



CATÓLICA

FACULDADE DE DIREITO

ESCOLA DE LISBOA

A CRISE DOS COMPARÁVEIS

PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA EM SITUAÇÕES DE CRISE ECONÓMICA

(Dissertação de Mestrado em Direito Fiscal)

Orientada pelo Professor Sérgio Vasques

Guilherme de Mendonça Medeiros

Junho de 2021

Índice

Resumo	2
I. Dos preços de transferência	4
a. Identificação do tema	4
b. Princípio da plena concorrência	4
c. Comparabilidade	5
d. Descaracterização da transação controlada	6
II. Métodos.....	8
a. Métodos tradicionais	8
b. Métodos não tradicionais	10
III. Modelos formulários – Global formulary apportionment.....	12
IV. Um modelo em decadência	14
a. Surgimento de uma alternativa.....	16
b. Proposta do Secretariado para uma abordagem unificada no âmbito do Primeiro Pilar.....	17
c. O fator da crise econômica – COVID-19.....	18
V. Conclusão.....	24
Bibliografia	26

Resumo

Num mundo cada vez mais global, as empresas aproveitam as oportunidades e facilidades para se estabelecer em diferentes países por forma a otimizar a sua operação e consequentemente aumentar os seus lucros.

Nada de novo no mundo empresarial não fossem os impostos uma das principais fontes de rendimento dos vários Estados que, sob o brasão de pretenderem uma tributação justa mais não pretendem do que evitar evasão dos seus impostos em prol de outras jurisdições de tributação mais reduzida. Surgem assim os preços de transferência.

Até agora a OCDE parece estar de acordo, encontre-se uma comparável de mercado e adote-se o mesmo critério (preço, margem, lucro).

O desafio surge, como em qualquer legislação, quando a realidade ultrapassa os pressupostos de aplicação da lei. Isto é, quando a lei aplicável deixa de ter (qualquer) aderência à realidade.

Com a desmaterialização das trocas comerciais, com a digitalização da economia, com crises económicas e pandemias, tal nunca foi tão verdade em sede de preços de transferência.

Nesta obra propomo-nos a analisar os métodos tradicionais de preços de transferência e a avaliar a sua (des)adequação aos tempos atuais, bem como aferir se existirá outro método que possa responder melhor às necessidades da disciplina de preços de transferência em situações de crise.

Palavras-Chave: Preços de Transferência; Princípio da Plena concorrência; Modelos Formulários

Abstract

In an ever increasingly global world, companies take advantage of every opportunity and easiness to establish themselves on different countries in order to optimise their operation, hence increasing their profits.

That would be yesterday's news weren't taxes one of the main sources of State income, that, under the banner of a "fair taxation", only seek to enforce their taxes so they can avert evasion to other lower taxes jurisdictions. This is where transfer pricing comes in play.

So far OECD seems to be in agreement: find a market comparable using the same factors (prices, gross margins and profits)

The challenge comes forth, same across other areas of legislation, when the reality surpasses the conditions of the law. Namely, when the law in force isn't applicable to the reality.

With the dematerialization of trade, the ever growing digitalisation of economy, economic crisis and pandemics, this has never been so true in transfer pricing.

In this paper, we set ourselves to analyse the traditional transfer pricing model and test it's (un)suitability to modern times as well as determine if there are is a better model that can rise to the challenge of transfer pricing in economic downturn.

Keywords: Transfer-Pricing; Arm's Length Principle, Global Formulary Apportionment

I. Dos preços de transferência

Já desde a segunda década do século XX¹ se começou a questionar o tratamento das operações intragrupo, nomeadamente, a possível manipulação de preços para obtenção de vantagens tributárias. Gradualmente, o conceito de preços de transferência veio a ganhar cada vez mais destaque, tornando-se um ponto fulcral introduzido na grande parte dos tratados bilaterais vigentes, bem como na legislação doméstica de quase todos os Estados.

a. Identificação do tema

Quando duas partes não relacionadas transacionam uma com a outra, cada uma age de forma a maximizar os seus próprios lucros com a transação e, portanto, o preço acordado no final irá refletir este equilíbrio de forças. Isto é o mercado em funcionamento. Contudo, sempre que as partes são relacionadas², nasce a preocupação de que o preço praticado tenha sido influenciado por motivações que não a normal prossecução de lucro, levando a um preço diferente do que seria normalmente praticado entre partes não relacionadas.

Esta temática assume particular relevância para efeitos fiscais quando falamos de Grupos Multinacionais (MNEs) com pontos de contacto em várias jurisdições com taxas de imposto e regras fiscais distintas, pois o preço de transferência praticado pode ser manipulado de forma a obter menos lucros ou canalizar os prejuízos para determinada jurisdição por forma a obter uma tributação ao nível do grupo (consolidado) do que o mesmo conjunto de empresas teria caso não fosse relacionado.

Assim, o modo de determinação da base tributária correspondente a cada jurisdição assume especial importância.

b. Princípio da plena concorrência

Este princípio tem como pressuposto que na valorização de uma transação económica ambas as partes pretendam a maximização do seu próprio lucro e que os preços praticados por partes relacionadas deve ser o mesmo que o praticado por partes independentes.

Sendo assim, entende-se que o preço “justo” será aquele que, ao avaliar as funções exercidas, os bens empregues e os riscos que cada parte assume, se entenda que duas empresas comparáveis teriam acordado, pelo que, esta análise se torna essencial na determinação do preço de transferência.

Embora existam outros modelos de determinação do preço de transferência, a OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico), desde o seu início tem

¹ Segundo uma investigação realizada por AVI-YONAH, a preocupação relativa à tributação efetiva de atividades intragrupo surgiu no “*War Revenue Act of 1917*” norte-americano. Vide AVI-YONAH (2007).

² De acordo com a definição prevista no NCRF 5 estamos perante uma transação entre partes relacionadas numa transferência de recursos, serviços ou obrigações entre partes relacionadas, independentemente de haver ou não um débito de preço.

adotado este método, bem como procurado adaptá-lo à constante evolução da tributação. No parágrafo §1.8 das suas *Guidelines*, esta declara este ser o modelo primário, uma vez que, ao colocar empresas independentes e relacionadas numa situação de paridade, este princípio evita a criação artificiais com impactos fiscais que, de outra forma, adulterariam a competitividade em cada sector de atividade. Ao remover-se, assim, considerações tributárias das decisões económicas, o princípio da plena concorrência promove o crescimento do comércio e investimento internacional.

Não obstante o seu óbvio mérito, a OCDE reconhece que a aplicação do princípio da plena concorrência pode apresentar dificuldades em certas circunstâncias, nomeadamente:

- Inexistência de comparáveis de mercado (*ex.* transação de bens ou serviços altamente singulares);
- Realização de transações que não seriam realizadas por partes independentes;³
- Justificação do preço praticado perante a Autoridade Tributária vários exercícios após a realização da operação;
- Dificuldade na obtenção de comparáveis de mercado;
- Existência de um benefício criado pela MNE, o qual não se encontra relacionado com manipulação de preços, mas sim com a própria operação/estrutura e do qual o contribuinte deverá beneficiar por seu próprio mérito.⁴

c. Comparabilidade

De uma forma simples, poderíamos reduzir o princípio da plena concorrência ao exercício de olhar para uma transação entre partes não relacionadas e conseguir justificar uma transação controlada com base na primeira, *i.e.* análise da comparabilidade.

Com esta análise é possível identificar diferenças nos preços e condições (funções, bens e riscos) praticados entre entidades relacionadas perante uma transação realizada entre partes independentes.

O teste da comparabilidade encontra-se no centro de todas as metodologias adotadas pela OCDE para determinar a plena concorrência do preço praticado numa transação, uma vez que a transação (“comparável de mercado”), a que se recorre para este exercício, tem de ser suficientemente similar para poder ser utilizada no teste do preço praticado pelas partes relacionadas.

Porém, não é necessário estarmos perante transações completamente iguais para que haja comparabilidade: existindo diferenças, apenas se as condições divergentes afetarem materialmente o preço da transação, o teste da comparabilidade não poderá ser aplicado. Ou

³ O exemplo dado nas *Guidelines* é referente a uma venda ou licenciamento de intangíveis, os quais um grupo esteja mais inclinado a contemplar nos casos em que o comprador/vendedor ou licenciador/licenciado são pessoas relacionadas.

⁴ Tomemos como exemplo o caso de uma MNE com presença em vários países da União Europeia, que obtém economias de escala do simples facto de centralizar o fabrico num dos Estados-membros. Este grupo não deverá ser penalizado por obter vantagens intrínsecas da estrutura eficiente que foi capaz de construir.

seja, situações que não são idênticas, mas que não divirjam de uma forma economicamente relevante continuam a ser tidas como transações comparáveis.

Na determinação da comparabilidade, a OCDE indica quais os fatores que devem ser tidos como economicamente relevantes:⁵

- **Análise funcional:**⁶ a compensação paga entre partes independentes normalmente reflete as funções exercidas, os bens empregues e os riscos assumidos por cada empresa, pelo que na análise funcional são estes os índices a ser analisados.
- **Termos contratuais da transação:**⁷ intenção das partes formalizada no contrato. Este fator é subsidiário à análise funcional.
- **Caraterísticas dos bens ou serviços:**⁸ como por exemplo o volume e a qualidade dos bens e a natureza e duração dos serviços.
- **Circunstâncias económicas:**⁹ condições de mercado (localização geográfica do mercado, dimensão, custo de mão-de-obra, regulação em vigor *etc.*).

No limite, e caso estes índices não nos permitam chegar ao preço normal de mercado, a Autoridade Tributária poderá optar por fazer tábua rasa das transações reportadas pelos agentes e descaracterizar a operação, por forma a que a mesma tenha um tratamento equitativo face aos outros operadores.

d. Descaracterização da transação controlada

Embora seja comumente aceite que os agentes têm a liberdade de estruturar as suas operações da forma que lhe seja mais benéfica económica e tributariamente, desde que para o efeito tenham o respetivo substrato económico, no caso de operações entre entidades relacionadas, a redação do artigo 9.º, n.º 1 da CMOCDE (Convenção Modelo da OCDE) abre a possibilidade de as Autoridades Tributárias procederem, para efeitos fiscais, a uma alteração da qualificação da transação controlada em duas condições excecionais:¹⁰

- A substância económica da transação difira da sua forma¹¹: esta exceção apenas se verifica quando a divergência entre a substância económica da transação tenha sido causada pela comunhão de interesses que existem entre as partes relacionadas;
- Sempre que (i) a transação pela qual as partes relacionadas optaram difira da hipotética transação que teria sido optada por partes independentes que atuam de uma forma economicamente racional; e, (ii) a estrutura da transação impeça a determinação do preço da mesma¹²

⁵ OCDE (2017), paragrafo §1.36, pág. 45.

⁶ OCDE (2017), pág. 51.

⁷ OCDE (2017), pág. 47.

⁸ OCDE (2017), pág. 73.

⁹ OCDE (2017), pág.74.

¹⁰ Para uma exposição mais detalhada sobre a reestruturação de transações controladas veja-se BULLEN, Andreas, (2011).

¹¹ OCDE (2017), par. §1.120, pág.77.

¹² OCDE (2017), par. §1.122, pág.78.

Quanto ao conceito da racionalidade económica (i), trata-se de identificar, em primeiro lugar, se, para as empresas associadas, existiam outras opções realisticamente disponíveis e, em segundo lugar, se alguma destas opções eram individualmente mais atrativas do que a transação adotada. Se não se considerar que existiam outras opções disponíveis mais atrativas, a análise cessa, e não se procede à requalificação da transação. Porém, se este não for o caso, há que verificar se a estrutura da transação impede a aferição do preço.

Existirá essa impossibilidade sempre que a transação efetivamente adotada não tenha comparável de mercado e como tal a Autoridade Tributária enfrente dificuldades na realização de eventuais ajustes.

Pode-se retirar desta parte introdutória que, o lucro “justo” será adequado às funções que cada parte exerce, aos bens que estas empreguem e aos riscos que estas assumam. Esta é a base da necessidade, nos preços de transferência, de analisar as funções, bens e riscos numa operação entre partes relacionadas. O resultado deste processo é assim referido como “preço de plena concorrência”.

II. Métodos

Por forma a efetivar o princípio da plena concorrência torna-se necessário testar as características específicas da transação controlada por forma a identificar as suas similitudes com aquelas que seriam evidenciadas numa transação entre terceiros. Para tal, a OCDE desenvolveu vários métodos, que podem ser mais ou menos adequados, dependendo da transação em análise.

Estes encontram-se divididos entre:

- Métodos Tradicionais¹³:
 - Método do Preço comparável de Mercado (MPCM)
 - Método do Preço de Revenda (MPR); e,
 - Método do Custo Majorado (MCM).

- Métodos não-Tradicionais¹⁴:
 - Método do Fracionamento do Lucro (MFL); e,
 - Método da Margem Líquida da Operação (MMLO).

O primeiro grupo de métodos assenta na comparação dos preços e margens brutas das operações. Já o segundo compara os lucros de transações controladas com aqueles com fonte em transações entre partes independentes.

Compete referir que a utilização de um método pelo contribuinte não o impede de fazer uma aplicação combinada de métodos em casos mais complexos¹⁵, desde que com o único propósito de alcançar o preço de plena concorrência.

a. Métodos tradicionais

Os métodos de transação tradicionais comparam preços ou margens brutas para testar os preços de transações intragrupo. Estes até à versão das *Guidelines* de 2010 eram os métodos preferenciais. No entanto, as *Guidelines* reconheceram que a escassez de dados comparáveis pode implicar a sua ineficácia, pelo que em 2010 permitiram a utilização dos métodos não tradicionais em “circunstâncias excecionais”¹⁶ e nas *Guidelines* de 2017 a sua aplicação passou a “circunstâncias adequadas”¹⁷.

¹³ OCDE (2017), Capítulo II, Parte II.

¹⁴ OCDE (2017), Capítulo II, Parte III.

¹⁵ OCDE (2017), par. §2.2 e §2.12.

¹⁶ OCDE (2010), par. §3.63, pág. 65.

¹⁷ OCDE (2017), par. §6.212, pág 317.

- ***Método do Preço de Comparável de mercado (MPCM)***

Este método resume-se à comparação direta entre o preço de transferência de uma prestação de serviços ou transmissão de bens intragrupo e o preço praticado por terceiros independentes numa operação similar.

Para o efeito poder-se-á recorrer a uma comparação:

- **Interna:** entre o preço cobrado na transação controlada e o cobrado numa transação entre uma das partes da transação controlada e uma empresa independente;
- **Externa:** entre duas partes independentes, nenhuma delas partes da transação controlada.

Para que este método seja aplicado de forma mais fidedigna é necessário que não existam diferenças economicamente substanciais entre as transações objeto de comparação ou, que as diferenças existentes não influenciem o preço ou possam ser supridas através de ajustes, para que se alcance a comparabilidade necessária.

Nos casos em que se determine a existência de comparáveis de mercado este é o método mais fiável, sendo que, nestes casos, a OCDE recomenda a sua utilização¹⁸.

Para o MPCM a comparabilidade do objeto da transação é essencial, não sendo de descurar as características que abrangem a transação: o mercado, meios e prazos de pagamento, fornecimentos etc.

Na eventualidade de não ser possível alcançar a comparabilidade direta seja por falta de informação quanto ao preço de mercado, seja por não ser possível efetuar ajustes razoavelmente exatos, a utilização deste método deve tornar-se subsidiária à dos restantes métodos.

- ***Método do Preço de Revenda (MPR)***

O método do preço de revenda minorado parte do preço a que um bem foi vendido a uma entidade independente depois de ter sido comprado inicialmente a uma empresa associada. A este preço subtrai-se uma margem bruta (o preço de revenda) que representa o valor pelo qual um revendedor independente, em mercado aberto, aceita transacionar. Ou seja, o preço suficiente tanto para cobrir os seus custos como garantir uma margem de lucro razoável.

Este método depende da existência de uma venda a um terceiro, pelo que não poderá ser utilizado em todos os casos, sendo mais eficaz quando o revendedor não procede a qualquer modificação do bem.

¹⁸ OCDE (2017), par. §2.15, pág. 101.

Neste método, a comparabilidade funcional (funções exercidas, bens utilizados e riscos assumidos) é mais preponderante que a comparabilidade do produto em si, pois, ao contrário do MPCM, em que se analisa diretamente os preços praticados, neste método o que releva são as margens brutas. Estas margens brutas não são nada mais que a compensação pelas funções específicas exercidas pelo revendedor.

- ***Método do Custo Majorado (MCM)***

Para a determinação do preço de venda do bem ou prestação do serviço com recurso ao método do custo majorado acresce-se uma margem de mercado aos custos incorridos pelo fornecedor do bem ou prestador de um serviço a uma parte relacionada. A margem a crescer é determinada com base na margem que uma empresa independente obteve na prestação de serviços similares. Principalmente, há que ter em conta os riscos assumidos pela entidade independente: quanto maior o risco, maior será a margem. Esta margem é incorporada para remunerar o fornecedor pelas funções exercidas, riscos assumidos e bens utilizados.

O MCM deve ser utilizado apenas nos casos em que exista um nexo direto entre os custos assumidos e o lucro, sendo maioritariamente adotado nos casos de serviços intragrupo ou na manufatura de produtos.

b. Métodos não tradicionais

Os métodos não tradicionais distinguem-se dos anteriores por terem como ponto central de análise o lucro gerado numa transação controlada com aquele que nasce de uma transação entre terceiros.

- ***Método do Fracionamento do Lucro (MFL)***

Este método assume particular utilidade nos casos em que a contribuição de cada entidade se encontra inter-relacionada com a da contraparte, pelo que não é possível separar as funções que cada parte exerceu.

O MFL será o mais apropriado em casos de *joint venture* ou outros modelos de colaboração das partes na operação, seja o produto bem ou serviço.

Ao contrário do modelo assumido nos métodos tradicionais, neste caso não se analisa a estrutura de custos mas sim os lucros gerados pela operação, os quais serão depois distribuídos em função das contribuições das partes.

Primeiramente, determinam-se as “funções básicas” realizadas pelas partes (mão-de-obra, fornecimento, prestação de serviços) e atribui-se um lucro com base nos métodos tradicionais. De seguida, e tendo por base as “funções únicas”, o lucro residual será dividido à semelhança do que seria feito por entidades independentes numa transação comparável.

- ***Método da Margem Líquida da Operação (MMLO)***

Por fim chegamos ao método da margem líquida das operações que se resume ao cálculo do preço de transferência com base nos lucros operacionais dessa transação, ou seja, subtraindo dos resultados de uma transação os custos diretos e indiretos. O lucro operacional da transação será determinado com base no lucro operacional de uma transação independente comparável.

Antes tido como método de último recurso, este método é atualmente o método preferido tanto pelas Autoridades Tributárias como pelas MNEs devido à falta de comparabilidade que enfraquece os restantes métodos.¹⁹

¹⁹ Uma vez que o fator relevante para estabelecer o preço da transação é o lucro operacional, as diferenças funcionais das comparáveis que se verificarem não têm um impacto tão superior na comparabilidade, já que estas diferenças, à partida, já se encontram refletidas nos custos operacionais.

III. Modelos formulários – Global formulary apportionment

Vindo a ganhar apoiantes, como alternativa ao princípio da plena concorrência existe também o modelo designado por *Global Formulary Apportionment* (GFA). Ao contrário do princípio da plena concorrência, cuja aplicação depende de uma análise caso a caso, este é um modelo formulário, pelo que a sua concretização se encontra sujeita à conceção de uma fórmula *ex ante*. A ideia geral deste modelo baseia-se na conceção da MNE como uma única entidade para fins tributários e na repartição do seu rendimento tributável, com base numa fórmula, pelas jurisdições em que as várias entidades pertencentes ao grupo operam.

Normalmente, a fórmula utilizada para repartir o rendimento considera três fatores: vendas, bens tangíveis e custos da mão-de-obra. Este método tem como principal vantagem o facto de conseguir alocar o rendimento a uma jurisdição sem depender de fatores que resultem de decisões comerciais por parte do grupo, como por exemplo a estrutura organizacional e os acordos financeiros e de preços de transferência.²⁰ Ao invés, a tributação ocorre onde a propriedade tangível se encontra, onde os trabalhadores realizem a sua atividade e onde as vendas ocorram.

Consideremos o exemplo do “Grupo A” que gera um rendimento tributável de €1 mil milhões com recurso a:

País	Vendas	Mão-de-obra	Tangíveis
Países Baixos	25%	15%	10%
Reino Unido	15%	10%	5%
Alemanha	10%	5%	5%

Deste modo, poderíamos recorrer à seguinte fórmula:

- Países Baixos: $[(0,25 + 0,15 + 0,1) : 3] \times €1 \text{ mil milhões} = €500 \text{ mil}$
- Reino Unido: $[(0,15 + 0,1 + 0,05) : 3] \times €1 \text{ mil milhões} = €300 \text{ mil}$
- Alemanha: $[(0,1 + 0,05 + 0,05) : 3] \times €1 \text{ mil milhões} = €200 \text{ mil}$

O rendimento tributável alocado a cada jurisdição será, posteriormente, sujeito à taxa do imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas vigente em cada país.

Como vemos, estes três elementos visam representar o total da atividade do grupo, sendo que os elementos da propriedade de bens tangíveis e da mão-de-obra correspondem ao fator produtivo e o elemento das vendas ao *output* desta mesma produção.

No entanto, como iremos apontar posteriormente, esta fórmula carece de uniformização em todas as jurisdições envolvidas tanto no que representa cada indicador bem como no peso que se atribui a cada um para aplicação da fórmula.

²⁰ VORWOLD, Gerhard, (2021), p. 30.

Para além do mais, como a experiência nos Estados Unidos nos ensina, na jurisdição em que o modelo do *formulary apportionment* é utilizado para a alocação de rendimento tributável, nos casos em que uma MNE exerça a sua atividade em mais do que um Estado, é necessária também a aplicação conjunta de um regime obrigatório de tributação de Grupo.

IV. Um modelo em decadência

Com o início da crise económico-financeira em 2008 e os consequentes cortes de despesas de apoios sociais e o aumento dos impostos para suportar a crise, dirigiu-se a atenção para os grandes grupos empresariais e a sua contribuição para o financiamento da despesa pública. Servidas de estruturas legais complexas estimava-se que, na União Europeia apenas, 1 trilhão de euros em impostos era perdido todos os anos devido a fraude e evasão fiscal de MNEs.²¹

Com vista a solucionar este problema, a OCDE lançou em 2013 o pacote BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*) tendo como intenção criar um modelo para ajudar os países membros a implementar medidas de combate à erosão da base tributária e ao desvio artificial de lucros pelas multinacionais.

Procurou-se nas ações 8 a 10 do pacote BEPS alinhar a criação de valor por parte de uma MNE com os resultados alcançados com a análise de preços de transferência. A manipulação de preços de transferência, nomeadamente, a utilização de intangíveis por forma a alocar os lucros para jurisdições com tributação reduzida,²² foi uma das principais estratégias adotadas pelas MNEs que a OCDE veio a identificar.

Mesmo após a implementação coordenada das medidas do BEPS por grande parte dos membros da OCDE com recurso a Instrumentos Multilaterais (MLI) a verdade é que ainda se considerava que estas medidas teriam sido insuficientes para dissuadir o planeamento fiscal agressivo por parte das MNEs.²³ A este propósito a OCDE fez notar que o recurso aos serviços intragrupo e à (re)alocação de bens intangíveis pelas MNEs continuava a expor algumas das fraquezas do sistema fiscal atual.²⁴

DE WILDE²⁵ refere que o problema se encontra enraizado no sistema fiscal em si e nos alicerces sobre o qual foi construído. Em 1977, o consenso dentro da OCDE levou à adoção do princípio da plena concorrência transposto no artigo 9.º (empresas associadas) da Convenção Modelo na atribuição de um preço a uma transação entre membros do mesmo grupo, por forma a impedir uma artificial transferência de lucros entre Estados.

Conforme já tivemos oportunidade de demonstrar, este modelo não foi a solução que se esperava e portanto, para mitigar uma das suas fragilidades (na temática dos bens intangíveis), adaptou-se o princípio da plena concorrência para que este desse mais ênfase às funções (efetivamente) exercidas.²⁶

De WILDE²⁷ entende que o modelo de ALP (*Arm's Length Principle*) é uma “tentativa falhada”, ao qual a OCDE ainda dedica todos seus esforços com o intuito de o salvar, o que tem resultado no aumento da adoção de medidas unilaterais por parte dos Estados, que se traduziram na criação de subsídios fiscais, por forma a aumentarem a sua competitividade.

²¹ COMISSÃO EUROPEIA (2012).

²² OCDE (2013) pág. 6.

²³ É estimado que, em cada ano, entre 35 e 70 mil milhões de euros são perdidos na tributação de pessoas coletivas na União Europeia – COMISSÃO EUROPEIA (2021), pág. 3.

²⁴ OCDE (2019), pág. 7, §11.

²⁵ DE WILDE Marteen Floris (2019), pág. 10.

²⁶ Ações 8-10 do Plano BEPS.

²⁷ DE WILDE, Maarten Floris (2019), p. 8.

De facto, a experiência mostrou-nos os vários problemas deste modelo. O primeiro, já antes referido, é o facto de as regras atualmente estabelecidas permitirem a manipulação dos preços praticados entre entidades do mesmo grupo. Do ponto de vista do contribuinte, que lembremos é uma MNE com maior estrutura e recursos que um contribuinte médio, esta manipulação não é difícil: uma subsidiária de uma jurisdição de tributação elevada vende bens a outra subsidiária de uma jurisdição de baixa tributação a um preço abaixo da média do mercado, para que o lucro desta venda de bens seja alocado a esta última. Tão simples quanto isto. Podemos pensar que, se detetada, esta transação levaria certamente a uma disputa com as Autoridades Tributárias. Contudo, o caso da Amazon²⁸ já nos provou que litigar o conceito de plena concorrência não é assim tão simples.²⁹

Por sua vez, EDEN defende que a manipulação dos preços de transferência não é um problema do princípio da plena concorrência, sendo provocado pela concorrência fiscal entre os vários Estados, uma vez que é este o principal motivo da opção por um planeamento fiscal agressivo por parte das MNEs.^{30 31}

A segunda crítica apontada diz respeito à falta de transações comparáveis, o que é o ponto central do modelo. Como anteriormente referido, o preço de transferência é alcançado através da análise de transações independentes entre empresas semelhantes àquela que se encontra sob escrutínio. Contudo, apontam alguns autores³² que o recurso a comparáveis não tem em consideração o facto de uma MNE não se encontrar em circunstâncias iguais a uma entidade independente e, portanto, encontrar uma verdadeira comparável pode ser impossível.

Para mais, a realidade dos países em desenvolvimento faz acentuar esta dificuldade, uma vez que nos países em desenvolvimento existe um menor número de agentes em concorrência, pelo que encontrar uma comparável adequada torna-se ainda mais difícil.³³ Também o custo de proceder a uma inspeção a um grupo é proporcionalmente mais elevado para as

²⁸ Acórdão Luxemburgo/Comissão, de 12 de maio de 2021 (processo T-816/17).

²⁹ Neste acórdão, em que se discutia o método de preços de transferência utilizado no pagamento de *royalties* pagos por uma entidade nos EUA à *holding* da Amazon em Luxemburgo. O Tribunal de Justiça deu razão à Amazon puramente pelo facto de a Comissão Europeia não conseguir provar que o preço praticado não se encontrava de acordo com o princípio da plena concorrência.

³⁰ EDEN, Lorraine (2019), pág. 3.

³¹ Veja-se que de acordo com TAX FOUNDATION, desde 1980 temos assistido a uma redução generalizada das taxas de Imposto sobre as Pessoas Coletivas. *Vide* TAX FOUNDATION (2020).

³² EDEN, Lorraine (2020), pág. 2 e DE WILDE, Maarten Floris (2019), pág. 12. Acrescenta ainda este autor que existe uma verdadeira razão económica que justifica a diferença entre os preços praticados por uma MNE e uma entidade independente: o facto de estas usufruírem dos benefícios de uma relação integrada no grupo permite-lhes alcançar uma posição no mercado propícia a estabelecerem um preço que difere daquele estabelecido por uma entidade independente.

³³ Este tema é de particular relevância para a realidade que aqui analisamos. Senão vejamos, cada vez mais as MNE tentam otimizar as suas estruturas e muita dessa otimização passa pela centralização de serviços transversais às suas várias entidades. Os custos destes serviços podem ser drasticamente reduzidos pela criação de *Shared Service Centres* em países em que os custos de vida seja inferior e, tipicamente de baixa tributação. Na Europa este fenómeno é notório em países como Portugal (veja-se o número de *Excellence*, *Shared Services* e *Call Centres* que têm sido estabelecidos cá nos últimos 5 anos) e na Europa de Leste. Mas os verdadeiros concorrentes, nomeadamente em áreas mais *tech*, são países como Índia, China e Brasil, que cada vez mais demonstram ter um forte *know-how* acompanhado de baixos custos de implementação de estruturas societárias e tributações reduzidas. São para estes países que as MNE vão deslocar parte das suas estruturas, e é nestes países que a falta de comparáveis colocará em perigo o atual paradigma de definição do preço de transferência.

autoridades de um país em desenvolvimento, considerando que estão sujeitos aos mesmos custos com menos recursos disponíveis, o que desincentiva o seu controlo efetivo.³⁴

a. Surgimento de uma alternativa

Face às críticas apontadas ao modelo atualmente em vigor, tem vindo a verificar-se uma abertura para os métodos formulários. Apesar de ser a sua principal apoiante, já em 2014, nas *Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles*, a OCDE apresentou as suas dúvidas quanto ao uso do princípio da plena concorrência,³⁵ reacendendo esta discussão, relativamente antiga.³⁶

De acordo com os métodos formulários (neste caso o GFA) uma MNE é tratada como uma entidade única tendo em conta o controlo que a sociedade-mãe exerce sob as sociedades afiliadas. O grupo é considerado como um único contribuinte e o seu rendimento líquido é calculado ao subtrair as despesas ao rendimento bruto a nível mundial, com base numa contabilidade consolidada de grupo. O resultado líquido determinado é depois dividido entre as várias jurisdições em causa, com recurso a uma fórmula aritmética.

Os defensores deste modelo³⁷ sustentam que a utilização de uma fórmula para atribuir lucros torna-se mais simples para a MNE e acarreta menos custos de *compliance*³⁸ uma vez que estas não necessitam de preparar e manter documentação de preços de transferência separada para cada entidade do grupo, bastando que a sociedade-mãe submeta relatórios de preços de transferência globais. Adicionalmente, em caso de expansão internacional, este modelo elimina os custos de cumprimento de contabilidade a que o grupo estaria sujeito numa situação plurijurisdicional.

Por fim, e assumindo particular relevância, é defensável que a mudança para um sistema formulário dificulta/impossibilita a deslocação de funções para jurisdições com baixa ou nenhuma tributação, uma vez que a movimentação de trabalhadores (fator mão-de-obra) e dos consumidores (fator de vendas) é mais difícil/impossível.³⁹

Apesar das aparentemente óbvias vantagens deste modelo, a verdade é que, à data, o mesmo apenas é utilizado em alguns países (Estados-Unidos, Canadá e Suíça) e somente num nível interno/nacional e a posição oficial da OCDE não se alterou, ainda.

³⁴ NAÇÕES UNIDAS (2017), p.135.

³⁵ OCDE (2014), pág. 47, §6.57.

³⁶ Esta mudança de posição assume especial relevância uma vez que a OCDE é a organização que lidera a coordenação internacional em matérias de tributação.

³⁷ VORWOLD, Gerhard, (2021), pág. 46.

³⁸ É de referir que um estudo realizado por TRR 266 Accounting for Transparency concluiu que a documentação de preços de transferência é a mais complexa e exigente transversalmente a todas as matérias de âmbito fiscal e que tem vindo a aumentar nos últimos anos. *Vide* TRR 266 Accounting for Transparency (2020).

³⁹ ICRIC (2018), pág. 6.

b. Proposta do Secretariado para uma abordagem unificada no âmbito do Primeiro Pilar

Com o Plano BEPS foi identificado que o crescente movimento para uma economia digital seria um dos principais fatores que evidenciaria novos problemas com a alocação de rendimentos entre os Estados, aos quais o BEPS não estava preparado para responder.⁴⁰

A OCDE/G20 concordaram que a solução deveria passar pela alteração das regras respeitantes ao nexo territorial e à alocação de lucros, tendo sido proposta em janeiro de 2019 a criação de dois pilares de atuação⁴¹: o primeiro versa sobre as regras do nexo territorial e da alocação de lucros e o segundo estabelece um mínimo de tributação.

Neste comunicado preliminar a OCDE reconheceu que as propostas em análise passavam por medidas que iam para além do princípio da plena concorrência.⁴²

Em janeiro de 2020, a OCDE apresentou aquela que acabou por ser a solução adotada. No primeiro Pilar, considerou uma nova definição de nexo territorial (por forma a conseguir tributar atividades que não apresentam uma presença física⁴³). Para além do nexo, criou-se o chamado “Montante A”, que combina o método tradicional do *arm’s length* com o GFA em que este último apenas incidirá sobre um lucro residual (lucro para além de um limiar máximo pré-definido).

É interessante verificar que a mesma OCDE que se mostrava inicialmente relutante em aderir ao método formulário tem vindo a assumir uma posição cada vez mais flexível ao ponto de ter proposto a aplicação deste método como solução para alocar rendimentos entre as jurisdições da fonte.⁴⁴

Entendemos que tal não se deve verdadeiramente às vantagens do GFA, mas sim à incapacidade de o ALP dar resposta à nova realidade cada vez mais desmaterializada. Nomeadamente, porque grande parte do mercado das economias digitais (verdadeiro alvo destas medidas) é dominado pelas designadas FANG⁴⁵, e a natureza imperfeita da concorrência neste mercado compromete a própria existência de comparáveis de mercado que viabilizem a utilização do ALP. Veja-se que o atual sistema de preços de transferência permite que estas grandes MNEs consigam movimentar os seus lucros para jurisdições de baixa tributação relativa facilidade, por exemplo, ao subvalorizar o preço na venda de IPs a subsidiárias nessas outras jurisdições.⁴⁶

⁴⁰ OCDE (2015), pág 144.

⁴¹ OCDE (2019a).

⁴² OCDE (2019a), pág. 2.

⁴³ Foram identificados especialmente os serviços digitais automáticos (*Automatic Digital Services*) e serviços diretamente prestados ao consumidor (*Consumer-Facing Business*).

⁴⁴ A crescer há que também ter em conta o facto de que vários Estados tinham em vista a criação de DSTs (*Digital Services Tax*), uma vez que não se chegava a um consenso a nível internacional, o que precipitou a OCDE a agir prontamente.

⁴⁵ Facebook, Amazon, Netflix e Google.

⁴⁶ Um estudo feito pela Fair Tax Mark concluiu que as *Big Tech* conseguiram evadir a 100 mil milhões em impostos entre 2011 e 2019 através da manipulação de estruturas de preços de transferência. *Vide* FAIR TAX MARK (2019).

c. O fator da crise económica – COVID-19

A propagação rápida do vírus levou a que os Governos reagissem de forma imediata, através da introdução de restrições nas deslocações, confinamento obrigatório, o que levou à rutura na cadeia de suprimentos (*supply-chain*) e, em geral, à paralisação global da indústria.

Muitas empresas viram a sua lucratividade reduzir. Setores como o turismo e os transportes foram os que sofreram um maior impacto com as restrições de movimento impostas. Mas estas restrições também levaram a perturbações na cadeia de suprimentos das empresas dos outros setores. Com o início da pandemia, quando foram impostos confinamentos a nível mundial e limitação das atividades comerciais, verificou-se um acumular nas encomendas, às quais as empresas não conseguiam responder. Adicionalmente, durante este período, a circulação de bens se encontrava limitada, o que resultou num aumento dos custos de transporte.

Para além disso, embora certos setores vissem a sua procura diminuir, em outros a procura aumentou (por exemplo, agentes no setor do equipamento médico, bem como das videoconferências viram um aumento na sua lucratividade).

Devido a esta repentina mudança de paradigma, as multinacionais sentiram-se obrigadas a alterar o seu comportamento por forma a adaptar-se a esta nova realidade e isso levou à alteração dos acordos estabelecidos dentro do grupo.

É aqui que o tema de preços de transferência ganha relevância.

Quando uma MNE altera os acordos intragrupo, os modelos de preços de transferência previamente utilizados podem já não refletir a realidade de presente crise económica. O que era anteriormente um preço de plena concorrência, pode já não o ser. E a questão torna-se em saber como deve uma empresa reagir neste caso.

Em tempos de segurança e robustez económica, o princípio da plena concorrência oferece-nos um modo fiável para determinar o melhor preço de concorrência. Porém, em épocas de crise económica, como é o caso desta pandemia, surgem dificuldades na aplicação deste princípio.

Senão vejamos,

- *Serviços intragrupo*

Imaginemos que a Empresa A presta serviços de apoio à gestão da Empresa B, ambas integrando o mesmo grupo. Este serviço é prestado presencialmente na sede da Empresa B. Com o início da pandemia e a introdução de restrições de circulação/confinamento obrigatório, não foi possível prestar este serviço, embora o mesmo já tivesse sido previamente acordado e documentado.

Imaginemos que ao invés de não ter sido possível a prestação de serviços de todo, devido às súbitas alterações na conjuntura económica, a Empresa B, já não precisa de um apoio tão intensivo, sendo necessária a renegociação dos termos do contrato.

-Financiamento intragrupo

No que toca a financiamentos intragrupo, uma empresa dentro do grupo pode apresentar dificuldades de caixa, que resultam numa necessidade de financiamento extra.

A dificuldade consiste em definir como garantir que este financiamento se encontra conforme ao princípio da plena concorrência?

Um dos principais desafios da aplicação do princípio da plena concorrência consiste na análise comparativa. Quanto mais difundidos os efeitos de uma crise económica, mais difícil será encontrar comparáveis de mercado adequadas. Há que considerar o “*timing*” da informação e a disponibilidade de dados, uma vez que a informação dos anos anteriores que se encontra disponível e da qual retiramos comparáveis para alcançar o preço de transferência inclui apenas dados anteriores à pandemia. Como não existe atualmente informação quanto às transações comparáveis realizadas durante a pandemia (2020) a posição do grupo torna-se precária pois surgem incertezas quanto à arguição do preço atualmente praticado nas suas transações intragrupo, perante as Autoridades Tributárias.

i) Guidance OCDE

Em resposta a estas dificuldades, a 18 de dezembro de 2020 a OCDE publicou Orientações relativas às implicações do COVID-19 em sede de Preços de Transferência⁴⁷. Embora não tenham força de lei, nem sejam imperativas nos seus países membros, visam ajudar as MNEs e as Autoridades Tributárias a alcançarem um acordo mútuo no estabelecimento de um preço de transferência.

As Orientações cobrem quatro questões principais: a análise comparativa, perda e alocação de custos do COVID-19, programas de assistência governamental e acordos prévios sobre preços de transferência.

Quanto à análise comparativa, as alterações *suis generis* no contexto económico, após a pandemia, trouxeram desafios na execução da análise comparativa. De forma a garantir a disponibilidade de informação fiável, a OCDE considerou alargar a fonte da informação a utilizar na realização da análise comparativa. As Orientações sugeriram que qualquer tipo de informação disponível em relação aos efeitos do COVID-19 no mercado ou na transação pode ser utilizado na análise do preço de transferência, ou seja, qualquer fator económico relevante que afete os resultados financeiros pode ser considerado na determinação do impacto da pandemia na empresa.

Para além do mais, a OCDE considerou a comparação de dados quanto a previsões de resultados financeiros com os resultados financeiros atualmente verificados e, em nossa opinião, entendeu corretamente, pois tal ajudará os agentes a justificar eventuais alterações de preços intragrupo e permite a comparação dos resultados antes e depois da situação de pandemia.

⁴⁷ Vide OCDE (2020b).

Quanto ao “*timing*”, a informação atual pode não se encontrar disponível. Por exemplo, informação do FY2020 apenas se encontrará disponível no segundo semestre de 2021. Em circunstâncias normais, as MNEs utilizam dados históricos de anos anteriores, dado que as circunstâncias económicas não variam substancialmente. Nesta circunstância, a OCDE reconheceu que os contribuintes terão de fundamentar os seus preços com base numa combinação de dados anteriores à pandemia em conjunto com quaisquer dados atuais relevantes. Porém, tal pode trazer problemas quanto à fiabilidade da comparabilidade alcançada através destes dados, pelo que a OCDE apelou às Autoridades Tributárias e aos contribuintes para adotarem uma postura flexível na análise e determinação de um preço de plena concorrência.

Em relação às perdas e alocação de custos do COVID-19, a verdade é que durante a pandemia, muitas MNEs incorreram em perdas devido à diminuição da procura e à impossibilidade na obtenção ou fornecimento de produtos ou serviços, incorrendo assim em custos excepcionais ou não operacionais.

Em geral, a determinação da entidade que assumiu o risco é importante na determinação e atribuição de custos e lucros entre partes relacionadas⁴⁸ pelo que as Orientações veem reforçar a necessidade de se verificar eventuais alterações no perfil de risco das empresas, antes e depois da pandemia.

Particularmente no que concerne às entidades que assumem uma responsabilidade limitada na transação, uma vez que exercem um nível de funções e assumem um nível de riscos reduzido, normalmente não é expectável que estas incorram em perdas. Porém, há que considerar que esta pandemia trouxe circunstâncias excepcionais. Nestas Orientações a OCDE alerta que, mesmo nos casos destas entidades, é aceitável que estas incorram em prejuízo num curto prazo, pois as novas circunstâncias económicas atuais fizeram nascer riscos para estas entidades, que não existiam previamente, nomeadamente riscos de inventário, de limitação de transportes etc. pelo que sugere o recurso a outros métodos de preços de transferência.

Já relativamente aos programas de assistência governamental, a sua criação tem implicações nos de preços de transferência, sendo necessário considerar se o programa de assistência é um fator económico relevante na transação. Se tal for o caso, é necessário que se inclua esta circunstância na análise do preço de transferência.

O recebimento de ajudas do Estado pode também refletir-se no risco incorrido por uma parte numa transação. Por exemplo, num contrato de financiamento, uma parte pode estar à espera de incorrer em perdas com a concessão de um crédito devido à situação financeira da contraparte. Porém, devido às ajudas estaduais, a contraparte pode já encontrar-se numa posição para cumprir a sua obrigação.

Nas suas Orientações, a OCDE sustenta que as ajudas do Estado em si não são um fator económico relevante que resulte numa alteração da atribuição do risco numa transação intragrupo, mas que é necessário distinguir entre a assistência estatal dentro e fora da situação de pandemia. Isto é, há que ter em conta aspetos como a disponibilidade, a duração e o propósito da criação do programa de assistência para determinar se este é relevante na determinação do preço de transferência ou não.

⁴⁸ OCDE (2017), pág. 53, § 1.58.

Por fim, quanto aos Acordos Prévios sobre Preços de Transferência (APAs) as circunstâncias económicas súbitas que se verificaram, levaram a uma alteração das circunstâncias sobre as quais anteriores estes acordos foram estabelecidos. Como aponta a OCDE, isto pode levar a incertezas sobre a sua validade e aplicação.

Neste aspeto a OCDE considera que, em princípio, há que ter em consideração os termos estabelecidos nos APAs, uma vez que as condições económicas presentes não resultam automaticamente numa violação daquilo que se titula de “premissas críticas” (as condições que, caso venham a divergir das presumidas no estabelecimento do APA, comprometam a metodologia adotada no APA).⁴⁹ Estas, normalmente, encontram-se taxativamente elencadas no próprio acordo, pelo que deve ser feita uma análise ao caso concreto para determinar se uma situação de pandemia pode ser subsumida a alguma das condições prevista no acordo.

No nosso entender, estas Orientações ficaram aquém dos problemas que se propõem a resolver. É verdade que estamos a falar de meras Orientações e não de Diretrizes e que devido à limitação de tempo houve a necessidade de encontrar algumas soluções imediatas.

Contudo, parece-nos que a incerteza dos tempos que vivemos exigia uma postura mais objetiva, clara e precisa, que desse alguma segurança aos vários operadores nos seus desafios diários e não apenas o que parece ser um *brainstorm* público sobre as dificuldades que enfrentamos.

Vejamos, nas áreas em que a OCDE versou, muito do que foi dito caiu no óbvio, repetindo os títulos dos noticiários e reforçando que estamos perante “condições económicas que trouxeram novos fatores a ter em consideração”, sempre acompanhados de pensamento ilusório e apelando às “boas intenções” dos contribuintes e das Autoridades Tributárias.

Entretanto, os contribuintes, sem instruções concretas, são deixados numa zona cinzenta de insegurança, ficando na expectativa de que, no futuro, os preços por si determinados não sejam contestados pelas Autoridades Tributárias, na esperança de que 4 ou 5 anos depois, quando já todos tivermos um pensamento amadurecido de toda esta situação, estas se recordem das dificuldades que todos enfrentámos no momento 0 da pandemia.⁵⁰

Como temos vindo a aludir, é nosso crer que o método formulário poderá a vir a ser o modelo predominante nos preços de transferência.

Esta nossa conclusão pode parecer precoce tendo em conta que, conforme tivemos oportunidade de verificar anteriormente, o recurso a este modelo incluído no Pilar 1 teve um âmbito de aplicação deveras limitado, estando previsto apenas para modelos de economia digital de elevada lucratividade e é facto assente que o ALP continua a ser o modelo predominante.

⁴⁹ OCDE (2017), pág. 485.

⁵⁰ De notar que o bom senso de considerar o conhecimento do tema na data da aplicação da lei já na data de hoje é muitas vezes esquecido, aquando da implementação de novos regimes e/ou impostos. Quando a nova lei é introduzida, nem o contribuinte nem a Autoridade Tributária tem conhecimento profundo sobre o mesmo e apela-se o bom senso e pedagogia. Quando 4 anos depois os contribuintes são alvo de inspeção tributária, a Autoridade Tributária, tendo já amadurecido o seu entendimento esquece-se ou finge-se esquecer das dificuldades iniciais e aplica a lei com a exigência da data da inspeção.

Contudo, é nosso entender que existem agora fortes motivos para se considerar uma verdadeira mudança do paradigma de preços de transferência. Gostaríamos de realçar que com a crise em 2008, e sob pressão econômica, os Governos sentiram-se impelidos a reagir através da criação das regras de tributação internacional traduzido no Plano BEPS. Em consequência desta evolução, as novas regras criadas conseguiram captar uma maior tributação a nível internacional.⁵¹

Do mesmo modo, na crise em que hoje no encontramos vemos indícios que aproximam ambas as realidades. Mais uma vez os Estados encontram-se numa situação de crescente pressão política para reagir e para fazer face aos custos incorridos com a subsidiarização da economia. Os dados disponíveis até este momento mostram que as respostas que os Governos têm dado a esta crise centram-se na assistência aos setores mais impactados pela cessação da atividade econômica, bem como com subsídios ao emprego.⁵² No entanto, a pressão financeira resultante das medidas de apoio fornecidas às empresas e às famílias nesta primeira fase pode ser significativa. Após a recuperação da economia, os Governos terão de conseguir novas formas de arrecadar receita por forma a restabelecerem sustentabilidade fiscal a longo termo.⁵³

Para além do mais, como evidenciamos anteriormente, a mudança na realidade econômica das empresas trouxe problemas também na aplicação do princípio da plena concorrência. Os desafios inesperados que o COVID-19 trouxe, em muitos casos, resultaram na procura pelas empresas em renegociar os acordos estabelecidos, de forma a obter termos e condições que tenham em consideração a realidade econômica. Para empresas em relações de grupo isto traz problemas singulares, uma vez que é necessário que estas transacionem em concordância com o princípio da plena concorrência. Núcleo deste princípio, a análise comparatística padece também de novos desafios. A falta de comparáveis fidedignas, a alteração do contexto sobre o qual as transações foram realizadas e, em geral, a mudança da conjuntura mundial trouxe à evidência as falhas que este modelo apresenta.

Voltamos a repetir: efetivamente a adoção do método formulário na proposta ao Pilar 1 é uma gota num oceano, mas é uma importante conquista deste modelo. O princípio da plena concorrência, como um modelo reconhecido a nível internacional já data do início do século XX e tem vindo a ser o único modelo aceite pela OCDE. Mesmo em resposta à crise que precedeu esta, a OCDE decidiu-se pelo lançamento do plano BEPS, o que deu azo à reconfiguração do princípio da plena concorrência. Neste Pilar 1, temos a primeira vez em que a OCDE considera (efetivamente) a aplicação de um modelo formulário.

⁵¹ Veja-se o exemplo utilizado por AVI-YONAH, Reuven S. (2019).

⁵² Para uma exposição exaustiva das medidas até agora verificadas pelas várias jurisdições veja-se OCDE (2020).

⁵³ Após as maiores crises e guerras medidas excecionais são normalmente contempladas, onde nasce a necessidade de novas fontes de receita, o que resulta na modificação da política fiscal. *Vide* OCDE (2020a), p. 42.

Estamos em crer que esta proposta possa tratar-se do propulsor para o afastamento do ALP e a consideração do método formulário nas situações em que se entenda que o ALP é de difícil aplicação.⁵⁴

Fator mais problemático para que esta proposta se mantenha será obter e manter o consenso dos países da OCDE. A disparidade das regras entre as várias jurisdições pode resultar em situações em que o rendimento de uma MNE seja duplamente tributado ou não tributado de todo.⁵⁵ Ainda que seja cedo dizer, a predisposição apresentada pelos vários grupos neste *Inclusive Framework* abona ao seu favor. Mais recentemente os EUA retiraram a proposta que tinham apresentado inicialmente onde sugeriram que fosse criado um “*safe harbor*” para que permitisse a algumas MNEs requererem a não a aplicação do regime do Pilar 1.⁵⁶ O peso que a economia dos EUA têm no mundo ocidental é um importante indicador da direção em que esta proposta se encontra.⁵⁷

Para além do mais, do outro lado do Atlântico, a Comissão Europeia comprometeu-se a acompanhar as propostas internacionais com Diretivas a nível europeu, por forma a garantir a uniformização com o direito interno europeu.⁵⁸

Por fim, não podemos esquecer que será também necessária a ratificação dos Tratados bilaterais vigentes, nomeadamente um aditamento à disposição do artigo 9.º onde se encontra consagrado o princípio da plena concorrência. Estas alterações poderão ser realizadas de forma mais eficientemente através da utilização de um instrumento multilateral, permitindo a alteração dos tratados bilaterais com disposições que refletem um consenso internacional.

A verdade é que existe ainda um longo percurso até alcançarmos uma medida concreta mas estamos em crer que o primeiro passo já foi dado.

⁵⁴ Com um entendimento similar LORRAINE EDEN e OLIVER TREIDLER entendem que a proposta do Pilar 1 revela um apartar do ALP, embora considerem que isto resultará num enfraquecimento do sistema de preços de transferência. *Vide* EDEN, Lorraine, TREIDLER, Oliver (2019).

⁵⁵ FLEMIN Jr., J. Clifton, PERONI, Robert J. & SHAY, Stephen E. (2015)

⁵⁶ SHALAL, Adrea, NIENABER, Michael & THOMAS, Leigh (2021).

⁵⁷ Veja-se que os EUA são a maior economia dos membros da OCDE, contribuindo para perto de ¼ do orçamento da mesma.

⁵⁸ CONNOLLY, Doug (2021).

V. Conclusão

Vivemos numa realidade em que cada vez mais o território de um Estado ou de um continente parece não ser suficiente. As pessoas e as empresas expandem as suas relações pessoais e/ou comerciais além-fronteiras.

Assim, com a elevada mobilidade que nos é hoje permitida torna-se necessário atentar na influência causada pela tributação na fixação das empresas, com particular foco na MNEs e nas possíveis manobras de deslocalização de lucros e prejuízos.

Os modelos tradicionais de preços de transferência centram-se no conceito de “comparável de mercado”, ou seja, dentro ou fora do país, dentro ou fora do grupo de empresas, o objetivo é encontrar uma situação que se considere equiparável e aplicar à situação *sub judice* um mesmo critério, seja este lucro (MCL), margem (MMLO), preço (MPCM ou MPR) ou (MCM).

Estes métodos, antes pioneiros na resposta ao combate da desigualdade de tratamento entre entidade relacionadas e não relacionadas, nos dias de hoje podem não ser, e estamos em crer não são, tão eficazes.

A realidade evoluiu e está mais complexa. Existem mais variáveis a considerar do que havia em 1920. Há uma maior intersecção entre jurisdições. As empresas apresentam uma maior predisposição para a deslocalização de estruturas para territórios de tributação mais reduzida. E estas tem-no feito com poucas ou nenhuma razão económica, na perspetiva de alcançarem a menor tributação possível. E pior, fazem-no com sucesso.

Só por si, estas condições podem ser suficientes para forçar a evolução dos métodos de preços de transferência, mas se analisarmos em situações de crise a desaqueção dos métodos ora utilizados ainda se torna mais grave.

Veja-se que enquanto uma empresa independente consegue reduzir os seus custos ao renegociar os termos dos seus contratos estabelecidos por forma a que estes se ajustem à crise, uma MNE encontra-se limitada por regras de tributação direta em vigor, que regem a atribuição de rendimento pelas várias entidades separadas que constituem a MNE: regras de preços de transferência.

Desta forma, neste período de crise, em que a decisão de fazer alterações à caracterização das empresas e à forma como os acordos intragrupo são executados é uma necessidade, as empresas dos grupos veem-se alvo de escrutínio e são contestadas pelas Autoridades Tributárias. A acrescer a esta realidade, o próprio “coração” do princípio da plena concorrência sofre com a falta de comparáveis, resultado da alteração das circunstâncias económicas envolventes

É nosso entender que a transição para o método formulário traria uma maior segurança jurídica e objetividade para as MNEs, principalmente numa situação de crise financeira. Como já exposto, este modelo não se encontra limitado ao uso de comparáveis. Para além do mais, entendemos que a facilidade de administração e reduzidos custos de cumprimento, fatores que relevam nas tomadas de decisões das MNEs, bem como a efetiva alocação de

rendimentos às jurisdições competentes catapulta este modelo para o topo em termos de praticabilidade e eficiência.

Vemos pela primeira vez, na proposta do Pilar 1, uma flexibilidade da posição da OCDE quanto à utilização de métodos formulários. Em nosso ver, a discussão passa agora de “Devemos utilizar os métodos formulários?” para “Que fórmula devemos utilizar?”. Estamos em crer que esta abertura venha a resultar na difusão dos métodos formulários a um maior número de casos.

Em nossa opinião, e sem qualquer desprimor para o papel nuclear que o ALP teve na geração da própria temática de preços de transferência, e reconhecendo-lhe todo o mérito por ter sido uma solução prática e adequada para o estágio económico em que nos encontrávamos à data, está na hora de a OCDE fazer o luto ao ALP e tal como os novos modelos de negócio adotados tem vindo a substituir os anteriores, substituir o ALP por um modelo mais atual e adequado aos tempos que correm.

Embora possa (ainda) não ser perfeito, à data de hoje, estamos em crer que esse modelo deveria ser um modelo formulário. O tempo encarregar-se-á de confirmar (ou não) esta nossa opinião.

Bibliografia

- AVI-YONAH, Reuven S. (2007), *The Rise and Fall of Arm's Length: A Study in the Evolution of U.S. International Taxation*, Law & Economics Working Papers Archive: disponível em, https://repository.law.umich.edu/law_econ_archive/art73
- AVI-YONAH, Reuven S. (2019) *The Great Recession and the International Tax Regime*, acessado a 26 de junho de 2021. <http://kluwertaxblog.com/2019/04/23/the-great-recession-and-the-international-tax-regime/>
- BULLEN, Andreas, (2011) *Arm's Length Transaction Structures- Recognizing and Restructuring Controlled Transactions in Transfer Pricing*, IBFD
- COMISSÃO EUROPEIA (2012) *TAX EVASION AND AVOIDANCE: Questions and Answers (Memo)*, acessado a 26 de junho de 2021. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO_12_949
- COMISSÃO EUROPEIA (2021) *Business Taxation for the 21st Century*, COM (2021) 251 final, disponível em https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/default/files/communication_on_business_taxation_for_the_21st_century.pdf
- CONNOLLY, Doug (2021) *EU will propose minimum tax legislation if G20 reaches deal, commissioner says*, acessado a 26 de junho de 2021. <https://mnetax.com/eu-will-propose-minimum-tax-legislation-if-g20-reaches-deal-commissioner-says-44638>
- DE WILDE, Maarten Floris (2019) *On the Future of Business Income Taxation in Europe*, disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3424681>
- EDEN, Lorraine (2019) *The Arm's Length Standard Is Not the Problem*, disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3467066>
- EDEN, Lorraine, TREIDLER, Oliver (2019) *INSIGHT: Taxing the Digital Economy—Pillar One Is Not BEPS 2 (Part I)*, acessado a 26 de junho de 2021. <https://news.bloombergtax.com/daily-tax-report/insight-taxing-the-digital-economy-pillar-one-is-not-beps-2-part-1>
- EDEN, Lorraine (2020) *David and the Three Goliaths—Defending the Arm's-Length Principle*, disponível em <https://ssrn.com/abstract=3692565>
- FAIR TAX MARK (2019) *“The Silicon Six and their \$100 Billion Global Tax Gap”*, disponível em <https://fairtaxmark.net/tax-gap-of-silicon-six-over-100-billion-so-far-this-decade/>

- FLEMIN Jr., J. Clifton, PERONI, Robert J. & SHAY, Stephen E. (2015) Formulary Apportionment in the U.S. International Income Tax System: Putting Lipstick on a Pig?, Fleming, J. Clifton and Peroni, Robert Joseph and Shay, Stephen E., Formulary Apportionment in the U.S. International Income Tax System: Putting Lipstick on a Pig? (January 19, 2015). Michigan Journal of International Law, Vol. 36, No. 1, 2014, disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2552271>
- ICRICT (2018) A Roadmap to Improve Rules for Taxing Multinationals, A Fairer Future for Global Taxation, disponível em <https://www.icrict.com/icrict-documents-a-fairer-future-for-global-taxation>
- NAÇÕES UNIDAS (2017) Practical Manual of Transfer Pricing for Developing Countries (2017), disponível em <https://www.un.org/development/desa/financing/sites/www.un.org.development.desa.financing/files/2020-03/Manual-TP-2017.pdf>
- OCDE (2013) Addressing Base Erosion and Profit Shifting, OECD Publishing, disponível em <http://dx.doi.org/10.1787/9789264192744-en>
- OCDE (2014) Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles 2014, OECD Publishing, disponível em: <https://www.oecd.org/tax/guidance-on-transfer-pricing-aspects-of-intangibles-9789264219212-en.htm>
- OCDE (2015) Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 - 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, disponível em <https://doi.org/10.1787/9789264241046-en>.
- OCDE (2017), OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017, OECD Publishing, disponível em: <https://doi.org/10.1787/tpg-2017-en>
- OCDE (2019) Programme of Work to Develop a Consensus Solution to the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy, OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS, OECD, disponível em: <https://www.oecd.org/tax/beps/programme-of-work-to-develop-a-consensus-solution-to-the-tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy.pdf>
- OCDE (2019a) Addressing the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy—Policy Note,” OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting, disponível em <https://www.oecd.org/tax/beps/policy-note-beps-inclusive-framework-addressing-tax-challenges-digitalisation.pdf>
- OCDE (2020) Tax and fiscal policies central to governments’ responses to Covid-19 crisis, acessado a 26 de junho de 2021. <https://www.oecd.org/ctp/tax-and-fiscal-policies-central-to-governments-responses-to-covid-19-crisis.htm>

OCDE (2020a) Tax and Fiscal Policy in Response to the Coronavirus Crisis: Strengthening Confidence and Resilience, OECD Publishing, disponível em: <https://www.oecd.org/ctp/tax-policy/tax-and-fiscal-policy-in-response-to-the-coronavirus-crisis-strengthening-confidence-and-resilience.htm>

OCDE (2020b) Guidance on the Transfer Pricing Implications of the COVID-19 Pandemic, OECD Publishing, disponível em: <https://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/guidance-on-the-transfer-pricing-implications-of-the-covid-19-pandemic.htm>

SHALAL, Adrea, NIENABER, Michael & THOMAS, Leigh (2021) U.S. drops 'safe harbor' demand, raising hopes for global tax deal, acessado a 26 de junho de 2021. <https://www.reuters.com/article/us-g20-usa-oecd/u-s-drops-safe-harbor-demand-raising-hopes-for-global-tax-deal-idUSKBN2AQ2E6>

TAX FOUNDATION (2020) Fiscal Fact no. 735, Corporate Tax Rates around the World, 2020, disponível em <https://files.taxfoundation.org/20201208152358/2020-Corporate-Tax-Rates-around-the-World.pdf>

TRR 266 ACCOUNTING FOR TRANSPARENCY (2021) 2020 Global MNC Tax Complexity Survey, disponível em <https://www.accounting-for-transparency.de/news/steuerkomplexitat-steigt-weltweit/>

VORWOLD, Gerhard, (2021) The Global Formulary Apportionment (GFA) Model - Concept of Changed Structures in the Taxation of Multinational, disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3762403>