3.1.2. Possibilidade remuneratória no *manufacturing*

O que uma sociedade deve fazer em primeiro lugar, quando pretende transferir o *manufacturing* para outro país é determinar os potenciais *Location-Specific Advantages* que a sociedade mãe irá ter. A tabela⁷⁰ seguinte, espelha as vantagens e desvantagens que uma sociedade pode ter, especificamente uma sociedade farmacêutica americana, denominada US inc, que transferiu o *manufacturing* para uma sociedade subsidiária na Índia.

⁶⁷ PAWAR B. & UDESHI S., *Locations Savings*, 19 Asia Pacific Tax bulletin 5 (2013), p. 336-339.

⁶⁸ LSAs: location saving + other location-specific benefits.

⁶⁹ BILANEY, Sunny, *Location-Specific Advantages: When and How they should be allocated*, 69 Bulletin for International Taxation 8 (2015), p. 437 – 441.

⁷⁰ BILANEY, Sunny, *Location-Specific Advantages: When and How they should be allocated*, 69 Bulletin for International Taxation 8 (2015), p. 437 – 441.

Particulars	Per-strip cost in the United States (USD)	Per-strip cost in India (USD)	Impact
Raw material costs	6	3	Savings
Manpower costs	2	1	Savings
Other costs of production	3	2	Savings
Quality inspection costs	1	2	Dissavings
Total factory costs	12	8	Net savings

Da tabela conclui-se que, na reestruturação, a sociedade norte-americana poupa na matéria prima, na mão de obra e nos restantes custos de produção. Contudo, teve maior custo nas inspecções, em comparação com o que ocorre nos EUA. No balanço final, a sociedade US inc irá ter um LSA por unidade de 4 dólares americanos.⁷¹ Neste caso existe LSA e também *location rent*⁷². O facto de existir LSA não significa que exista *location rent*, dado que se tem de ter em conta as outras variáveis.

Uma vez determinado o LSA e o *location rent* que a sociedade mãe projecta obter com a reestruturação (*in casu*, transferência do *manufacturing*), importa perceber como irá ser alocado o *location rent*. Tal dependerá das transacções comparáveis no mercado local do *manufacturer*, de acordo com o disposto nas guidelines em matérias de preços de transferência, e do disposto na acção 8 do plano BEPS⁷³ (na medida em que é imediatamente aplicável).

A intenção de encontrar transacções comparáveis localmente, prende-se com a necessidade de encontrar o método de preços de transferência mais adequado à alocação do *location rent*. Face à impossibilidade de encontrar transacções comparáveis no mercado local, a alocação do *location rent* terá como base as funções, activos e riscos.

A transferência do *manufacturing* para jurisdições distintas da sociedade mãe, pode ser melhor ilustrada, com o exemplo apontado por Pawar e Udeshi⁷⁴: a sociedade X inc é líder de mercado, produtora de químicos. Opta por transferir, mediante a

⁷¹ BILANEY, Sunny, *Location-Specific Advantages: When and How they should be allocated*, 69 Bulletin for Intl. Taxation 8 (2015), p. 438.

⁷² Existe *location rent* quando as vantagens são superiores às desvantagens na transferência do *manufacturing* para um país terceiro, resultando em lucro.

⁷³ Redacção actual da acção 8 do plano BEPS: "...Desenvolver regras que impeçam a erosão da base tributaria e a transferência de lucros através da transferência de activos intangíveis entre membro de um mesmo grupo, o que implica: (i) adoptar uma definição abrangente e claramente delineada de activos intangíveis; (ii) assegurar que os lucros associados com a transferência e o uso de activos intangíveis sejam devidamente alocados em função da criação de valor (e não de maneira independente dessa criação de valor); (iii) elaborar regras de preços de transferência ou medidas especiais aplicáveis às transferência de activos intangíveis de difícil valorização; e (iv) actualizar as instruções relativas aos acordos de repartição de custos...".

⁷⁴ PAWAR B. & UDESHI S., *Locations Savings*, 19 Asia Pacific Tax bulletin 5 (2013), p. 337.

celebração de um *contract manufacturing*, o *manufacturing* dos EUA (país onde está sediada) para uma sociedade indiana denominada Y Lta. A Y Lta tem como função produzir e exportar o produto para a empresa mãe X inc. A transferência do *manufacturing* dos EUA para a Índia acarretou poupança nos custos de produção resultante da comparação do balanço, entres custos e poupanças antes e após esta transferência.

Partindo do pressuposto que existe (no final) uma poupança efectiva de custos, inúmeras questões podem ser levantadas. Em primeiro lugar, saber se esta vantagem na poupança dos custos em território indiano está ao alcance apenas da X inc ou de outros concorrentes na industria química da qual faz parte a X inc. Neste ultimo cenário será muito complicado a X inc partilhar algum *location saving* com a Y Lta. A sociedade Y Lta não detêm os activos, funções e riscos pelo que o *location saving* deveria ser imputado na sociedade mãe. Se o *location saving* fosse imputado na sociedade Y Lta, a tributação manter-se-ia tendencialmente nula, porque estamos num âmbito de um *contract manufacturing* em que a maioria dos activos, funções e riscos estão alocados à sociedade mãe.

Outra questão que se levanta é a de saber se da poupança de custos, resultará em lucro efectivo⁷⁵ para a sociedade X inc. De acordo com Pawar e Udeshi, se a resposta for não, então não haverá justificação para que a Y Lta tenha direito a uma parte dos *location savings*. Porém, se a resposta for afirmativa, ter-se-á de determinar a quem deverá ser alocado tal lucro obtido: i) à X Inc; ii) à Y Lda ou; iii) a ambos. A resposta dependerá do poder negocial de ambas as partes. O poder negocial⁷⁶ é determinado tendo como base, os seguintes factores: a competitividade no mercado, a facilidade de acesso a *Location-Specific Advantages* e a detenção ou não de propriedade intangível.

Caso as duas sociedades tenham poder negocial, o *location rent* terá que ser dividido igualmente entre as duas sociedades. Vejamos o seguinte cenário, apontado por Pawar e Udeshi: a sociedade X inc (EUA), toma a decisão de transferir o *manufacturing* para a sociedade Y Ltd (India). A sociedade Y Ltd, não oferece um *manufacturing* distinto dos seus competidores em território indiano, nem oferece vantagens quanto aos custos em comparação com os seus pares indianos. Nesta situação, e porque o *manufacturing* providenciado pela sociedade Y Ltd não é especializado o suficiente. A

⁷⁵ Conceito denominado location rent, vêr: BILANEY, Sunny, *Location-Specific Advantages: When and How they should be allocated*, 69 Bulletin for Intl. Taxation 8 (2015), p. 438 ponto 2.4.

⁷⁶ Ernst & Young Transfer Pricing Team, , *Newsletter India, at Arms`s Length*, (2013).

sociedade Y Ltd terá que providenciar melhores condições, que os seus concorrentes, não estando em posição favorável de exigir, ainda que parcialmente, qualquer *location rent*.⁷⁷

A maioria dos países entende que, a entidade que detém os activos intangíveis e assume o maior risco, deverá ser a entidade a quem deve ser alocada o *location saving*⁷⁸. Não deve ser por conseguinte, alocado o *location saving* a uma entidade que produz um valor muito limitado ou muito baixo. Nestes casos, os *locations savings* devem ser imputados ao dono da propriedade intangível e não à entidade afiliada, que executa a sua ou as suas funções.⁷⁹

Vejamos o seguinte exemplo, de uma empresa que detém o design, a produção e a venda da marca de um determinado tipo de roupa, apresentado nas *guidelines* da OCDE. O processo de fabrico é básico, a marca de roupa é muito conhecida e tem um valor muito alto. Esta sociedade, reside no país A onde os custos de trabalho são muito altos. Decide fechar portas no país A, movendo o *manufacturing* para uma sociedade pertencente ao grupo, localizada no país B, onde os custos do trabalho são mais baixos. A sociedade do país A retém os direitos sobre a marca de roupa e continua a deter o design da roupa. As peças serão fabricadas pela entidade no país B, sob um acordo de *contract manufacturing*. Este contrato não implica o uso de propriedade intelectual, detida ou licenciada pela entidade sediada no país A.

Uma vez produzido pela entidade localizada no país B, as roupas serão vendidas para a entidade localizada no país A que, posteriormente, irá vender para uma terceira entidade (normalmente um distribuidor) ou directamente aos consumidores. As *guidelines* da OCDE tentam demonstrar, com este exemplo, onde é que deverá ser imputado os *locations savings*: no país A, no país B ou em ambos. As *guidelines* sugerem que, num caso destes, o *location saving* atribuído ao *contract manufacturer* deverá ser muito pouco ou nenhum.⁸⁰

Num outro exemplo, apresentado pela OCDE⁸¹ a solução já não passa pela imputação de uma pequena parte dos *location savings* ao *toll manufacturer*, mas sim de

⁷⁷ PAWAR B. & UDESHI S., *Locations Savings*, 19 Asia Pacific Tax bulletin 5 (2013), p. 338.

⁷⁸ PINAKIN D. & SHEFALI G., *Cross-border outsourcing – issues, strategies and solutions*, 99 IFA Cahiers de droit Fiscal Intl. (2014) p.50 e ss.

⁷⁹ PINAKIN D. & SHEFALI G., *Cross-border outsourcing – issues, strategies and solutions*, 99 IFA Cahiers de droit Fiscal Intl. (2014) p.50 e ss.

⁸⁰ OCDE, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, (2010), p.285 e ss.

⁸¹ OCDE, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, (2010), p.286 § 9.152.

uma parte superior ou igual entre *toll manufacturer* e a entidade principal, em virtude do valor intangível com que o *manufacturer* contribui para o fabrico do produto final e da posterior satisfação dos clientes da sociedade X. O exemplo é o seguinte: uma sociedade X sediada no estado X, fornece serviços especializados de engenharia aos seus clientes. A sociedade é conhecida pelos seus serviços de elevada qualidade, cobrando uma determinada quantia, por cada hora. O custo de mão de obra na sociedade X, era muito elevado, transferindo o *manufacturing* para o estado Y, criando-se para o efeito a sociedade Y nesse estado, onde se contrata engenheiros que recebem um salário significativamente mais baixo, sendo o custo final de mão de obra necessariamente mais baixo. Com esta operação, a sociedade X obtém *location savings* no país Y, com a poupança no custo de mão de obra. Porém, os clientes continuam a lidar directamente com a sociedade X, continuando esta a cobrar o mesmo montante que cobrava apesar da diminuição dos custos de mão de obra.

Face a esta situação, como descrevem Desai e Goradia,⁸² no seu relatório nacional ao Congresso da IFA de 2014, os *locations savings* deveriam ser imputados na sua maioria à sociedade Y ou aplicar-se o *profit split method* ou *residual profit split method* em favor da sociedade Y. A razão principal para a alocação dos *locations savings* à sociedade Y, prende-se com o facto de o serviço central e especializado ser efectuado pela sociedade Y, isto é, a qualidade do serviço prestado pela sociedade Y, influencia de forma preponderante o desempenho e reputação no mercado da sociedade X.

Pode ocorrer que o grau de especialização, para fabricar determinados produtos seja tal, que se considere muito difícil de replicar ou substituir a empresa que fabrica o produto final, produzindo um valor intangível que corresponda às suas técnicas específicas de *know-how*. Este valor intangível com que o *manufacturer* contribui, terá um peso substancial no momento do cálculo da remuneração porque irá conferir ao *manufacturer* um poder negocial maior na hora de discutir qual a remuneração a imputar. Neste sentido a detenção de um *know-how* muito específico fará com que parte dos *locations savings* sejam imputados, (tendo sempre em conta o princípio da plena concorrência), na sociedade que produz, isto é, ao *manufacturer*. Conclui-se então que, a obtenção de *location savings* e sua posterior imputação depende de inúmeras

⁸² PINAKIN D. & SHEFALI G., *Cross-border outsourcing – issues, strategies and solutions*, 99 IFA Cahiers de droit Fiscal Intl. (2014) p.55 e WANG, JUNGYI, *Business Restructurings: A case Analysis and Regulations Applicable to Business Restructurings*, 20 Intl. Transfer Pricing Journal 5 (2013).

variáveis, incluindo a abordagem que o fisco da sociedade produtora tem, relativamente à imputação do *location saving*.

3.1.3. A perspectiva da China e da Índia

As administrações fiscais dos países, mais propícios à existência de sociedades produtoras, que têm acordos de produção com sociedades sediadas no estrangeiro, têm vindo a definir posições bastante claras sobre o conceito e alocação dos *locations savings*.

A administração tributária indiana entende que a alocação dos *locations savings* deve ser feita de acordo com o que entidades independentes em circunstâncias semelhantes acordariam alocar, sendo importante ter em conta o poder negocial do *manufacturer*. Entende ainda que, o método mais apropriado de alocação dos *locations savings*, quando não existe transacções comparáveis, é o *profit split method*⁸³.

Já a administração tributária chinesa entende que, as sociedades locais que prestam serviços a sociedades relacionadas fora do seu país, devem ser remuneradas pelos seus LSA, principalmente quando contribuem com um valor intangível acrescido, como por exemplo, o *know-how*, marca e técnicas que melhorem o negócio. A abordagem da administração tributária chinesa tem estado em linha com o que as *Guidelines* da OCDE prevêm. Contudo, e recentemente, têm adoptado uma abordagem composta por 4 passos^{84,85}. Tal deveu-se sobretudo à falta de confiança e de informação relativa a transacções comparáveis na China (essenciais para a aplicação da solução propugnada pela OCDE).

O primeiro passo passa por identificar quais as LSA que a sociedade chinesa proporciona. Em segundo lugar, determina-se se estas LSA identificadas geram *location rent*. O terceiro passo passa por quantificar que lucro provêm dos LSA. Por último, determina-se o método de preços de transferência que deverá ser aplicado, para alocar o *location rent* que resulta dos LSA. É do interesse da administração tributária chinesa que a sua abordagem seja seguida de forma rigorosa, para que tenha a possibilidade de tributar qualquer lucro imputado à sociedade chinesa, ainda que a carga fiscal no país do

⁸³ PAWAR B. & UDESHI S., *Locations Savings*, 19 Asia Pacific Tax bulletin 5 (2013), p. 339 ponto 4.

⁸⁴ BILANEY, Sunny, *Location-Specific Advantages: When and How they should be allocated*, 69 Bulletin for Intl. Taxation 8 (2015), p. 441.

⁸⁵ LANGE A. & LANKHORST W.H., *The impact of Location Advantages on the Transfer Pricing of Multinationals: On the Chinese Love for European Designer Handbags and Lower Production Costs in India*, 21 Intl. Transfer Pricing journal 4 (2014), p. 229.

manufacturer chinês seja menor do que aquela que, a sociedade mãe tinha antes da transferência do *manufacturing*.

4. Soluções para resolver o problema de erosão do *toll manufacturing*

Exposto o problema da erosão da base tributável no *toll manufacturing*, cabe-nos de seguida, explicar as soluções possíveis para a resolução destes expedientes de optimização fiscal, de uma forma justa para os vários Estados envolvidos.

Vimos que a acção 7 do BEPS tem em vista o alargamento do conceito de agente dependente, propondo alterações ao articulado da CMOCDE (nomeadamente o artigo 5º) trazendo a figura do comissionista para dentro do conceito de EE. Procura igualmente, mitigar o fraccionamento de uma actividade geral de negócio em múltiplas actividades meramente preparatórias e auxiliares para que não estejam fora do conceito de EE. Posto isto, é pacífico concluir que a acção 7 é ineficaz quanto ao problema da erosão base tributável nas actividades de *manufacturing*.

A positivação do *toll manufacturer* como EE no articulado da CMOCDE não é uma opção viável porque se estaria a impor ao fisco, onde está sediada a entidade produtora, que tribute o *toll manufacturer*. No entanto, o mais certo é que pouco existisse para tributar dado que os riscos, ativos e funções continuariam, a residir na sociedade mãe ou numa sociedade terceira.

A China e a Índia (países directamente visados pela erosão da base tributável nas operações de *manufacturing*), estão a seguir outro caminho. Estes países, estão a ser mais exigentes na imputação de uma remuneração, às sociedades produtores nos seus países. Começam por exigir que a remuneração aplicável deva ser determinada tal como de entidades independentes se tratasse, de acordo com o princípio da plena concorrência. Na falta de transacções comparáveis, tem que se ver casuisticamente como é que irá ser imputada a remuneração e se é que irá ser imputada alguma. Começa-se por ver que activos, funções e riscos estão a ser imputados na sociedade produtora. No caso de um *toll manufacturer*, este não tem activos, funções e riscos imputados.

Caso se conclua pela imputação do *location saving* à sociedade produtora, parte-se para a análise do poder negocial: tenta-se determinar se há poder negocial da sociedade produtora, isto é, se o serviço que providencia à sociedade mãe é especializado e único no sector. O poder negocial é, como vimos anteriormente, aferido tendo em conta, a competitividade no mercado, a facilidade de acesso a *Location-Specific Advantages* e a detenção ou não de propriedade intangível. O que ocorre é que uma sociedade meramente produtora usualmente não tem poder negocial ou este é

muito débil. Assim sendo, é necessário verificar que tipo de serviço está a ser prestado pelo *toll manufacturer*. Se é um serviço especializado de tal forma preponderante que faça depender a sociedade mãe do *toll manufacturer* ou se é um serviço apenas providenciado no sector por este *toll manufacturer*. Em ambos os casos, será tendencialmente imputável uma remuneração na sociedade produtora. A China, como já referido anteriormente, impõe uma espécie de guião, composto por 4 passos, em que é necessário primeiramente identificar que *Location-Specific Advantages* existem, se estas geram *location rent*, quantificar que lucro provêm dos *Location-Specific Advantages* e por último determinar que método de preços de transferência é aplicável para alocar a remuneração à sociedade produtora.

Note-se que esta abordagem mais rígida relativamente à imputação de uma remuneração às sociedades produtoras sediadas nestes países é apenas adoptada pela China e a Índia, enquanto que nos restantes países em vias de desenvolvimento, como por exemplo o Bangladesh, esta exigência não ocorre. Posto isto, é necessário separar as águas relativamente a este problema, entre os países desenvolvidos, em vias de desenvolvimentos e os países que compõem o BRICS⁸⁶.

4.1. Perspectiva dos países desenvolvidos

Da perspectiva dos países desenvolvidos, tem que se separar necessariamente a perspectiva do fisco, da perspectiva da sociedade mãe residente no país desenvolvido.

Da perspectiva da sociedade mãe residente no país desenvolvido é do seu interesse que seja alocado uma remuneração específica às sociedades produtoras residentes em países como os BRICS ou em vias de desenvolvimento. De fato, situando-se as sociedades produtoras normalmente fora dos seus territórios, a existência de tal remuneração, conduziria a erosão da sua base tributável. O objectivo de deslocar a produção para um país de tributação mais baixa é o de diminuir substancialmente os custos da actividade de negócio. A introdução de uma (nova) norma internacional que imponha a imputação de uma remuneração pelo ganho resultante da reestruturação (*location saving*) na sociedade produtora, seria de acordo com os interesses da sociedade mãe residente no país desenvolvido. Porque significaria a manutenção do

⁸⁶ Brasil, Rússia, Índia, China, África do Sul.

lucro dentro da sua estrutura empresarial, sem que com isso sofra tributação acrescida, no país do sociedade produtora.

Perspectiva oposta têm as autoridades fiscais dos países desenvolvidos, que estão a ver as multinacionais residentes nos seus países deslocar a produção para países terceiros. O intuito de tal deslocação passa por diminuir os custos de produção, bem como diminuir a carga tributária da sua estrutura. O fisco dos países desenvolvidos perde assim receita tributária quando o *location saving* é imputado na sociedade produtora residente nos BRICS ou nos países em vias de desenvolvimento. Porém, o fisco da sociedade produtora fica igualmente de mãos atadas porque os activos, riscos e funções estão imputados na sociedade mãe, pelo que a tributação será tendencialmente nula.

4.2. Perspectiva dos BRICS

Para os BRICS, a situação actual é muito mais punitiva. Pelo menos, quando comparada com os países desenvolvidos. O fisco dos Estados pertencentes aos BRICS, adota uma postura semelhante ao fisco dos países desenvolvidos quando as suas sociedades residentes deslocam a produção para países terceiros em vias de desenvolvimento. A postura mantém-se reivindicativa quando se trata de tributar os *locations savings*, gerados pelas suas sociedades produtoras inseridas em estruturas empresariais, em que a sociedade mãe é residente num país desenvolvido. Ainda que, a tributação seja tendencialmente nula, no caso de estarmos no âmbito de um *toll manufacturing*.

Os BRICS estão a ver multinacionais de países desenvolvidos a celebrar acordos com produtores residentes nos seus países, nos moldes já referidos, imputando somente no *toll manufacturer* a mão de obra. Face a esta situação, países como a China e a Índia começaram a trilhar o seu próprio caminho na alocação dos *locations savings*. Dado que, são países com um peso económico substancial no espectro mundial, as suas orientações para a imputação e tributação, estão a ser seguidas pelas sociedades relacionadas, situadas nos seus países⁸⁷. Porém, é importante referir que estamos perante

⁸⁷ PAWAR B. & UDESHI S., *Locations Savings*, 19 Asia Pacific Tax bulletin 5 (2013), p. 338 ponto 4 ; BILANEY, Sunny, *Location-Specific Advantages: When and How they should be allocated*, 69 Bulletin for International Taxation 8 (2015), p. 441.

um problema universal, face ao qual não existe uma solução global que resolva a erosão da base tributável no *toll manufacturing*.

Os BRICS não podem ser demasiadamente exigentes e severos quanto à imputação da remuneração nas suas sociedades produtoras, sob pena de ver além da perda de impostos, a fuga de investimento e da celebração de contratos de produção. Estes países têm de gerir por um lado os seus interesses, procurando não serem ludibriados fiscalmente pelas multinacionais dos países mais desenvolvidos, e por outro lado, tentando não ser de tal forma punitivos e severos com quem procura a poupança fiscal mas que, acaba por celebrar contratos de produção com sociedades residentes nos BRICS, estimulando a economia local.

O maior desafio para os BRICS é encontrar uma abordagem concertada, (e não cada um ter a sua própria abordagem quanto à alocação dos *locations savings*) que permita aumentar a receita tributária, quando se imputa os *locations savings* nas sociedades produtoras residentes.

4.3. Perspectiva dos países em vias de desenvolvimento

Os países em vias de desenvolvimento têm uma perspectiva muito semelhante à dos BRICS em relação aos países desenvolvidos. A defesa da imputação dos *locations savings* gerados localmente, às suas sociedades produtoras é mais benéfica do ponto de vista económico. Mas, do ponto de vista tributário, é simplesmente obsoleto porque apesar da sociedade gerar *location savings*, o fisco não tem possibilidade de os tributar. O interesse destes países, em que seja discutido o tema das *location savings*, e de que se introduzam modificações a nível global é dúbio. Têm o interesse em que seja adotado e discutido, medidas relativamente à imputação dos *locations savings* e a sua tributação, mas por outro lado não têm porque isso significaria a perda de interesse na deslocação da produção para estes países, juntando-se à fraca receita tributária o fraco desempenho do sector, do ponto de vista económico.

Apesar da menção às *locations savings* nas *Guidelines* de preços de transferência, tal ainda não é suficiente. A posição dos países em vias de desenvolvimento (como por exemplo o Bangladesh) é mais frágil do que a dos BRICS. O poder negocial é mais débil, visto que existe uma grande competição no mercado com inúmeras entidades produtoras, não existem tantos *Location-Specific Advantages*, não detendo geralmente qualquer propriedade intangível. O serviço providenciado pelas

entidades produtoras nestes países não é especializado, nem único, face ao providenciado noutros países com as mesmas condições. Sendo assim, para estes países, o *location saving* será tendencialmente imputado na sua totalidade à sociedade mãe, a menos que a autoridade fiscal local adote medidas na forma de imputação do *location saving* à imagem do que está a acontecer na China e na Índia.

Perante este cenário de despreocupação, algum abuso e falta de prevenção da erosão da base tributável que está a ocorrer nos países desenvolvidos, não haverá outra solução do nosso ponto de vista, do que uma acção concertada dos fiscos dos países mais desenvolvidos relativamente à exigência de imputação dos *locations savings*. Ou, a imputação da remuneração devida em virtude da poupança dos custos às sociedades produtoras residentes nos países em vias de desenvolvimento, garantindo-se a sua tributação nestes Estados. A exigência para com a OCDE, relativamente a esta temática deverá ser maior por parte do fisco das sociedades de todos os países, para que no futuro seja possível sujeitar todas as actividades de *manufacturing*, em todos os países. Através, por exemplo, da implementação de uma acção à imagem do que está a ocorrer no plano BEPS, ainda que como referido anteriormente, não seja do interesse das sociedades dos países mais desenvolvidos que isso ocorra.

4.4. Conclusões intermédias

No momento presente, não existe uma solução universal que proteja de forma justa todos os países relativamente aos casos em que uma multinacional se reestrutura e desloca parte ou toda a produção para outro país (com o objetivo de obter vantagens fiscais). Num futuro próximo esta situação poderá mudar se os países, de forma concertada, exigirem que a imputação de uma remuneração não deva ser atribuída em função de determinadas características: i) se o serviço prestado é especializado e único, ii) se a entidade produtora tem ou não alocados riscos, funções ou activos, iii) bem como se tem ou não poder negocial para exigir uma remuneração.

No nosso ponto de vista, deverá existir sempre uma remuneração mínima⁸⁸ pelo serviço providenciado pela entidade produtora. Tal oscila consoante as variáveis *supra* referidas (serviço especializado, *know-how* partilhado, poder negocial etc...). Esta “obrigação” e “responsabilidade” por parte das multinacionais, para com as entidades

⁸⁸ As *guidelines* de preços de transferência não prevêm a imputação de uma remuneração mínima às sociedades produtoras no âmbito da imputação de *location savings*.

produtoras dos países menos desenvolvidos tornaria mais igualitária e justa a tributação do sector do *manufacturing*, tanto da perspectiva fiscal, como da perspectiva ética. Porém, isso não acabaria com o problema de erosão da base tributável que tem retirado receita às autoridades fiscais.

A solução encontrada por alguns países dos BRICS, como a China e a Índia, quanto à imputação dos *locations savings*, não está a ser acompanhada pelos restantes países. Por exemplo, cada país dos BRICS tem a sua própria abordagem no que respeita à forma como os *location savings* devem ser imputados. Ainda que estes países tenham “aberto os olhos” para o modo como as multinacionais estão a utilizar as cadeias de produção e de distribuição para obter vantagens, estes não estão a agir de forma concertada. Existem, por conseguinte, diversas abordagens na forma como os *locations savings* devem ser imputados. O principal motivo para que estes países adotem posturas muito próprias relativamente a este tema, passa pela sua não aceitação que sejam usados como plataformas de mão de obra barata, sem terem uma receita tributária proporcional à dimensão do seu sector de produção.

Entendemos que uma acção concertada seria uma via admissível no combate a erosão da base tributável através, por exemplo, de trocas de informações entre países, tributando-se como afirma Hans van den Hurk⁸⁹, o rendimento onde ele foi efectivamente gerado ou onde efectivamente a actividade foi executada. Isto, permitiria o fim da não tributação na imputação dos *locations savings*, ou da sua dupla tributação. Ainda que, a discussão actual se centre excessivamente na forma de imputação dos *locations savings*, pouco tempo se perde na doutrina em relação à forma como se tributará os *locations savings* ou possíveis rendimentos provenientes da actividade do produtor no país da sociedade produtora.

É verdade que é do interesse da sociedade mãe, sediada no país desenvolvido, que o *location saving* seja imputado na sociedade produtora, porque tem uma carga tributária tendencialmente nula. Mas não é menos verdade, que deixando de ter como requisito de tributação a alocação dos riscos, funções e activos, a vontade e interesse destas sociedades em alocar o *location saving* na sociedade produtora, deixaria de existir.

⁸⁹ HURK, Hans, *Starbucks versus the People*, 68 Bulletin for Intl. Taxation 1 (2014), p.27-34.

Sendo assim, o caminho propugnado na reunião do G20 em São Petersburgo, referenciado por van den Hurk, poderá ser a solução admissível para o problema da erosão da base tributável nas actividades de *manufacturing*. Isto é, no sector do *manufacturing*, a tributação incidirá onde a actividade de produção for executada e consequentemente ocorra poupança de custos. Apesar de esta solução aparentar ser injusta para as receitas fiscais dos países desenvolvidos. As multinacionais residentes continuarão, porventura, a deslocar a produção para países terceiros porque a carga tributária em sede de IRC será necessariamente mais baixa. Esta solução aumenta a equidade entre os países do ponto de vista tributário, Deixa ainda nas mãos das empresas a decisão sobre a vantagem da deslocalização da produção. O nível de tributação a que tais actividades devem ser sujeitas é da competência de cada país. O que tem necessariamente de existir é concordância na forma como se tributa, para que não ocorra erosão da base tributável no sector do *manufacturing*.

A enorme influência das multinacionais residentes nos países desenvolvidos na economia mundial, bem como a pouca vontade de alguns países em vias de desenvolvimento (quer seja pela falta de conhecimento, ou pelo medo de ver fugir investimento do seu sector de produção), pode justificar a não inclusão desta questão, no quadro do BEPS (já que a OCDE reúne maioritariamente os países desenvolvidos).

Conclusões

- 1) A actividade de *manufacturing* consiste na produção de mercadorias para venda, com recurso a mão de obra, ferramentas e/ou máquinas.
- 2) A ambição de aumentar a poupança fiscal levou a que determinadas multinacionais recorressem a novos sistemas de *manufacturing*, com o objetivo de deslocar parte da produção para um Estado com uma carga tributária mais favorável. Os dois métodos que mais possibilitam tal deslocação da produção/base tributável são: o *sistema americano de manufacturing* e o método da pré-fabricação.
- 3) Tal deslocação da produção originou diversos novos modelos de produção, tais como o modelo convencional de *manufacturing*, o do *licensed manufacturer*, o do *contract manufacturing* e o do *toll manufacturing*.
- 4) O modelo convencional de *manufacturing* reporta-se a uma só sociedade a qual assume a responsabilidade de todas as funções, de todo o risco e dos activos inerente ao exercício da sua actividade.
- 5) O *licensed manufacturer* exerce as mesmas funções que o *manufacturer* tradicional, suportando os mesmos riscos e detendo os mesmos activos, com exceção dos activos intangíveis. A diferença entre os dois modelos, cinge-se ao facto do *licensed manufacturer*, deter uma licença para o uso de propriedade intelectual, tendo por isso a obrigação de pagar royalties à sociedade detentora.
- 6) No *contract manufacturing* as funções, activos e parte do risco são alocados à sociedade produtora. Por seu turno, no *toll manufacturing*, à sociedade produtora é apenas imputado o fabrico do produto, não suportando os mesmos riscos, não detendo activos e não exercendo outras funções.
- 7) O *toll manufacturer*, apesar de prestar serviços no âmbito da sua actividade de produtor à sociedade mãe, não está necessariamente sob o controlo e à disposição da sociedade mãe. Nestes termos, as actividades exercidas pelo *toll manufacturer* não são as mesmas que as da sociedade mãe pelo que, nos termos do artigo 5º nº7 da CMODE, o *toll manufacturer* não é um EE.
- 8) O *toll manufacturer* tornar-se-á num EE, se os funcionários da sociedade produtora exercerem actividades, além das de carácter preparatório e auxiliar. O *toll manufacturer* pode ainda converter-se num EE se começar a executar

funções que caibam à sociedade mãe, comportando-se como um verdadeiro agente dependente.

- 9) No nosso entendimento, e com exceção dos casos mencionados, o *toll manufacturer* não se converte num EE. Isto porque, e apesar de prestar um serviço à sociedade mãe, ele não tem necessariamente de ser um agente dependente. Por outro lado, o local onde exerce a sua função não se considera como estando à disposição da sociedade mãe.
- 10) Caso o *toll manufacturer* seja qualificado como um EE, o resultado alocado será apenas o dos rendimentos obtidos pelo EE ou os rendimentos da entidade principal no país do *toll manufacturer*. A resposta dependerá do tratado fiscal em vigor.
- 11) Caso o tratado fiscal celebrado siga a CM ONU, consagrando o princípio da atracção fiscal limitado imputar-se-ão todos os rendimentos obtidos (excluindo-se juros, royalties e dividendos) pela entidade principal no país do *toll manufacturer* ao EE, desde que a actividade exercida seja similar à do EE.
- 12) A reestruturação por parte das diferentes multinacionais moldou além das sociedades produtoras, as sociedades distribuidoras. Hoje em dia encontramos desde distribuidores mais convencionais e com maiores rendimentos como o *buy-sell-distributor* até aos que suportam menos riscos mas com menos rendimentos como o *strip-buy-sell-distributor*.
- 13) O *location saving* consiste na poupança que a multinacional projecta ter em virtude da exploração da diferença de custos entre a jurisdição onde está sediada e a jurisdição da sociedade produtora para onde deslocará parte da produção ou montagem.
- 14) O *location rent* resulta da existência de maiores vantagens do que desvantagens na deslocação da produção para outra jurisdição.
- 15) A remuneração da sociedade produtora deverá ser determinada nos termos do princípio da plena concorrência.
- 16) A alocação da remuneração na falta de transacções comparáveis, será feita tendo em conta a alocação dos riscos, funções e activos, sendo que a quantidade do *location saving* é aferida tendo em conta o poder negocial de ambas as sociedades, o *know-how* providenciado pela sociedade produtora, a qualidade e especialidade do serviço de produção.

- 17) A sociedade que assume maior risco e que detêm maiores activos intangíveis deverá ser a entidade a que deve ser alocada o *location saving*, não obstante de carecer de análise casuística.
- 18) A acção 7 do BEPS procura alterar o articulado do artigo 5º da CMOCDE, tendo em vista (nomeadamente) o alargamento do conceito de agente dependente, visando incluir o conceito de comissionista no conceito de EE.
- 19) A acção do 7 do BEPS, procura igualmente mitigar o fraccionamento de uma actividade geral de negócio em múltiplas actividades meramente preparatórias e auxiliares.
- 20) Conclui-se então, que a acção 7 do BEPS é ineficaz tendo em vista a resolução do problema da erosão da base tributável nas operações de *manufacturing*.
- 21) A positivação do *toll manufacturer* como EE no articulado da CMOCDE, revela-se também uma solução inviável, porque a base tributável está na sociedade mãe, não existindo nada para se tributar na sociedade produtora.
- 22) Algumas administrações tributárias (como a chinesa) entendem que as sociedades produtoras locais devem ser remuneradas pelo serviço providenciado, principalmente quando contribuem com um valor intangível de relevo.
- 23) A China elaborou um plano composto por 4 passos, tendo em vista a imputação de uma remuneração na sociedade produtora local. São eles: i) a identificação das LSA; ii) determinar se geram *location rent*; iii) quantificar o lucro obtido e por último; iv) determinar qual o método de preços de transferência aplicável na alocação do *location rent*.
- 24) Nas *Guidelines* de preços de transferência está consagrado a problemática da alocação dos *location savings*, porém nenhuma ação do BEPS aborda esta questão de modo direto.
- 25) A iniciativa do fisco Chinês e Indiano é essencial para garantir a alocação dos *locations savings* às suas sociedades produtoras.
- 26) A abordagem mais rígida tomada pela China e Índia não é acompanhada pelos restantes países em vias de desenvolvimento. Consideramos conveniente analisar este problema tendo em conta três grupos de países: países desenvolvidos, países em vias de desenvolvimento e BRICS.

- 27) As sociedades dos países desenvolvidos têm todo o interesse na imputação dos *locations savings* à sociedade produtora porque tal permitiria a manutenção do lucro na estrutura empresarial com uma tributação tendencialmente nula.
- 28) Os países que compõem o BRICS acabam por ter uma face de Janus (duas caras): i) por um lado estão a ver as multinacionais dos países desenvolvidos gerarem *location savings* nos seus países sem que a tributação seja ao nível do que era suposto em virtude da reestruturação da multinacional estrangeira; ii) por outro lado, adotam o mesmo comportamento dos países desenvolvidos para com os países em vias de desenvolvimento, quando ocorre deslocação da produção das suas sociedades.
- 29) Os BRICS não podem ser de tal forma severos na exigência para com as multinacionais oriundas dos países desenvolvidos, sob pena de ver a produção alocada no seu país, fugir para os países vizinhos (em vias de desenvolvimento).
- 30) O grupo dos países em vias de desenvolvimento, não providencia um serviço especializado, não tem poder negocial e, muitas vezes, não consegue LSA.
- 31) Não existe até ao momento uma solução universal que resolva o problema de erosão da base tributável nas operações de *manufacturing* porque existem interesses distintos relativamente a este tema.
- 32) Consideramos fulcral uma ação concertada por parte dos países desenvolvidos num âmbito da OCDE, procurando a consagração de medidas que resolvam o problema exposto, podendo passar, por exemplo pela consagração de uma ação específica neste tema.
- 33) Consideramos fundamental a consagração de uma remuneração mínima para as sociedades produtoras, que oscilaria casuisticamente, tendo em conta as características da sociedade produtora e do serviço providenciado.
- 34) Entendemos que o caminho para a resolução do problema exposto poderá passar pela tributação onde o rendimento foi efectivamente gerado ou onde a actividade foi efectivamente exercida.
- 35) Esta medida no nosso entendimento asseguraria uma maior equidade, protecção e justiça, entre os operadores do sector de *manufacturing* e o fisco das sociedades produtoras.

Bibliografia

I. Artigos e Monografias

ADOE, Andreas, *Transfer Pricing Audits of Manufacturing Companies in Indonesia: Quo Vadis?*, 22 Intl. Transfer Pricing Journal 1 (2015)

ANTUNES RUBIM, FERNANDA, *Permanent Establishment Risks following Manufacturing and Distributing Restructurings*, 66 Bulletin Intl. Taxn. 6 (2012)

BILANEY, Sunny Kishore, *Supply Chain Management Using Alternative Manufacturing Models*, 21 Intl. Transfer Pricing Journal 2 (2014)

BILANEY, Sunny Kishore, *Location-Specific Advantages: When and How they should be allocated*, 69 Bulletin Intl. Taxation 8 (2015)

BLANCO, Abigail, *Permanent Establishments Associated with Business Restructurings: Spanish Supreme Court Decision of 12 January 2012*, 53 European Taxn. January 1 (2013)

BUTLER, Michael, *Transfer Pricing Aspects of Business Restructurings*, 16 Intl. Transfer Pricing Journal 3 (2009)

BUTLER M. & PENGELLY J., *Transfer Pricing Aspects of Business Restructurings*, 19 Asia-Pacific Tax Bulletin 1 (2013)

BRUGGER, F. & PLANSKY, P., *Permanent Establishments in international and EU Tax Law*, 68 Series on international tax law 68 (2011)

CABRERA V., LEIMAN J. & SKALETSKY M., *Hub-and-Spoke Arrangements May Result in a Rough Ride – Tax Issues Facing Arrangements in Latin America*, 11. Practical Latin American Tax Strategies (2008), World Trade Executive

CUADROS, Miguel, *Toll and Contract Manufacturing Structures – Strategies and Challenges for Cross-Border Outsourcing Activities*, 68 Bulletin Intl. Taxn. 11 (2014)

CHRYSSOLOURIS, George, *Manufacturing Systems – Theory and Practice*, Springer-Verlag (1992)

DEGARMO P., *Materials and Processes in manufacturing*, Coolier Macmillan Intl. editions (1979)

DE RIDDER, Pieter, *Taxation of Cross-Border Dividends, Interest, Royalties and Service Fees*, 19 Asia-Pacific Tax Bulletin 5 (2013)

GRUENDEL K. & HEUSSNER R., *OECD Discussion Draft on Transfer Pricing Aspects of Business Restructurings*, 16 Intl. Transfer Pricing Journal 3 (2009)

GUO W., TSENG S., WEI N. & XAVIER XU Y., *Corporate Loss Utilization through Aggressive Tax Planning*, 20 Intl. Transfer Pricing Journal 1 (2013)

HEGGMAIR M.,BOEHLKE N. & ALI-NAKEYEA A., *International Transfer Pricing in Developing Countries: Ghana Rising*, 20 Intl. Transfer Pricing Journal 6 (2013)

HOUNSHELL, DAVID A., *From the American System to Mass Production, 1800-1932: The Development of Manufacturing Technology in the United States*, Johns Hopkins Paperbacks (1984)

HOBSDAWN ERIC J., *Revolução industrial Inglesa ao Imperialismo*, Forense Universitária

HURK, H., *Starbucks versus the People*, 68 Bulletin for Intl. Taxation 1 (2014)

KALPAKJIAN S., *Manufacturing processes for engineering materials*, Addison-Wesley Publishing Company (1984)

KOOMEN, Mirjam, *Transfer Pricing in a BEPS Era: Rethinking the Arm's Length Principle – Part I*, 22 Intl. Transfer pricing journal 3 (2015)

KROPPE K-H. & RASCH S., *Regulation on Business Restructuring: Decree-Law on the Relocation of Functions*, 16 International transfer pricing journal 2 (2009)

LANGE A. & LANKHORST W.H., *The impact of Location Advantages on the Transfer Pricing of Multinationals: On the Chinese Love for European Designer Handbags and Lower Production Costs in India*, 21 International Transfer Pricing journal 4 (2014)

MENDES, R. A., *IRC e as reorganizações empresariais*, Universidade Católica Editora (2016)

MUNOZ J. & OSTWALD P., *Manufacturing Processes and systems*, John Wiley & Sons (1997)

NAM T-Y. & SUNG C., *Transfer Pricing Aspects of Business Restructurings*, 18 Asia-Pacific Tax Bulletin 3 (2012)

NORWOOD, Brett A., *Location Savings and Other Location-Specific Advantages*, 19 Asia-Pacific Tax bulletin 5 (2013)

OOSTERHOFF, Danny, *OECD Discussion Draft on Transfer Pricing Aspects of Business Restructurings*, 16 Intl. Transfer Pricing Journal 3 (2009)

PIJL, Hans, *Agency Permanent Establishments: in the name of and the Relationship between Article 5(5) and (6) – Part 1*, 67 Bulletin Intl. Taxn. 1 (2013)

PIJL, Hans, *Agency Permanent Establishments: in the name of and the Relationship between Article 5(5) and (6) – Part 2*, 67 Bulletin Intl. Taxn. 2 (2013)

PINAKIN D. & SHEFALI G., *Cross-border outsourcing - issues, strategies and solutions*, 99 IFA Cahiers de Droit Fiscal Intl. (2014)

PAWAR B. & UDESHI S., *Locations Savings*, 19 Asia Pacific Tax bulleting 5 (2013)

POPE S. & PEEL R., *Comissionaire Agency Permanent Establishment Structures and the Impact of the Zimmer Case*, 17 Intl. Transfer Pricing Journal 6 (2010)

SENARATNE, S., & EKANAYAKE, S., & SIRIWARDENA, M., *Lean Prefabrication: A sustainable Approach*

STEWART, Miranda, *Abuse and Economic Substance in a Digital BEPS World*, 69 Bulletin for International Taxation 6/7 (2015)

SCHEY, John A., *Introduction to manufacturing processes*, McGraw-Hill Book Company, (1977)

SCHOUEIR L. & GUNHTER O-C., *The subsidiary as a Permanent Establishment*, 65 Bulletin for International taxation 2 (2011)

SCHON, W., *International tax coordination for a second-best world (part I)*, 1 World tax journal 1 (2009)

TAN NGUYEN, Phat, *Transfer Pricing - Increasing Enforcement, Audit and Dispute Resolution Mechanisms*, 18 Asia-Pacific Tax Bulletin 5 (2012)

VINH, Nguyen, *Manufacturing and Trading Incentives – Where Do We Stand Now In Asia?*, 16 Asia-Pacific Tax Bulletin 2 (2010)

WANG, Jungyi, *Business Restructurings: A case Analysis and Regulations Applicable to Business Restructurings*, 20 Intl. Transfer Pricing Journal 5 (2013)

WITTENDORFF J., *Agency Permanent Establishments and the Zimmer Case*, 17 International transfer pricing journal 5 (2010)

WITTENDORFF J., *Triangular Cases: The Interaction Between transfer pricing and PEs*, (2012)

WONG R., & HAO J., & HO C., *Prefabricated Building Construction Systems Adopted in Hong Kong*

XAVIER, Alberto, *Direito Tributário Internacional*, 2º Almedina (2011)

YONG, Sing, *Tax Optimization Using Branches?*, 66 Bulletin Intl. Taxn. 8 (2012)

YUAN S., LIU J. & DESOUZA G., *Changing Transfer Pricing Landscape: “Like It or Not”*, 20 Intl. Transfer Pricing Journal 4 (2013)

II. Outras Fontes (por ordem cronológica)

OCDE, *Model Tax Convention on Income and on Capital*, (2010)

OCDE, *Transfer pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations* (2010)

UN, *Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries* (2011)

OCDE, *Model Tax Convention: Revised proposals concerning the interpretation and application of article 5 (Permanent Establishment)*, (19 October 2012 – 31 January 2013)

Royal Malaysian Customs Department, *Guide on Approved toll manufacturer scheme*, (2013)

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

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

FMI, *Prefabrication and Modularization in Construction* (2013)

Ernst & Young Transfer Pricing Team, *Newsletter India, at Arm's Length* (2013)

OCDE, *Public Discussion Draft: BEPS Action 7, Preventing the artificial avoidance of PE status* (31 October 2014 – 9 January 2015)

OCDE, *Public Discussion Draft: BEPS Action 7, Preventing the artificial avoidance of PE status* (15 May 2015 – 12 June 2015)

EY, *Tax Alert – Um novo conceito de estabelecimento estável (BEPS-Ação 7)* (2015)

PWC, *Analisar e agir preparando o futuro – Implementar o BEPS Action Plan* (2015)

OCDE, *Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action 7 – 2015 Final Report* (2015)