



UNIVERSIDADE
CATÓLICA
PORTUGUESA

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA
FACULDADE DE DIREITO – ESCOLA DE LISBOA

FILIPA MARIA GOMES TEIXEIRA

TRIBUTAÇÃO FORMULÁRIA

SUBSTITUIÇÃO DO PRINCÍPIO DA PLENA CONCORRÊNCIA POR
MÉTODOS FORMULÁRIOS DE ALOCAÇÃO DO RENDIMENTO DAS
EMPRESAS MULTINACIONAIS

*Tese de Mestrado em Direito Fiscal
sob a orientação do Dr. João
Taborda Gama*

AGOSTO DE 2015

TRIBUTAÇÃO FORMULÁRIA

SUBSTITUIÇÃO DO PRINCÍPIO DA PLENA CONCORRÊNCIA POR
MÉTODOS FORMULÁRIOS DE ALOCAÇÃO DO RENDIMENTO DAS
EMPRESAS MULTINACIONAIS

INTRODUÇÃO

I. Uma das questões que se levanta com maior acuidade no plano da tributação internacional é a da manipulação dos preços de transmissão de bens e serviços entre sociedades de um mesmo grupo, com vista à poupança fiscal.

II. O ponto de partida está no grau de integração que os grupos de sociedades atingem, dificultando a determinação geográfica da fonte do rendimento das empresas que neles se inserem.

Até aqui, tem-se generalizado uma abordagem deste problema assente no princípio da plena concorrência: por comando do legislador, as empresas devem, nas transacções que celebrem com sociedades relacionadas, praticar preços que reflectam condições de plena concorrência, sob pena de correcção da sua base tributável.

Esta solução afigura-se, todavia, desadequada face à realidade do comércio actual, liderado pelas multinacionais. Como veremos, há argumentos económicos válidos para justificar um relacionamento mais favorável entre empresas de um mesmo grupo – que não se prendem necessariamente com motivações fraudulentas.

III. Ora, a verdade é que há propostas alternativas para abordar fiscalmente este problema. Apresentar-se-á, neste estudo, uma delas: a tributação formulária.

Descrever-se-á algumas das configurações que regimes dessa natureza podem assumir, ponderando os argumentos aduzidos pelos seus defensores e, bem assim, as razões apresentadas pelos seus detractores.

Testar-se-á, então, a hipótese de saber se um tal método permite erigir uma tributação territorial mais próxima da realidade e que introduza menores distorções na actividade económica das empresas – isto é: uma tributação simultaneamente mais simples e mais justa.

Por fim, abordar-se-á a hipótese de a União Europeia (UE), como bloco regional, liderar pelo exemplo a substituição do princípio da plena concorrência pela tributação por métodos formulários, através da implementação da proposta da Comissão Europeia de uma Matéria Colectável Comum Consolidada de Imposto sobre as Sociedades.

CAPÍTULO I
TRIBUTAÇÃO DIRECTA DAS EMPRESAS MULTINACIONAIS

SECÇÃO I
AS EMPRESAS MULTINACIONAIS

1. Surgimento e afirmação das empresas multinacionais

I. O fenómeno da globalização, como processo de integração económica, social, cultural e política, veiculado e suportado pelo desenvolvimento e democratização dos meios de transporte e das tecnologias da informação e comunicação, abriu as portas do comércio internacional às empresas cujo palco de actuação é, virtualmente, o planeta Terra.

Surgiram nesse contexto as empresas multinacionais. Do ponto de vista jurídico, estas inserem-se na categoria dos grupos de sociedades: conjuntos “mais ou menos vasto[s] de sociedades que, conservando embora as respectivas personalidades jurídicas próprias e distintas, se encontram subordinadas a uma direcção económica unitária e comum”¹. De facto, se as empresas de um grupo multinacional são entidades jurídicas distintas, na verdade representam uma realidade económica una.

II. As multinacionais desenvolvem a sua actividade simultaneamente em várias jurisdições, através de subsidiárias ou filiais que funcionam, no seu conjunto, como uma rede de negócios altamente integrados e interdependentes².

A especialização das tarefas, que passa pela deslocalização de factores de produção e pela integração de funções localizadas em diferentes jurisdições, bem como a centralização da sua administração, permitem a estas empresas a redução geral dos custos operativos e estão na base do seu dinamismo e pujança económica³.

¹ Cfr. Bruno Vinga Santiago, “O futuro da tributação directa dos grupos de sociedades na União Europeia”, em *Fiscalidade – Revista de Direito e Gestão Fiscal* n.º 16, Outubro 2013, pp. 93-129 (96).

² V. Bruno Vinga Santiago, “O futuro da tributação directa...”, cit., p. 96 e Michael Kobetsky, “The case for unitary taxation of international enterprises”, em *Bulletin for International Taxation*, Maio 2008, pp. 201-215 (201).

³ Cfr. Paula Rosado Pereira, *A tributação das sociedades no seio da União Europeia: Entraves fiscais ao mercado interno e estratégias de actuação comunitária*, Almedina, Coimbra, 2004, pp. 42 e 43; Reuven S. Avi-Yonah e Ilan Benshalom, “Formulary Apportionment – Myths and Prospects: Promoting Better International Tax

Por este motivo, a internacionalização das empresas tem por base razões económicas válidas e não apenas intuítos de poupança fiscal⁴.

III. A presença simultânea em várias jurisdições representa uma significativa vantagem económica. E esta é uma vantagem imaterial: cada empresa do grupo contribui para a criação – e beneficia também – de valores como a reputação no mercado ou as relações estabelecidas com clientes e fornecedores⁵. O benefício económico de deter determinado bem não é, portanto, exclusivo da entidade que o detém, mas antes de todo o grupo.

É esta presença económica difusa que gera dificuldades na tributação do rendimento destas empresas.

2. Dificuldade de identificar e tributar os rendimentos das multinacionais; necessidade de reforma

I. De facto, atribuir os lucros destas empresas às jurisdições onde efectivamente operam é tarefa difícil: é que os lucros de um negócio integrado não têm, necessariamente, uma fonte geográfica determinada, sendo potencialmente tributáveis em vários Estados⁶.

Se, por esse motivo, a determinação da fonte geográfica dos lucros das multinacionais não se afigura fácil, na verdade é necessária. Com efeito, como afirma SALDANHA SANCHES, imputar o lucro tributável a uma área geográfica com a qual este tenha conexão objectiva é uma exigência de justiça e de correcta repartição das receitas⁷.

Policies by Utilizing the Misunderstood and Under-Theorized Formulary Alternative”, em *World Tax Journal*, Outubro 2011, pp. 371-398 (379); António Martins, “Uma nota sobre a relevância (não fiscal) dos preços de transferência”, em *Fiscalidade – Revista de Direito e Gestão Fiscal* n.º 29, Janeiro-Março 2007, pp. 5-14 (5); e ainda R. M. Bird (*apud* Ben J. M. Terra e Peter J. Wattel, *European Tax Law*, 6ª edição, Kluwer Law International, p. 378).

⁴ Nesse sentido, v. Alberto Xavier, *Direito Tributário Internacional*, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2011 (2ª reimpressão), pp. 432-433; v. ainda Andrea Musselli e Alberto Musselli, “Saving Arm’s Length Pricing: From Economists’ Myths of Tax Avoidance by Taxpayers, to the Reality of Uncertain Application of Rules”, em *International Transfer Pricing Journal*, Novembro-Dezembro 2012, pp. 391-401 (391).

⁵ Cfr. Avi-Yonah/Benshalom, “Formulary Apportionment...”, cit. p 384.

⁶ V. Michael Kobetsky, “The case for unitary taxation...”, cit., p. 201.

⁷ V. J. L. Saldanha Sanches, “A derrama, os recursos naturais e o problema da distribuição de receita entre os municípios”, em *Fiscalidade – Revista de Direito e Gestão Fiscal* n.º 38, Abril-Junho 2009, pp. 13-156 (140).

II. Os Estados têm como fonte primordial de receita os tributos que impõem. Para além disso, o imposto sobre o rendimento funciona como instrumento da contrapartida dos benefícios públicos de que as empresas gozam nos países onde actuam economicamente, produzindo ou vendendo os seus produtos⁸.

Ademais, as pessoas colectivas desempenham um papel crucial na sociedade – empregam as pessoas singulares e funcionam como centros de organização e de fomento do progresso económico –, pelo que deverão dar o exemplo e cumprir pontualmente as suas obrigações, em particular as de natureza fiscal. Poderá até afirmar-se que se trata de uma questão moral⁹.

III. O sistema de tributação internacional é constituído por regimes paralelos, por regimes cruzados, e ainda por zonas de não-regulação. Para fazer uso de uma expressão feliz: o panorama legal internacional mais não é do que uma “manta de retalhos de regimes fiscais nacionais sobrepostos”¹⁰, que, como salientam AVI-YONAH/BENSHALOM, o tornam “absurdamente complexo”¹¹.

Assim, e uma vez que, do ponto de vista empresarial, os impostos são considerados como um custo do negócio¹², estas empresas tiram partido das lacunas do actual sistema de tributação internacional – e até das condições criadas pelos próprios Estados através da concorrência fiscal agressiva que entre si praticam¹³ –, levando a cabo um planeamento fiscal

⁸ Recorde-se, nesse sentido, conceitos fundamentais como sejam a unilateralidade do imposto e o seu elemento finalístico (“trazer às entidades públicas os meios financeiros necessários ao exercício das funções que lhes estão cometidas”) – v., por todos, Sérgio Vasques, *Manual de Direito Fiscal*, Almedina, Coimbra, 2014 (4ª reimpressão), p. 184 e p. 186.

⁹ Sobre esta questão, v. Cym H. Lowell e Bret Wells, “Tax Base Defence: History and Reality”, em *International Transfer Pricing Journal*, Março-Abril 2013, pp. 72-77 (75); v. também Christopher Bergin, “Corporate Tax: Is It All About Patriotism And Morality?”, artigo de opinião publicado na revista *Forbes* on-line a 17 de Julho de 2014; v., igualmente, Christian Aid, (org.), “Tax for the common good: A study of tax and morality”, Outubro 2014, disponível em <http://www.christianaid.org.uk/images/Tax-Morality-Report-J2951.pdf>.

¹⁰ Tradução livre de “*patchwork of overlapping domestic tax regimes*”. V. Cym Lowell e Matthew Herrington, “BEPS: Current Reality and Planning in Anticipation”, em *International Transfer Pricing Journal*, Março-Abril 2014, pp. 67-70 (69).

¹¹ V. Avi-Yonah/Benshalom, “Formulary Apportionment...”, cit., p. 376.

¹² Cfr. Avi-Yonah/Benshalom, “Formulary Apportionment...”, cit., p. 374.

¹³ Neste sentido, v. Jeffrey Owens, “The Taxation of Multinational Enterprises, An Elusive Balance”, *Bulletin for International Taxation*, Agosto 2013, pp. 441-445 (441). Por esse motivo, o Autor sugere que os Estados deveriam chegar a um consenso sobre os limites à competição fiscal. Sobre o combate à concorrência

agressivo¹⁴. Algumas vão mesmo mais longe, recorrendo à elisão e evasão fiscais¹⁵, furtando-se à tributação¹⁶, quer no Estado da sua residência, quer no Estado de onde os seus rendimentos são originários¹⁷.

IV. Por essas razões, têm vindo a ser implementadas medidas anti-abuso, que tentam vedar o caminho do planeamento fiscal agressivo, elisivo ou abusivo às empresas. Todavia, estas logo encontram maneira de as contornar. A relação estabelecida entre as multinacionais e as várias jurisdições é, deste ponto de vista, circular: as medidas anti-abuso surgem perante o planeamento fiscal; perante aquelas, novas formas de planeamento são criadas. Nesta medida, o fenómeno da fuga aos impostos – que se poderá dizer (ironicamente) ser o único “desporto” que, para além de ser praticado pelas pessoas singulares, também o é pelas pessoas colectivas –, sobretudo na medida em que seja uma reacção a medidas legislativas adoptadas em resposta a comportamentos elisivos ou abusivos anteriores, remete o legislador para um papel de Sísifo.

fiscal prejudicial, v. também Clotilde Celorico Palma, “A OCDE e o Combate às Práticas da Concorrência Fiscal Prejudicial”, em *Fiscalidade – Revista de Direito e Gestão Fiscal* n.º 16, Outubro 2013, pp. 49-79.

¹⁴ Sobre o conceito de planeamento fiscal agressivo, v. Marta Caldas, *O conceito de planeamento fiscal agressivo: novos limites ao planeamento fiscal?*, Almedina, Coimbra, 2015 (*passim*).

¹⁵ Sobre a distinção entre elisão e evasão fiscal, v. Alberto Xavier, *Direito Tributário Internacional*, cit., pp. 44-45. Essencialmente, há elisão fiscal quando o particular evita a realização do pressuposto de facto de um tributo, não praticando a conduta prevista na lei ou praticando outra a que não sejam atribuídas consequências fiscais; na evasão fiscal, o particular pratica um acto correspondente ao pressuposto de facto de um tributo, não cumprindo porém a obrigação que lhe corresponde. Se na elisão fiscal o particular procura não entrar na relação jurídico-fiscal, na evasão fiscal tenta dela sair.

¹⁶ Cfr. Clemens Fuest, Christoph Spengel, Katharina Finke, Jost H. Heckemeyer e Hannah Nusser, “Profit Shifting and “Aggressive” Tax Planning by Multinational Firms: Issues and Options for Reform”, em *World Tax Journal*, Outubro 2013, pp. 307-324 (307).

¹⁷ Cfr. Shee Boon Law, “Base Erosion and Profit Shifting – An Action Plan for Developing Countries”, em *Bulletin for International Taxation*, Janeiro 2014, pp. 41-46 (41-42): “*the public breakdown of this system is clearly illustrated by discussions around US-based multinationals, such as Amazon, Starbucks, Google, Apple and Microsoft, where these companies are paying very little taxes in the country where they conduct their businesses, as well as in the United States*”. Não deixa de ser irónico que estas grandes empresas, vozes activas no combate à pobreza e injustiça na distribuição da riqueza (sendo o caso mais flagrante o da Starbucks, verdadeira paladina do *fair trade*), empreendam práticas de planeamento fiscal agressivo e se furtem ao pagamento de impostos sobre os seus lucros.

V. Perante tal panorama, o legislador deveria dar prioridade à simplificação do regime de tributação existente, em vez de criar ou manter mecanismos complexos que o engrenam e o tornam menos eficiente.

É, pois, premente uma reforma do sistema de tributação internacional, que terá de passar, invariavelmente, pela cooperação internacional e pela harmonização e uniformização legislativas.

SECÇÃO II

O REGIME DOS PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA

3. Os preços de transferência e o princípio da plena concorrência

I. Um dos conceitos incontornáveis do actual modelo de tributação directa das empresas é o de preço de transferência. Diz-se preço de transferência o preço de um bem ou serviço transaccionado entre entidades relacionadas. Quando uma empresa filha vende um bem à sua empresa mãe, o preço desse bem diz-se preço de transferência¹⁸.

Trata-se de uma ferramenta essencial no planeamento fiscal das multinacionais¹⁹. Na medida em geram um provento na entidade vendedora e um custo na compradora, surgem como forma de deslocação de lucros (ou prejuízos) entre jurisdições²⁰: as empresas alocam a sua base tributável a territórios onde a sua tributação se revele mais favorável, diminuindo assim a carga fiscal global do grupo ao qual pertencem. Isto tem naturalmente como reflexo a diminuição das receitas tributárias dos Estados²¹.

¹⁸ Nestes termos (excluindo da definição a referência à manipulação dos preços de transferência), v. Paula Rosado Pereira, *A tributação das sociedades no seio da União Europeia...*, cit., pp. 38-39, citando MARIA TERESA VEIGA DE FARIA.

¹⁹ V. Michael Kobetsky, “The case for unitary taxation...”, cit., p. 208.

²⁰ V. Musselli/Musselli, “Saving Arm’s Length Pricing...”, cit., p. 392.

²¹ Nesse sentido, v. José Engrácia Antunes, “A tributação dos grupos de sociedades”, em *Fiscalidade – Revista de Direito e Gestão Fiscal* n.º 45, Janeiro-Março 2001, pp. 5-26 (22).

II. Em bom rigor, a manipulação dos preços de transferência²² reflecte-se para lá do plano fiscal, afectando os resultados económicos e financeiros da empresa: distorce a realidade subjacente e afecta os seus resultados operacionais²³.

Nesta medida, os preços de transferência são, como conclui PATRÍCIA MATOS, uma “área crucial na ligação da fiscalidade à gestão operacional e financeira dos negócios”²⁴.

III. A resposta do legislador a esta realidade assenta no princípio da plena concorrência. O consenso actual entre a maioria dos Estados dita que o preço de transferência deve corresponder ao preço que um vendedor cobraria a um comprador independente e que um comprador pagaria a um vendedor independente – *i.e.*, um preço de plena concorrência²⁵.

IV. As regras anti-abuso decorrentes do princípio da plena concorrência têm por objectivo evitar a manipulação do preço de transferência. Essas regras implicam geralmente a possibilidade de alteração, *a posteriori*, dos preços estabelecidos entre empresas relacionadas, com base em métodos de comparação com o preço que seria estabelecido entre entidades independentes.

Não sendo claro, as mais das vezes, qual o critério que as empresas devem utilizar para conformar o preço que estabelecem entre si – devido à natureza especial (ou mesmo única) do

²² Que, como elenca MAURICE COZIAN (*apud* António Martins, “Uma nota sobre a relevância...”, cit., p. 7), pode resultar de: “vendas a preços artificialmente baixos ou compras a preços excessivos; pagamentos excessivos por serviços prestados intra-grupo; empréstimos entre empresas de um grupo a uma taxa de juro divergente da praticada em condições normais; custos comuns mal repartidos, segundo critérios de conveniência e não critérios económicos de uso efectivo de bens ou serviços”.

²³ Nesse sentido, v. António Martins, “Uma nota sobre a relevância...”, cit., p. 7.

²⁴ V. Patrícia Matos, “Preços de Transferência: uma ferramenta de gestão”, artigo de opinião publicado no jornal Expresso on-line a 21 de Abril de 2015, disponível em <http://expresso.sapo.pt/economia/2015-04-21-Precos-de-Transferencia-uma-ferramenta-de-gestao-1>.

²⁵ Na doutrina anglo-saxónica, fala-se em transacções “*at arm’s length*”.

bem ou serviço subjacente à transacção²⁶ –, estas vêm-se na incerteza de poderem ser sujeitas a uma correcção da sua base tributável²⁷.

4. Consagração convencional e legal

I. O princípio de plena concorrência encontra-se consagrado, no plano internacional, na Convenção Modelo da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (CMOCDE) e é desenvolvido nas *Guidelines* sobre Preços de Transferência editadas pela mesma organização internacional.

Em Portugal, os preços de transferência estão regulados no artigo n.º 63.º do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas (CIRC) e na Portaria 1446-C/2001, de 21 de Dezembro²⁸.

II. O artigo 63.º do CIRC estabelece a obrigação de o sujeito passivo incluir na sua declaração anual de informação contabilística e fiscal, no exercício a que aquela respeita, eventuais operações com entidades com as quais tenha relações especiais, identificando as entidades em causa e o montante das operações realizadas com cada uma.

²⁶ V. Paula Rosado Pereira, “O Novo Regime de Preços de Transferência”, em *Fiscalidade – Revista de Direito e Gestão Fiscal* n.º 5, Janeiro 2001, pp.23-47 (46-47): “os métodos utilizados para a determinação dos preços de transferência terão de sofrer adaptações, como resposta à tendência actual para uma crescente complexidade das operações e para uma grande especificidade dos bens e serviços transaccionados entre entidades relacionadas. Tais características implicam, muitas vezes, a *inexistência no mercado de operações comparáveis*, susceptíveis de serem utilizadas como padrão de referência para a aplicação dos métodos tradicionais baseados na operação ou dos métodos baseados no lucro da operação. (...) Uma outra dificuldade sentida ao nível da aplicação dos métodos de determinação dos preços de transferência é a *falta de disponibilidade, por parte tanto das entidades como das autoridades fiscais da maioria dos Estados, de informação com a quantidade e o rigor necessários para que tais métodos possam ser aplicados de forma fiável*” (sublinhado nosso).

²⁷ Tal cenário cria um clima desfavorável à estabilidade das relações entre as empresas e os Estados, por seu turno prejudicial ao florescimento económico. V. Musselli/Musselli, “Saving Arm’s Length Pricing...”, cit., p. 393.

²⁸ Nos artigos 6.º e seguintes da Portaria encontram-se regulados os métodos de comparação para efeitos da determinação do preço de plena concorrência, devendo privilegiar-se aquele que potencie a comparabilidade entre a operação que se pretende efectuar e operações idênticas realizadas entre entidades independentes. Uma vez que a natureza das operações entre entidades relacionadas é muito variável, o legislador definiu cinco métodos para a determinação de preços de plena concorrência, consagrando três deles como de utilização preferencial: o método do preço comparável de mercado, o método do preço de revenda minorado e o método do custo majorado.

O mesmo artigo impõe também a obrigação de manter documentação respeitante à política adoptada na determinação dos preços de transferência e elementos aptos a provar o respeito pelo princípio da plena concorrência – o chamado dossier de preços de transferência.

III. No artigo 138.º do CIRC prevê-se a possibilidade de celebração de acordos prévios sobre preços de transferência (entre autoridades tributárias e empresas multinacionais, bilateral ou multilateralmente), nos quais são definidos os métodos para determinação dos preços de transferência antes de as transacções ocorrerem²⁹.

Apesar de poderem diminuir a incerteza na aplicação do regime, o facto de estes acordos não serem sujeitos a escrutínio público pode dar azo a situações fiscais favoráveis a determinadas empresas e Estados. Estes acabam por os encobrir, o que, ao invés de contribuir para a cooperação e solidariedade para com os seus pares que se deveria impor neste domínio, apenas cria maiores distorções, propiciando a evasão fiscal³⁰.

5. Críticas ao princípio da plena concorrência

I. Têm sido tecidas várias críticas ao princípio da plena concorrência. No entanto, mesmo perante as dificuldades práticas que a sua implementação acarreta, muitos dos seus defensores insistem em procurar adaptar o modelo, ao invés de aceitar a sua superação³¹.

²⁹ V. Clotilde Celorico Palma e Guilherme Waldemar d'Oliveira Martins, "A introdução dos acordos prévios sobre preços de transferência na legislação fiscal portuguesa: nota preliminar", em *Fiscalidade – Revista de Direito e Gestão Fiscal* n.º 36, Outubro-Dezembro 2008, pp. 20-28 (21).

³⁰ São disso exemplo as informações que recentemente vieram a público relativamente ao caso Luxleaks. Os países desenvolvidos oferecem hoje, de um modo geral, as mesmas condições fiscais; assim, cada Estado, com o intuito de atrair investimento, tenta tornar-se mais competitivo que os restantes, acabando por levar a cabo uma concorrência fiscal agressiva. Estas vantagens fiscais conferidas por determinado Estado tornam-se particularmente perniciosas quando aliadas à sua opacidade. Assim, países como o Luxemburgo (ou Bélgica e até o Reino Unido), não sendo tradicionalmente considerados paraísos fiscais, mas oferecendo vantagens fiscais que resultam em oportunidades de planeamento fiscal, no mínimo, agressivo (veja-se o exemplo dos regimes de "IP boxes" nesses países: v. Fuest/Spengel/Finke/Heckemeyer/Nusser, "Profit Shifting and "Aggressive" Tax Planning...", cit., pp. 312-313) deverão merecer a censura dos seus pares.

³¹ V. Lowell/Herrington, "BEPS: Current Reality...", cit., p. 69, citando, como exemplo paradigmático, a OCDE.

II. O actual sistema de preços de transferência foi erigido sobre uma falsa premissa: a ideia de que cada empresa se deve relacionar com as restantes como se relacionaria caso não fizessem parte do mesmo grupo, e de que é possível encontrar preços de mercado para qualquer transacção. Estas assunções desafiam a realidade actual³².

Quando o princípio da plena concorrência foi desenvolvido, a rede de telecomunicações e transportes à disposição das empresas multinacionais não permitia a administração centralizada que hoje faculta³³. Nessa altura, os grupos de empresas multinacionais funcionavam quase como entidades independentes. Comparar as transacções realizadas no seu seio com transacções realizadas entre entidades não relacionadas não fugia, sobremaneira, à realidade³⁴.

É a natureza integrada das empresas multinacionais que, como acima se referiu, por um lado permite a redução de custos, mas por outro dificulta o encontro de preços comparáveis de mercado³⁵. Além do mais, os termos de cada transacção são únicos e as condições de mercado variam geograficamente e estão em constante mutação³⁶. Por este motivo, as regras sobre preços de transferência carecem de permanente aperfeiçoamento.

Como consequência de estas regras dependerem de um grande número de variáveis, verifica-se um certo grau de incerteza no que respeita à sua eficácia.

III. Tentar tratar empresas integradas como entidades independentes, e – tendo em conta que a plena concorrência apenas existiria num mercado perfeito (e, daí, utópico) – obrigar as empresas multinacionais a realizar as suas operações internas a um preço de plena concorrência é tentar estabelecer “o preço certo” por “decreto”.

³² V. Avi-Yonah/Benshalom, “Formulary Apportionment...”, cit., p. 376.; v. também Reuven S. Avi-Yonah, “Between Formulary Apportionment and the OECD Guidelines: A Proposal for Reconciliation”, World Tax Journal, Fevereiro 2010, pp. 3-18 (5).

³³ Assim, Avi-Yonah, “Between Formulary Apportionment and the OECD Guidelines...” cit., p. 8.

³⁴ Nesse sentido, v. Avi-Yonah/Benshalom, “Formulary Apportionment...”, cit., p. 376: “*such an approach might have made sense eighty years ago, when the legislative language underlying today’s arm’s length standard for income tax purposes was first developed. (...) [M]embers of multinational groups functioned largely as independent entities, and benchmarking their incomes or transactions based on uncontrolled comparables probably made good sense*”.

³⁵ Para activos não corpóreos, por exemplo – e como se verá abaixo –, raras vezes existem bens idênticos no mercado que permitam um grau de comparabilidade razoável.

³⁶ V. Michael Kobetsky, “The case for unitary taxation...”, cit., p. 202.

A plena concorrência não só não existe entre entidades relacionadas como vai contra sua a própria natureza: as empresas estabelecem relações entre si precisamente de forma a beneficiarem das vantagens comerciais que daí advêm³⁷. Ademais, estas empresas não competem entre si (antes pelo contrário), pelo que não se deverá obrigá-las, contra a sua própria natureza e fim, a estabelecer relações de plena concorrência entre si³⁸.

IV. A eficiência económica assenta, entre outros aspectos, no conceito de neutralidade fiscal. Idealmente, num mercado concorrencial, a alocação de bens e de factores de produção não deveria ser influenciada por considerações de ordem fiscal. Paradoxalmente, porém, qualquer intervenção fiscal significa já uma forma de distorção da realidade económica subjacente. Nessa medida, só se pode realisticamente aspirar a introduzir o menor número possível (necessário) de distorções de natureza fiscal³⁹.

Ora, o regime dos preços de transferência desconsidera totalmente essa preocupação. Pelo contrário, consubstancia mesmo uma dupla forma de afectação da realidade económica: influencia, *a priori*, as decisões dos agentes económicos; e pode atingir, *a posteriori* (no caso de a autoridade tributária considerar que o preço da transacção não traduz um preço de plena concorrência), uma operação já realizada, diminuindo ou eliminando a vantagem fiscal que esta poderia ter significado.

V. Outra das críticas que se aponta ao actual regime dos preços de transferência – e que está ligada à complexidade que lhe está subjacente – prende-se com a pesada carga burocrática que impõe. De facto, existem hoje departamentos inteiros de empresas, empresas de consultoria

³⁷ V. Terra/Wattel, *European Tax Law*, cit., p. 378 (“*in reality, associated enterprises are not independent from each other. From the group perspective, there may be valid commercial reasons not to behave ‘uncontrolled’*”).

³⁸ V. Avi-Yonah, “Between Formulary Apportionment and the OECD Guidelines...”, cit. pp. 5-6 (“*the ALS system ignores the fact that multinational groups of companies arise precisely in order to avoid the inefficiencies that arise when unrelated companies must transact with one another at arm’s length*”).

³⁹ V. José Casalta Nabais, *Introdução ao Direito Fiscal das Empresas*, Almedina, Coimbra, 2015, pp. 56-59 (“a liberdade de gestão fiscal das empresas (...) concretiza-se na observância do princípio da neutralidade fiscal. (...) Uma neutralidade que, como é óbvio, não se confunde com a velha neutralidade absoluta, a velha neutralidade das finanças liberais do século XIX, com base na qual estava excluída toda e qualquer atribuição de objectivos ou finalidades extrafiscais aos impostos. (...) Efectivamente traduz-se esta em o Estado estar obrigado a não provocar e a obstar a que outros provoquem distorções na concorrência entre as empresas, concorrência cuja defesa, como vimos, constitui mesmo uma incumbência prioritária do Estado português”).

fiscal e sociedades de advogados unicamente dedicados a esta questão. A carga burocrática imposta é, tendo unicamente este facto em conta, demasiado pesada.

É certo que, para os grupos empresariais que têm procedimentos definidos para a determinação do valor das operações intragrupo, o processo de documentação se encontra facilitado e, até certo ponto, automatizado⁴⁰.

De todo o modo, mesmo admitindo que todas as empresas pudessem gozar de tal automatização de procedimentos, estes nunca deixariam de representar um custo – tudo em nome, não de um investimento económico real, mas sim de um regime legal que visa atingir um resultado artificial.

Por outro lado, e sobretudo, sempre se trataria de uma vantagem meramente tendencial: é que, para além de existir sempre a possibilidade de as autoridades tributárias não concordarem com o método ou métodos utilizados pelas empresas, há bens e serviços que, pela sua natureza, não propiciam uma análise de comparabilidade.

VI. Um exemplo disso encontra-se nos bens intangíveis. O regime dos preços de transferência não consegue encontrar, porque muitas vezes não existem, comparáveis para este tipo de bens. Para além disso, estes activos não têm, dada a sua imaterialidade, uma localização geográfica⁴¹.

O problema de atribuir um valor a bens intangíveis está em que estes não geram por vezes rendimento de forma linear, de tal forma que seja possível determinar o seu valor ao longo do tempo⁴². Esta circunstância potencia a manipulação com um propósito de poupança fiscal.

Uma das formas de manipulação dos preços de transferência por parte das multinacionais (como a Google) prende-se com a atribuição de licenças relacionadas com bens intangíveis entre empresas do grupo⁴³.

⁴⁰ V. Patrícia Matos, “Preços de Transferência...”, já anteriormente citado.

⁴¹ V. Avi-Yonah/Benshalom, “Formulary Apportionment...”, cit., pp. 383-387.

⁴² Cfr. Michael Kobetsky, “The case for unitary taxation...”, cit., p. 214.

⁴³ Um dos exemplos conhecidos deste tipo de planeamento tem sido apelidado de “*Double Irish Dutch Sandwich*”. Este esquema envolve uma empresa-mãe nos E.U.A., duas empresas na Irlanda – uma apenas detentora de propriedade intelectual e outra operacional –, e ainda uma empresa-veículo na Holanda.

A empresa irlandesa detentora de propriedade intelectual é subsidiária directa da empresa-mãe americana, detendo a 100% a outra empresa irlandesa e, bem assim, a empresa holandesa. Sendo esta empresa detentora de propriedade intelectual gerida e controlada num paraíso fiscal (por exemplo, nas Ilhas Bermudas), é aí considerada,

VII. As críticas, porém, não ficam por aqui. Em nossa opinião, é também de sublinhar que o modelo de plena concorrência surge cada vez mais como um instituto desactualizado.

De facto, constata-se crescentemente que, nos grupos societários, dado o seu elevado grau de integração, o objectivo do lucro procura-se em conjunto, ponderando o saldo global resultante da actividade de todas as empresas que a eles pertencem. E esta realidade tem sido paulatinamente acolhida pelo direito fiscal⁴⁴, existindo já vários regimes que têm em conta precisamente esta noção de propósito comum e resultado global. Estes regimes mais não fazem do que regular a realidade material do comércio actual⁴⁵.

pela Irlanda, residente para efeitos fiscais. Pelo contrário, os Estados Unidos consideram esta empresa residente na Irlanda (jurisdição onde a sociedade foi constituída – “*jurisdiction of incorporation*”).

De forma sumária, o grupo multinacional consegue reduzir a sua carga fiscal global, já que: (i) no momento da transferência inicial da propriedade intelectual, consegue garantir uma baixa tributação; (ii) por não haver presença no país de consumo final, não há aí tributação; (iii) por força dos elevados pagamentos de *royalties*, a empresa operacional consegue diminuir a sua base tributável; (iv) a fim de evitar a retenção na fonte de lucros distribuídos para fora da Europa, promove-se a interposição da empresa holandesa; (v) a empresa detentora de propriedade intelectual beneficia de dupla não tributação internacional (a Irlanda não a considera residente e, no paraíso fiscal, o rendimento das empresas não é tributado – ou é tributado a taxas muito baixas); e (vi) as regras americanas sobre filiais estrangeiras (“*controlled foreign companies*”) são contornadas. Para mais desenvolvimentos sobre este tipo de planeamento, v. Fuest/Spengel/Finke/Heckemeyer/Nusser, “Profit Shifting and “Aggressive” Tax Planning...”, cit., pp. 309-312.

⁴⁴ V. Bruno Vinga Santiago, “O futuro da tributação directa...”, cit., p. 96.

⁴⁵ V. José Engrácia Antunes, “A tributação dos grupos de sociedades”, cit., pp. 5-6: “pode-se afirmar que o Direito Fiscal concedeu desde cedo uma atenção particular ao fenómeno dos grupos societários, caminhando gradual mas consistentemente para uma *visão económica unitária* da empresa plurisocietária (“*wirtschaftliche Betrachtung*”) e elevando esta a centro autónomo de imputação das normas jurídicas-tributárias, para lá da mera consideração individual dos entes societários integrados no seu perímetro. Não surpreende assim que, segundo alguns, o tratamento unitário da empresa de grupo no plano jurídico-fiscal corresponderá mesmo a “uma imposição das regras de bem tributar”.

Segundo o Autor (“A tributação dos grupos de sociedades”, cit., p. 7), “para o legislador fiscal, a substância económico-material desta forma moderna de organização da empresa (empresa plurisocietária) suplanta assim a sua pura organização jurídico-formal: não obstante a individualidade jurídica dos respectivos elementos integrantes, é o próprio grupo como um todo, e não as sociedades individuais que o integram, que passa a constituir o ponto de referência fundamental na determinação e cômputo dos direitos e obrigações tributários. Em sede geral e abstracta, o reconhecimento deste estatuto jurídico-tributário próprio ao grupo possui incontestáveis vantagens que se traduzem, no essencial, numa virtual redução da carga fiscal global suportada pelo conjunto das sociedades agrupadas, *maxime*, graças à compensabilidade e comunicabilidade dos lucros e prejuízos fiscais entre estas sociedades”.

Exemplo disso, em Portugal, são o Regime Especial de Tributação dos Grupos de Sociedades (RETGS)⁴⁶ e os regimes de eliminação da dupla tributação económica⁴⁷.

Neste sentido, vem-se caminhando para uma tributação consolidada das empresas. Pode-se afirmar que o regime dos preços de transferência se vai tornando, nessa medida, uma solução obsoleta e até anti-sistemática.

VIII. A prática de preços de transferência por parte das empresas multinacionais é, na sua natureza, multilateral. Por conseguinte, apenas de forma multilateral concertada podem os países encontrar uma solução que, garantindo por um lado, que a realidade subjacente às operações comerciais das empresas não é adulterada apenas com intuits fiscais, salvasse, ao mesmo tempo, e como consequência, as receitas fiscais de cada país.

Assim, embora se tenha estabelecido um consenso internacional em torno do princípio da plena concorrência⁴⁸, dever-se-á procurar outra solução para o problema que está na sua base: combater as práticas fiscais agressivas, que manipulam e erodem as bases tributáveis.

⁴⁶ Em termos gerais, o RETGS abstrai da autonomia das empresas que constituem o grupo e permite que entidades residentes em Portugal integrantes de um grupo económico sejam globalmente tributadas pela soma algébrica dos respectivos resultados, positivos e negativos. Sobre este regime, v. José Engrácia Antunes, “A tributação dos grupos de sociedades”, cit., pp. 6-13; v. também Bruno Vinga Santiago, “O futuro da tributação directa...”, cit., pp. 96-97.

⁴⁷ Por dedução ou isenção, previstos no artigo 51.º do Código do IRC. Sobre este regime, v. José Engrácia Antunes, “A tributação dos grupos de sociedades”, cit., pp. 14 a 17.

⁴⁸ Por se entender que a sua adopção permite, não só estabelecer uma paridade no tratamento fiscal entre as empresas integradas em grupos internacionais e empresas independentes, como também vedar certas práticas de evasão fiscal e assegurar a consequente protecção da base tributável interna. A realidade, porém, demonstrou a falsidade destas premissas.

CAPÍTULO II

TRIBUTAÇÃO FORMULÁRIA COMO ALTERNATIVA AO PRINCÍPIO DA PLENA CONCORRÊNCIA

SECÇÃO I

CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

6. Traços gerais da tributação formulária

I. Várias soluções têm sido apontadas como forma de combater a erosão da base tributável e a deslocação de lucros⁴⁹. Em nossa opinião, é de considerar a proposta da tributação das pessoas colectivas através da introdução de um método formulário de alocação de rendimentos a nível global⁵⁰.

II. Têm sido muitas as vozes em defesa do recurso a métodos formulários para determinação do rendimento tributável das empresas multinacionais⁵¹.

⁴⁹ Destacamos, em particular, as seguintes propostas: (i) estender a tributação no estado da residência (através do estreitar das regras sobre “*Controlled Foreign Companies*”); (ii) estender a tributação no estado da fonte, através de medidas unilaterais – “*Thin Capitalization Rules*” – e através de regras decorrentes de coordenação internacional (extensão das taxas de retenção na fonte para pagamentos transfronteiriços de *royalties* e juros); e (iii) reformar as regras de reporte e transparência na tributação internacional, como a obrigação dos consultores fiscais de reportarem os esquemas de elisão fiscal, ou o reporte país-a-país dos investidores mundiais (sobre isto, v., *infra*, ponto 13). Cfr. Fuest/Spengel/Finke/Heckemeyer/Nusser, “Profit Shifting and “Aggressive” Tax Planning...”, cit., pp. 317-321.

⁵⁰ Sobre esta proposta, v. Fuest/Spengel/Finke/Heckemeyer/Nusser, “Profit Shifting and “Aggressive” Tax Planning...”, cit., pp. 320-321.

⁵¹ É o caso não só de nomes relevantes do direito fiscal internacional, como o de REUVEN S. AVI-YONAH, mas também de países como a China e de organizações internacionais como a Organização das Nações Unidas. V., a este propósito, Lowell/Herrington, “BEPS: Current Reality...”, cit., pp. 68-69 (“*important changes will continue to emerge in the transfer pricing sphere, due largely to the rise in power of developing nations such as China and the growth in importance of the UN transfer pricing manual. These nations tend to apply different transfer pricing methodologies than those of the OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations – for example, arguing that: returns should be allocated to “local market advantages” (such as location savings and market premium); formulary apportionment should be used; and foreign intangibles are often overvalued at the expense of undervaluing local intangibles*”).

Os métodos formulários traduzem-se em formas de alocação do rendimento com base em vários factores, como sejam o número de funcionários e salários pagos (massa salarial – “*payroll*”), os bens detidos e as vendas realizadas por uma determinada empresa do grupo⁵².

III. Os métodos formulários apresentam várias vantagens de regime quando comparados com o sistema de preços de transferência.

No essencial, estes métodos, ao contrário do que sucede com o princípio da plena concorrência, reflectem a realidade económica das empresas multinacionais: estas são, tal como acima explanado, negócios altamente integrados e interdependentes, com um objectivo lucrativo comum⁵³.

A questão fulcral é a de saber onde é que as grandes multinacionais realizam efectivamente o seu lucro e se esse local coincide com o local onde pagam os seus impostos. Daí a necessidade de se encontrar um regime que consiga, de forma tão aproximada à realidade quanto possível, alocar os lucros e prejuízos à área geográfica com a qual tenha efectiva conexão. Em traços gerais, os métodos de repartição formulária atingem esse objectivo.

Um regime formulário, uma vez que desconsidera as transacções concretas entre empresas, resolveria o problema da aplicação do princípio do preço de plena concorrência.

7. A distinção entre simples repartição formulária e repartição formulária unitária

I. Antes de descrever o método de alocação do rendimento que poderá servir de alternativa ao regime dos preços de transferência, cumpre notar que a doutrina especializada costuma distinguir duas realidades: a mera repartição formulária e a repartição formulária unitária⁵⁴.

De facto, é comum a referência a uma suposta dicotomia entre a mera repartição formulária (“*formulary apportionment*”) e a repartição formulária unitária (“*unitary formulary*”).

⁵² V. Hubert M. A. Hamaekers, “Precios de transferencia. Historia, evolución y perspectivas” (tradução espanhola) em *Fiscalidad internacional*, Fernando Serrano Antón (dir.), 2ª edição, Madrid, 2005, p. 419-478 (474).

⁵³ V. Hamaekers, “Precios de transferencia...”, cit., p. 475 (“*el método de prorrateo formulatorio parece acoplarse mejor con las novedades recientes y esperadas que el principio arm’s length. Después de todo, este principio se base en las nociones de economías nacionales y empresas independientes, y no en las de organizaciones integradas y comercio global*”).

⁵⁴ Sobre esta distinção, cfr. Avi-Yonah/Benshalom, “Formulary Apportionment...”, cit., p. 380; v. ainda Michael Kobetsky, “The case for unitary taxation...”, cit., p. 205.

apportionment”). Como veremos, porém, esta bipartição é analiticamente errada, pois que compara um modelo de regime, não com outro modelo, mas sim com um instrumento técnico potencialmente utilizável noutros modelos.

II. Seguindo a lição de MICHAEL KOBETSKY, na repartição formulária simples usa-se uma fórmula para alocar os proventos de uma empresa a diferentes jurisdições (que podem corresponder a países ou a estados numa federação); na repartição formulária unitária, para além de se recorrer a uma fórmula para alocar os proventos de uma empresa a diferentes jurisdições, trata-se ainda o grupo no qual se integra como uma só entidade para efeitos de alocação do rendimento⁵⁵.

Também AVI-YONAH/BENSHALOM se referem a esta distinção: segundo os Autores, a repartição formulária diz somente respeito à alocação do rendimento através de uma fórmula; já a repartição unitária procura, também, consolidar todo o rendimento de um grupo multinacional, o que representa uma vantagem para as empresas em questão, porquanto lhes permite consolidar as perdas registadas em diferentes jurisdições⁵⁶.

Assim, um modelo unitário, incorporando um método formulário, vai mais longe: sob este tipo de modelo, o grupo de empresas procede ao reporte consolidado das suas actividades, considerando todos os proveitos realizados e custos incorridos por cada empresa em cada jurisdição. As transacções intragrupo não são, portanto, tidas em conta. O resultado líquido global consolidado do grupo – seja ele positivo ou negativo – é depois alocado entre as várias jurisdições em que a empresa actua através de um método formulário.

A fórmula utilizada envolve normalmente factores que demonstram de forma clara a actividade económica em dada jurisdição (nomeadamente: massa salarial, bens e vendas) e atribui a cada jurisdição o rendimento de acordo com o peso relativo de cada indicador⁵⁷.

III. Porém, e como notam os próprios AVI-YONAH/BENSHALOM, “ainda que a repartição unitária consolidada pressuponha uma fórmula de alocação, as fórmulas de alocação podem ser usadas noutros regimes. O instrumento formulário não pressupõe um processo (unitário) de

⁵⁵ Cfr. Michael Kobetsky, “The case for unitary taxation...”, cit., p. 205.

⁵⁶ V. Avi-Yonah/Benshalom, “Formulary Apportionment...”, cit., p. 380.

⁵⁷ V. Avi-Yonah/Benshalom, “Formulary Apportionment...”, cit., p. 380.

consolidação do rendimento de um grupo multinacional e não proporciona às empresas os benefícios de uma consolidação extensiva de perdas”⁵⁸.

Isto é, em rigor, estabelecer uma dicotomia entre a simples repartição formulária e a repartição formulária unitária é esquecer que a segunda representa uma solução (fim), enquanto a primeira não passa de um instrumento (meio), que pode ser utilizado na estruturação de outras soluções⁵⁹.

IV. Na verdade, se a repartição formulária unitária pode representar um modelo autónomo e alternativo face ao regime assente no princípio da plena concorrência, a simples repartição formulária nunca prescinde de elementos deste último regime.

De facto, e ainda seguindo a explicação de MICHAEL KOBESTSKY⁶⁰, há duas possíveis abordagens num sistema de repartição formulária: o modelo “*water’s edge*” e o modelo “*worldwide*”.

No primeiro, só se tem em conta o rendimento de uma empresa realizado numa determinada circunscrição territorial (como seja um estado numa federação). Se se verificar que filiais ou sucursais da empresa em questão desenvolvem a sua actividade exclusivamente para além das fronteiras (“*water’s edge*”) dessa circunscrição, tais empresas serão tratadas como entidades autónomas. Nessa medida, num modelo de “*water’s edge*”, é ainda necessário recorrer a elementos do princípio da plena concorrência.

Já num modelo “*worldwide*”, tem-se em conta todas as fontes de rendimento de uma empresa – independentemente da sua origem territorial –, que, no seu conjunto, formam o seu rendimento global unitário. Nesse momento, a parte do rendimento unitário da empresa que é atribuível a cada jurisdição (por exemplo, um estado dentro de uma federação) resulta de um rácio dos valores estaduais dos factores de alocação (massa salarial, bens, vendas, etc.) face aos valores globais⁶¹.

⁵⁸ V. Avi-Yonah/Benshalom, “Formulary Apportionment...”, cit., p. 380.

⁵⁹ Tal como Avi-Yonah/Benshalom sugerem e mais à frente se mencionará. V., *infra*, ponto 21.

⁶⁰ Cfr. Michael Kobestsky, “The case for unitary taxation...”, cit., p. 205.

⁶¹ MICHAEL KOBESTSKY conclui, aliás, que o rendimento atribuível a cada jurisdição tende a ser superior na repartição formulária unitária do que na simples repartição formulária. V. Michael Kobestsky, “The case for unitary taxation...”, cit., p. 205.

8. Modalidades de repartição formulária

I. Ora, tendo isto em conta, é possível traçar uma classificação com base em dois factores distintos: por um lado, a circunstância de o modelo em causa visar apenas as operações realizadas numa determinada circunscrição, ou de, pelo contrário, atender a todas as transacções de uma determinada empresa, independentemente da respectiva localização geográfica; por outro lado, a circunstância de o modelo em questão recorrer ou não à consolidação das contas do grupo de empresas multinacional.

Com isso, chega-se a quatro modalidades de repartição formulária.

II. Em primeiro lugar, uma repartição formulária unitária pura, que corresponderia a um modelo “*worldwide*” em que houvesse consolidação do rendimento da empresa multinacional ao nível global. A este rendimento seria aplicada a fórmula determinada, não sendo necessário recorrer ao regime assente no princípio da plena concorrência.

Em segundo lugar, uma repartição formulária unitária meramente regional, que corresponderia a um regime em que, havendo embora consolidação de rendimentos, esta dar-se-ia apenas dentro de cada circunscrição territorial (traduzindo, nessa medida, uma aproximação tipo “*water’s edge*”), sendo necessário procurar-se o preço de plena concorrência no tratamento das transacções com entidades relacionadas fora dessas circunscrições.

Terceiro, uma repartição formulária regional simples, que corresponderia também a um modelo “*water’s edge*”, em que, porém, ao contrário da modalidade anterior, não houvesse lugar a qualquer consolidação de rendimentos das empresas consideradas.

Por último, um modelo em que, não havendo consolidação de contas, se recorresse porém a uma fórmula de alocação de determinados rendimentos sem se atender a qualquer limitação geográfica. A este modelo poder-se-ia chamar repartição formulária simples.

III. Tendo em conta a realidade sobre a qual se pretende que a tributação incida – rendimentos provenientes de uma empresa multinacional –, o modelo que a tal fim melhor se adequa é, conforme procuraremos demonstrar abaixo, o da tributação formulária unitária pura.

Contudo, como também abaixo se explicará, é possível que, atendendo às dificuldades práticas que a implementação de um modelo unitário puro pode implicar, não haja alternativa – pelo menos num primeiro momento de transição – senão recorrer a modelos que ainda convivam com o princípio da plena concorrência.

9. Repartição formulária unitária pura como modelo desejável

I. Em nossa opinião, deveria idealmente caminhar-se para a total exclusão do princípio da plena concorrência e para a sua substituição por um modelo de tributação das empresas multinacionais que correspondesse a um regime formulário unitário puro.

De facto, é este o modelo que melhor espelha uma tributação do rendimento territorial⁶² – que, como anteriormente se mencionou, é exigida pela justa repartição das receitas fiscais –, uma vez que permite uma ponderação geográfica dos factores geradores de riqueza e a sua subsequente alocação proporcional aos Estados intervenientes.

II. Com efeito, a tributação formulária não pressupõe a análise de todas as (inúmeras) operações realizadas entre empresas de um mesmo grupo e simplifica a alocação de rendimentos entre países.

É uma solução que, do ponto de vista dos contribuintes, é mais consentânea com o princípio da segurança jurídica (na medida em que não introduz, por si, a possibilidade de correcções *a posteriori* da matéria colectável).

Para além disso, um regime desta natureza representa uma diminuição dos custos burocráticos para as empresas e, bem assim, dos encargos administrativos para as autoridades tributárias, porquanto exclui a necessidade de proceder ao (oneroso e demorado) escrutínio das transacções à luz do princípio da plena concorrência⁶³.

⁶² Territorialidade essa que tem, aliás, consequências vantajosas, entre as quais a circunstância de não ser necessário ter em conta créditos fiscais por dupla tributação jurídica internacional. Nesse sentido, v. Michael Kobetsky, “The case for unitary taxation...”, cit., p. 206.

⁶³ Neste sentido, v. Michael Kobetsky, “The case for unitary taxation...”, cit., p. 206.

SECÇÃO II

CONSIDERAÇÕES PRÁTICAS

10. Pressupostos de implementação

A substituição do regime dos preços de transferência pelo regime de alocação formulária de rendimentos exige que os países acordem, em particular: (i) qual a definição de negócio unitário; (ii) qual a jurisdição competente; (iii) quais as regras (contabilísticas) para definição da base tributável comum; e (iv) qual a fórmula a utilizar e qual o peso de cada factor nessa fórmula⁶⁴.

11. Definição de negócio unitário

I. A tributação unitária só deverá aplicar-se a grupos de sociedades que operem de forma integrada, cujos lucros não seja possível alocar a fontes específicas no seu interior⁶⁵.

Assim, é essencial o acordo dos Estados sobre o conceito de negócio unitário.

II. A título de exemplo daquilo que esse conceito poderá levar em conta, veja-se a noção utilizada no já mencionado RETGS: aí, um grupo de sociedades existe nas situações de domínio total, *i.e.*, nos casos em que uma sociedade (que não é dominada por qualquer outra) detém directa, ou indirectamente, pelo menos 90% do capital das demais (filiais), posto que tal participação lhe confira, 50% dos votos e apenas na medida em que tal relação de participação exista há mais de um ano (com excepção das sociedades dominadas constituídas há menos tempo)⁶⁶.

Ainda no plano nacional, é ilustrativo de uma abordagem menos restritiva o artigo 3.º do anexo ao Decreto-Lei n.º 372/2007, de 6 de Novembro, do qual resulta que duas empresas têm uma relação de associação sempre que, directa ou indirectamente, uma delas detiver a maioria do capital social ou dos direitos de voto da outra⁶⁷. Nesse caso, para os efeitos do

⁶⁴ Neste sentido, v. Jeffrey Owens, “The Taxation of Multinational Enterprises...”, cit., p. 443.

⁶⁵ V. Michael Kobetsky, “The case for unitary taxation...”, cit., p. 212.

⁶⁶ Sobre este assunto, v. Rui Duarte Morais, *Apontamentos ao Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas*, Almedina, Coimbra, 2009 (reimpressão), p. 153.

⁶⁷ Sobre outras circunstâncias das quais pode resultar a relação de associação entre duas empresas, v. os vários parágrafos do artigo citado em texto.

diploma em questão (atribuição do estatuto de micro, pequena ou média empresa), a empresa que tiver com outra uma relação de associação será sempre tratada como se detivesse ou fosse detida na sua totalidade por esta última empresa⁶⁸. Isto é: uma relação de participação de, por exemplo, 51%, equivale, para os efeitos do diploma, a uma relação de participação de 100%.

III. Sempre se poderá dizer, é certo, que qualquer definição de negócio unitário que exija uma relação de participação superior àquela que é exigida para efeitos de aplicação do regime dos preços de transferência implicará a necessidade de, nos casos que caiam no intervalo, manter a aplicação do princípio da plena concorrência. Nessa hipótese, o regime formulário unitário seria sempre de cariz misto.

Por isso, uma outra hipótese – que asseguraria o carácter verdadeiramente puro do modelo formulário unitário a implementar –, passaria por considerar existir um negócio unitário sempre que se verificasse alguma das circunstâncias tipicamente mencionadas como “relações especiais” para efeitos do regime dos preços de transferência⁶⁹.

12. Jurisdição competente

Um modelo formulário unitário não tenta determinar a fonte económica do rendimento. Ao invés, trata os lucros da empresa como sendo auferidos de modo uniforme entre todas as jurisdições em que a empresa actua. Por esse motivo, é necessário estabelecer regras que permitam apurar qual a jurisdição com que o contribuinte tem uma maior conexão, a fim de ser aí administrada a sua tributação⁷⁰.

13. Regras para a definição de uma base tributável comum: regras contabilísticas e reporte país-a-país

I. A aplicação uniforme do método formulário é uma pré-condição para a tributação formulária unitária (tanto na modalidade pura como na modalidade meramente regional)⁷¹.

⁶⁸ Nos termos do artigo 6.º do anexo ao Decreto-Lei n.º 372/2007.

⁶⁹ Entre nós, a definição de “relações especiais” para esse efeito surge no artigo 63.º, n.º 4, do Código do IRC.

⁷⁰ V. Michael Kobetsky, “The case for unitary taxation...”, cit., p. 213.

⁷¹ V. Michael Kobetsky, “The case for unitary taxation...”, cit., pp. 211-212.

Nessa medida, surge com premência a necessidade de os Estados consensualizarem uma base comum de regras tributárias, a fim de que não haja dissonâncias que propiciem situações de dupla tributação ou, inversamente, de dupla não tributação, ou que potenciem, ainda, práticas agressivas, elisivas ou abusivas.

II. A determinação da matéria tributável das sociedades faz-se com base na contabilidade⁷².

Assim, para que se possa implementar um método formulário unitário de alocação de rendimentos, é necessário proceder primeiro a uma uniformização legislativa (tanto fiscal como) contabilística.

Neste último domínio, assiste-se já a uma evolução no sentido da harmonização⁷³: para efeitos de reporte financeiro internacional, as multinacionais utilizam já regras de contabilidade comuns.

III. A este propósito, merece especial menção uma das medidas propostas pela OCDE no seu Plano de acção BEPS (“*Base Erosion and Profit Shifting*”)⁷⁴.

Nesse plano, a medida de acção número 13 recomenda que se reexamine a documentação de preços de transferência, propondo a introdução de um mecanismo de reporte

⁷² Isto, pelo menos, nos países continentais. De facto, como explica Bruno Vinga Santiago (“O futuro da tributação directa...”, cit., p. 124), as relações entre “a contabilidade para fins financeiros e a contabilidade para fins fiscais podem ser vistas de duas formas: ou segundo uma relação de independência, como fazem os países anglo-saxónicos (...); ou segundo uma relação de dependência nos termos da qual o rendimento tributável é determinado com base na contabilidade efectuada para fins financeiros. Esta é a via seguida pelos países continentais”.

⁷³ A nível internacional, o Conselho de Normas Internacionais de Contabilidade (IASB – “*International Accounting Standards Board*”) emitiu as Normas Contabilísticas de Reporte Financeiro (IFRS – “*International Financial Reporting Standards*”), que consistem num conjunto de regras contabilísticas comuns para as empresas multinacionais. No seio da UE, desde 1 de Janeiro de 2005 que as empresas europeias cotadas em bolsa devem contabilizar os seus resultados à luz destas normas.

⁷⁴ O Plano BEPS foi apresentado em Julho de 2013, com o apoio político do G20, e surgiu no seguimento de um relatório, datado de Fevereiro do mesmo ano, onde a OCDE salientou ser necessário dotar os Estados de instrumentos dirigidos a tornar os sistemas de tributação mais consentâneos com as práticas económicas reais dos sujeitos passivos. Sobre este assunto, v. Mathew Brittingham e Michael Butler, “OECD Report on Base Erosion and Profit Shifting: Search for a New Paradigm or Is the Proposed Tax Order a Distant Galaxy Many Light Years Away?”, em *International Transfer Pricing Journal*, Julho-Agosto 2013, pp. 238-242 (242).

país-a-país, com vista a conferir maior transparência às transacções entre empresas⁷⁵. Esta medida viria a ser melhor concretizada num parecer emitido pela OCDE a propósito das regras sobre documentação de preços de transferência⁷⁶.

O reporte país-a-país requer que as empresas multinacionais apresentem publicamente, e de forma periódica, em cada uma das jurisdições onde actuam, informação agregada acerca de certos indicadores financeiros (v.g., vendas, compras, massa salarial, natureza e valor dos bens que detêm, custos de financiamento e lucros antes de impostos), especificando também as jurisdições onde as suas filiais e sucursais actuam e, ainda, o tipo de actividades que exercem⁷⁷.

De acordo com FUEST/SPENGL/FINKE/HECKEMEYER/NUSSER, o fim principal do reporte país-a-país é a divulgação pública da situação económica, financeira e fiscal real das empresas multinacionais. Tal divulgação permitiria o escrutínio público, não só da forma como as empresas conduzem as suas actividades, mas também do tratamento (possivelmente preferencial ou vantajoso) que os Estados lhes conferem⁷⁸.

IV. O mecanismo de reporte país-a-país dota os intervenientes no processo de tributação de maior e melhor informação sobre a matéria tributável e permite um maior controlo desses intervenientes. Nessa medida, este mecanismo poderia ser utilizado como base para a implementação de um regime de alocação formulária unitária do rendimento⁷⁹.

⁷⁵ Esta medida pode ser vista como uma concessão aos países da fonte. Cfr. Cym Lowell and Mathew Herrington, “BEPS: Current Reality...”, cit., p. 69 (“*country-by-country reporting can also be viewed as a BRICS concession: in transfer pricing disputes with source countries, it is common for the source country to insist on being able to examine the global financial results on the group (or at least of the affiliate entity involved). This is intended to enable the source country to check whether a greater share of the group’s profits should be allocated to the functions and risks performed in the source country*”).

⁷⁶ V. relatório da OCDE “White Paper on Transfer Pricing Documentation” (2013), disponível em <http://www.oecd.org/ctp/transfer-pricing/white-paper-transfer-pricing-documentation.pdf>.

⁷⁷ V. Fuest/Spengel/Finke/Heckemeyer/Nusser, “Profit Shifting and “Aggressive” Tax Planning...”, cit., p. 321.

⁷⁸ V. Fuest/Spengel/Finke/Heckemeyer/Nusser, “Profit Shifting and “Aggressive” Tax Planning...”, cit., p. 321.

⁷⁹ V., nesse sentido, Lowell/Herrington, “BEPS: Current Reality...”, cit., p. 69.

14. A fórmula

I. Um dos elementos centrais de qualquer dos modelos de tributação formulária é, como o seu nome indica, a fórmula em torno da qual se organizam.

Tem-se gerado consenso em torno dos principais factores a ter em conta nessa fórmula, citando-se habitualmente a massa salarial da empresa (isto é, o número de trabalhadores e os salários pagos), os bens tangíveis que detém e as vendas que realiza⁸⁰. Este último factor, por exemplo, dificilmente seria pervertido, uma vez que o mercado consumidor não pode ser facilmente manipulado⁸¹.

A massa salarial da empresa e as vendas que esta realiza são tidas como factores imóveis (ou constantes); já os bens tangíveis são considerados como um factor móvel⁸².

II. Esta conjugação de factores e forma de os ponderar não representa a única fórmula possível para alocação de rendimento de empresas multinacionais⁸³. Aliás, usar uma fórmula que utilize apenas estes três factores, e na qual se dê a todos o mesmo peso em todos os tipos de negócio, poderá introduzir distorções na alocação de rendimento.

Nesse sentido, AVI-YONAH/BENSHALOM sugerem a introdução na fórmula de outros factores, “difíceis de manipular e fáceis de observar”⁸⁴.

⁸⁰ V. Avi-Yonah, “Between Formulary Apportionment and the OECD Guidelines...”, cit., p. 17. Como nota o Autor, trata-se de elementos objectivos: a massa salarial e as vendas representam transacções com terceiros; no que respeita aos activos tangíveis, se é certo que a determinação do seu valor depende de avaliações, a verdade é que existe já muita experiência com fórmulas baseadas em activos deste tipo.

⁸¹ Nesse sentido, v. Fuest/Spengel/Finke/Heckemeyer/Nusser, “Profit Shifting and “Aggressive” Tax Planning...”, cit., pp. 320-321.

⁸² Nesse sentido, v. Michael Kobetsky, “The case for unitary taxation...”, cit., p. 212.

⁸³ Nos Estados Unidos, segundo notícia MICHAEL KOBESTKY (“The case for unitary taxation...”, cit., p. 207), a National Tax Association recomendou em 1933, como forma de atingir o maior grau de uniformidade possível na aplicação de regimes formulários, que os estados usassem a “fórmula de Massachusetts”. Esta fórmula atribuía igual relevância aos três factores clássicos (massa salarial, activos tangíveis e vendas). Apesar de não ser tida como a fórmula que melhor espelhava a criação de riqueza por parte das empresas, era preferida em detrimento de outras fórmulas – mais fiéis ao processo gerador de lucro, mas bastante mais complexas – com base na ideia de que a exactidão científica deve ser preterida em benefício da uniformidade (e, acrescentemos nós, da simplicidade).

⁸⁴ Tais como: vendas a retalho e serviços (da óptica do país do comprador), vendas totais numa dada jurisdição (incluindo as realizadas por agentes), bens tangíveis móveis e imóveis, valor das licenças pagas, número de trabalhadores directos e salários pagos, número de trabalhadores externos que trabalhem mais de 20 horas por

III. É, por conseguinte aconselhável que se procure uma fórmula que reflecta a realidade económica subjacente à tributação, devendo-se, para além disso, tentar, tanto quanto possível, adaptá-la a cada tipo de negócio específico.

No sector bancário, por exemplo, a massa salarial poderá não ser um factor tão importante como noutros sectores de negócio⁸⁵.

IV. Por motivos compreensíveis, há neste contexto uma dimensão que extravasa o plano da legística, dependendo já de contributos da Economia e das Finanças. Nada de mais natural, porém: no Direito Fiscal, como na generalidade dos ramos jurídicos, tanto o legislador como o intérprete-aplicador devem reconhecer que há sempre um ponto a partir do qual a ciência jurídica precisa de pedir conselho a outras áreas do saber.

V. Tudo estará em encontrar o equilíbrio entre dois vectores de sentido contrário: por um lado, a complexidade imposta pela necessidade de garantir a maior aproximação possível à realidade económica subjacente, e, por outro lado, a simplicidade que tanto o princípio da segurança jurídica como a praticabilidade na aplicação do modelo gizado (da qual dependem, em larga medida, as hipóteses de uma verdadeira uniformidade interestadual) aconselham⁸⁶.

semana nas instalações da empresa e respectivos salários, etc.. V. Avi-Yonah/Benshalom, “Formulary Apportionment...”, cit., p. 391.

⁸⁵ Cfr. Michael Kobetsky, “The case for unitary taxation...”, cit., pp. 213-214.

⁸⁶ V., neste sentido, Michael Kobetsky, “The case for unitary taxation...”, cit., p. 212.

SECÇÃO III

CRÍTICAS AOS MÉTODOS FORMULÁRIOS

Têm sido apontadas várias críticas aos métodos formulários. De facto, diz-se que⁸⁷: são inerentemente presuntivos e, por isso, arbitrários; excluem a ponderação dos bens intangíveis; potenciam a dupla tributação; a sua implementação e aplicação requerem uma pesada carga burocrática; dão a azo a oportunidades de evasão fiscal; e exigem uma aprofundada coordenação internacional.

Analisar-se-á abaixo cada uma destas críticas.

15. Carácter presuntivo e arbitrariedade

I. A primeira das críticas sublinha que, no seio de um negócio integrado, é impossível determinar com precisão que factores geram lucros e que peso relativo se deverá dar a cada um desses elementos. Por esse motivo, qualquer fórmula é, até certo ponto, presuntiva e, nessa medida, arbitrária⁸⁸.

Segundo esta linha de pensamento, o regime de alocação formulária partiria do pressuposto de que a forma como aloca os factores espelha fielmente o modo como as multinacionais geram riqueza. Por esse motivo, assumiria que essas empresas retiram o mesmo grau de proveito de qualquer desses factores⁸⁹. Tal assunção, conclui-se, seria errada.

Para além disso, sublinha-se, num sistema formulário cuja fórmula atenda a factores rígidos e pré-determinados, privilegia-se uma mera aproximação à realidade em detrimento da desejável prevalência do princípio da tributação pelo rendimento real⁹⁰.

II. Quanto a isto, deve salientar-se, por um lado, que actualmente há já Autores, tal como HAMAEEKERS, que alertando para a complexidade que a realidade tributável muitas vezes atinge, questionam o demérito absoluto de elementos presuntivos no sistema de tributação⁹¹.

⁸⁷ V., por exemplo, Terra/Wattel, *European Tax Law*, cit., p. 294.

⁸⁸ V. Michael Kobetsky, “The case for unitary taxation...”, cit., p. 212.

⁸⁹ V. Avi-Yonah/Benshalom, “Formulary Apportionment...”, cit., p. 381.

⁹⁰ Sobre este princípio, em geral, v. Sérgio Vasques, *Manual de Direito Fiscal*, cit., p. 257.

⁹¹ De facto, pode ler-se em Hamaekers, (“Precios de transferência...”, cit., p. 475) que: “*en ocasiones se cita como objeción el carácter del prorrateo formulatorio de «tributación presuntiva».* Sin embargo, los sistemas

Por outro lado, e em geral, o princípio da tributação pelo rendimento real (vertido, no nosso ordenamento, no artigo 104.º, n.º 2 da Constituição) é apenas uma das directrizes que enformam o ordenamento jurídico-fiscal, convivendo neste com princípios de sentido contrário, motivo pelo qual, como qualquer outro princípio, não é absoluto. Isto é, casos há em que, por preocupações cujo sentido contraria o princípio da tributação pelo rendimento real, este deve, em maior ou menor medida, ceder⁹². É um balanço que pode e deve ser feito pelo legislador.

III. Pode aliás dizer-se que o recurso a uma fórmula de repartição do rendimento tributável seria concretização de um outro princípio relevante: o da praticabilidade. Tal como sublinhou o Tribunal Constitucional no acórdão n.º 252/05⁹³, uma vez que há “situações cujo grau de diferenciação e individualização não é possível de acompanhar por razões de ordem prática, nomeadamente pelos custos insuportáveis ou inadequados” que tal implicaria, pode recorrer-se a “normas de simplificação, através das quais se proceda à tipificação, globalização ou standardização, assumindo como regra o que é típico, normal, provável”.

Curiosamente, a decisão citada respeitava a uma norma do regime dos preços de transferência⁹⁴. Em qualquer caso, porém, pode colher-se no referido acórdão alguns argumentos transponíveis para o tema de que nos ocupamos. De facto, numa ideia com a qual se pode estabelecer um paralelo em relação aos métodos formulários, o Tribunal Constitucional sublinhou que a determinação dos preços de transferência “não constitui «uma ciência exacta» (...) no sentido de permitir predefinir com exactidão «todo o conjunto de possibilidades» e vertê-lo numa fórmula conducente, ao estilo matemático, a um resultado único e inequívoco”.

tributários presuntivos parecen perder su anticuada reputación, y más desde que la realidad, en muchos casos se há vuelto demasiado complicada como para hacerla justicia a efectos tributários”.

⁹² Para citar apenas dois exemplos, e ainda seguindo a lição de Sérgio Vasques (*Manual de Direito Fiscal*, cit., pp. 257-258), o princípio da tributação pelo rendimento real cede “nos casos patológicos em que o contribuinte se recusa a colaborar com a administração na revelação dos seus rendimentos”; e pode ainda ceder “nos casos comuns em que os pequenos contribuintes optam pela aplicação do regime simplificado de tributação previsto no Código do IRS”.

⁹³ V. acórdão do Tribunal Constitucional n.º 252/05, Processo n.º 560/01, cujo relator foi o Conselheiro Benjamim Rodrigues.

⁹⁴ A questão apreciada pelo Tribunal Constitucional dizia respeito ao conceito de “relações especiais” utilizado na redacção original do artigo 57.º do CIRC (actual artigo 63.º). O Tribunal concluiu que o recurso a um tal conceito indeterminado não significava uma forma de discricionariedade incompatível com a Constituição.

Pode também dizer-se, acompanhando de novo a argumentação aduzida no acórdão, que tudo está em valorar a realidade subjacente de forma que seja “expressão efectiva de uma capacidade contributiva não ficcionada ou manipulada”.

Os métodos formulários não têm pois de significar – pelo menos, de forma constitucionalmente censurável – um regime incompatível com o princípio da tributação pelo rendimento real.

IV. Nesta medida, e tendo em conta que está em causa encontrar uma solução para o problema da erosão da base tributável e deslocação de lucros por parte das empresas multinacionais, não é excessivo considerar que se justifica a opção por parte do legislador de alocar por aproximação o rendimento dessas empresas, em vez de tentar determinar de forma precisa (mas permeável a manipulações) o modo como é gerado o seu lucro⁹⁵.

Por outro lado, no que respeita à questão da (suposta) arbitrariedade, deve notar-se, com AVI-YONAH/BENSHALOM, que os regimes formulários não são mais arbitrários do que o princípio da plena concorrência. Na verdade, talvez se pudesse dizer até que um sistema formulário é menos arbitrário do que um modelo assente neste último princípio, já que é menos permeável a manipulações por meio de transacções intragrupo⁹⁶.

16. Exclusão dos bens intangíveis da fórmula

I. Outra das críticas habitualmente elencadas a propósito do modelo formulário prende-se com a circunstância de, na concepção clássica da fórmula, não se atender aos bens intangíveis das empresas⁹⁷. Seria injusto, prossegue a crítica, não considerar, na determinação do rendimento tributável, este tipo de activos: desde logo, da perspectiva dos Estados, porquanto um segmento do património das empresas não seria tido em consideração para efeitos fiscais.

⁹⁵ Nesse sentido, v. Avi-Yonah/Benshalom, “Formulary Apportionment...”, cit., p. 380.

⁹⁶ V. Avi-Yonah/Benshalom, “Formulary Apportionment...”, cit., p. 382. Os Autores notam aliás que, se o modelo assente no princípio da plena concorrência nem sequer resiste melhor à crítica da arbitrariedade legislativa do que um sistema formulário, em rigor este até é menos consentâneo com arbitrariedade por parte dos contribuintes do que aquele. Isto é, se no regime de plena concorrência os particulares não raro recorrem a uma alocação artificial dos seus rendimentos (através de transacções intragrupo), tal risco não se coloca no caso de um modelo formulário, porquanto este se funda em factores cuja manipulação implicaria uma efectiva actividade económica (isto é: não meramente *negocial*) por parte das empresas multinacionais.

⁹⁷ Sobre esta crítica, v. Bruno Vinga Santiago, “O futuro da tributação directa...”, cit., p. 115.

II. A doutrina que depõe em favor dos regimes formulários já têm, porém, tecido comentários em jeito de resposta a este argumento. Desde logo, segundo MICHAEL KOBETSKY, haverá duas formas de lidar com bens intangíveis ao abrigo de um regime formulário: excluí-los da fórmula ou, reflectindo-os nesta, basear o seu valor no respectivo custo de criação e/ou desenvolvimento⁹⁸.

Esta segunda opção não se revela totalmente satisfatória, uma vez que não há qualquer ligação directa entre o custo da criação dos bens intangíveis e o seu valor em cada momento. Mais: muitas vezes, o valor de um bem intangível supera largamente o custo do seu desenvolvimento.

III. Uma alternativa à solução avançada por KOBETSKY poderia ser utilizar (isto é, incluir na fórmula) os registos que as empresas são obrigadas a manter do valor dos seus bens intangíveis (para efeitos de reporte financeiro⁹⁹).

De todo o modo, como se verá já de seguida, não se afigura verdadeiramente necessário incluir uma menção expressa a estes bens numa fórmula de alocação de rendimento.

IV. Com efeito, como recorda AVI-YONAH, a exclusão dos bens intangíveis da fórmula é uma solução apropriada, uma vez que o valor desses bens resulta do esforço humano e dos meios materiais empregues, bem como do próprio mercado, estando tais elementos incluídos na fórmula.

Por outro lado, sublinha o mesmo Autor, não é possível alocar territorialmente o valor dos bens intangíveis, e a sua inclusão na fórmula geraria tentativas de manipulação¹⁰⁰.

Assim, conclui, uma fórmula que não considere os bens intangíveis está, de facto, a distribuir uniformemente o seu valor pelo grupo¹⁰¹.

V. Em nossa opinião, a crítica acima descrita parte, em certa medida, da circunstância de a fórmula clássica incluir expressamente os bens tangíveis, o que, por motivos compreensíveis, cria a impressão de que os intangíveis não estão nela ponderados.

⁹⁸ Cfr. Michael Kobetsky, “The case for unitary taxation...”, cit., p. 215.

⁹⁹ V. Avi-Yonah/Benshalom, “Formulary Apportionment...”, cit., p. 386.

¹⁰⁰ V. Avi-Yonah, “Between Formulary Apportionment and the OECD Guidelines...”, cit., p. 17.

¹⁰¹ V. Avi-Yonah, “Between Formulary Apportionment and the OECD Guidelines...”, cit., p. 11.

Porém, não só os activos imateriais estão reflectidos noutros factores da fórmula – desde logo, no factor “vendas” –, como há também bons motivos para que os activos materiais tenham sido expressamente referidos.

Com efeito, se é certo que, estando os bens intangíveis incluídos nas vendas, o mesmo se poderia dizer em relação aos bens tangíveis – o que tornaria, então, redundante a sua menção expressa na fórmula –, não é menos verdade que estes bens são incluídos por um motivo autónomo: a circunstância de, ao contrário do que sucede tendencialmente com os bens intangíveis, os activos materiais sofrerem depreciações e importarem, ainda, custos de manutenção.

VI. Por todos estes motivos, não consideramos necessária a inclusão dos bens intangíveis numa fórmula de alocação formulária do rendimento das empresas multinacionais.

17. Risco de dupla tributação

I. A terceira crítica sublinha o risco de dupla tributação que um modelo formulário originaria.

A ideia é a de que, no caso de se verificar um facto tributário que tenha elementos de conexão com mais do que um Estado, não se colocará qualquer problema de dupla tributação se nos vários Estados envolvidos estiver em vigor um mesmo método formulário (*i.e.*: se ambos tiverem uma fórmula uniforme): a alocação do rendimento, por ser territorial e proporcional, não se sobreporá. Porém, quanto tal uniformidade não se verificar, o risco de dupla tributação não estará afastado.

De facto, um dos factores que potencia a dupla tributação é a existência de leis conflitantes (e, também, a inexistência de regras que resolvam tais conflitos): ou seja, a circunstância de o sistema de tributação internacional não se pautar pela harmonia e uniformidade.

Ora, apontam os críticos do regime formulário, uma vez que é provável que alguns países continuem a utilizar o princípio da plena concorrência (e que, mesmo os que países que adoptem métodos formulários poderão, ainda assim, utilizar fórmulas diferentes), a aplicação simultânea dos dois modelos poderá levar a resultados díspares.

II. Notamos, porém, que uma crítica desta natureza pode ser formulada em relação a qualquer instituto jurídico-fiscal. Resta, portanto, retorquir com o único argumento que se pode

contrapor a uma crítica desse jaez: o risco de que se fala é um motivo mais para, o quanto antes, substituir a nível global o regime de plena concorrência por um sistema uniforme de métodos formulários.

18. Carga burocrática

I. Outra crítica comumente apontada aos métodos formulários prende-se com a carga burocrática que – ultrapassada a fase de implementação – a sua aplicação prática exigiria.

No caso das empresas, essa carga traduzir-se-ia na necessidade de manter registo dos factores elencados na fórmula de alocação. No caso das autoridades tributárias, esse encargo resultaria da necessidade de calcular a fórmula com base nos dados disponibilizados pelas empresas.

II. Na verdade, porém, atendendo ao peso burocrático que o actual regime dos preços de transferência representa, impõe-se concluir que, por comparação, um modelo formulário implicaria uma carga consideravelmente menor¹⁰².

Isto porque, para as empresas, não seria preciso mais do que manter a contabilidade organizada; e, no que respeita às autoridades tributárias, porque apenas teriam de aplicar a fórmula aos dados reportados pelos contribuintes, com a vantagem de já não terem de analisar os vastos dossiers de preços de transferência.

19. Oportunidade de evasão fiscal

I. Aponta-se ainda a possibilidade de, sob um regime formulário, as empresas conseguirem deslocar lucros para jurisdições de baixa tributação¹⁰³.

¹⁰² Nesse sentido, v. Michael Kobetsky, “The case for unitary taxation...”, cit., p. 213.

¹⁰³ V. Avi-Yonah/Benshalom, “Formulary Apportionment...”, cit., p. 390. Segundo os Autores, no que respeita ao factor “massa salarial”, as multinacionais poderiam manipular a sua base tributável através da contratação de trabalhadores em Estados com baixa tributação e ainda do recurso a mão-de-obra externa em países com elevada carga fiscal; no que respeita ao factor “vendas”, através de contractos de compra e venda em paraísos fiscais.

II. Na verdade, porém, não eliminando totalmente a possibilidade de evasão fiscal, a aplicação de um método formulário em vez do princípio da plena concorrência impede a manipulação dos preços de transferência (porque os desconsidera).

Com efeito, num regime formulário, as empresas são tributadas pelo seu rendimento global, o que torna a utilização dos preços de transferência como forma de desviar lucros para zonas de baixa tributação um exercício inócuo¹⁰⁴: esses lucros continuariam a ser lucros de um negócio unitário e sujeitos a tributação¹⁰⁵.

III. É certo que, tal como salienta BRUNO VINGA SANTIAGO, os lucros poderiam ainda ser desviados através da manipulação da fórmula¹⁰⁶.

Todavia, tal só poderia ocorrer através da realocização dos factores em ponderação para jurisdições de mais baixa (ou elevada) tributação, o que exigiria o desenvolvimento de actividades reais nesses locais.

A este propósito, MICHAEL KOBETSKY utiliza como exemplo da actividade levada a cabo por um banco internacional. O banco teria de realizar uma actividade real na jurisdição de baixa tributação se pretendesse contratar empréstimos nesse local. Ora, mesmo admitindo que o banco o aceitasse fazer, será difícil acreditar que estivesse igualmente disposto a estabelecer uma operação significativa nessa jurisdição – tipicamente, um paraíso fiscal integrado num território em desenvolvimento, com parcas condições (em particular ao nível de infraestruturas) –, inclusivamente através da deslocação de meios humanos a fim de afectar também o factor “massa salarial”¹⁰⁷.

20. Necessidade de coordenação internacional

I. Porém, a principal crítica que se dirige à proposta de introdução de métodos formulários respeita à necessidade de consenso internacional que a sua implementação exigiria na prática.

¹⁰⁴ Ou mesmo contraproducente, na medida em que pode haver custos não fiscais associados à deslocalização do factor em causa. Nesse sentido, v. Avi-Yonah/Benshalom, “Formulary Apportionment...”, cit., p. 391

¹⁰⁵ Nesse sentido, v. Michael Kobetsky, “The case for unitary taxation...”, cit., p. 206.

¹⁰⁶ V. Bruno Vinga Santiago, “O futuro da tributação directa...”, cit., p. 118.

¹⁰⁷ V. Michael Kobetsky, “The case for unitary taxation...”, cit., p. 213.

Como acima se referiu, os impostos são a primordial fonte de receita dos Estados e, por isso, um importante instrumento da sua soberania. Assim, abdicar do poder de determinar a base tributável dos impostos através dos quais financiarão a prossecução dos fins públicos seria abrir mão de parte dessa soberania. Ora, a conjugação de soberanias é, consabidamente, um assunto da maior delicadeza.

Ainda assim, sempre se dirá que o sacrifício de uma parte da soberania estadual poderá ser virtuoso, na medida em que tal possa contribuir para uma maior justiça na repartição dos encargos fiscais (e, conseqüentemente, na repartição da riqueza).

II. De todo o modo, relembramos que, segundo a doutrina, mesmo para se manter o actual regime dos preços de transferência haveria necessidade de sistematização internacional¹⁰⁸.

III. Por outro lado, como refere AVI-YONAH, é até plausível que se chegue, a nível internacional, a uma definição comum da base tributável no que respeita a empresas multinacionais, uma vez que estas utilizam contabilidade uniforme para efeitos de reporte financeiro internacional. Essa base poderá ser utilizada como alicerce do cálculo do rendimento global das multinacionais (tal como o reporte país-a-país, acima descrito), ao qual se poderia aplicar uma fórmula de alocação unitária¹⁰⁹.

IV. Significa isto que, em bom rigor, implementar a nível internacional um método formulário não seria, no estado actual, tão difícil quanto os seus detractores querem fazer crer, uma vez que existem já bases sólidas sobre as quais se poderá erigir esse sistema.

É certo que a consagração generalizada, ao nível internacional, de um modelo formulário unitário puro exigirá um longo processo de negociações entre os Estados: a uniformidade que a implementação óptima deste modelo exigiria não será atingível sem antes se chegar a um acordo generalizado quanto aos seus pressupostos de aplicação.

Entretanto, porém, e como forma de transição gradual para esse estágio de uniformidade, vários passos podem ser dados¹¹⁰. Procuraremos descrevê-los de seguida.

¹⁰⁸ Nesse sentido, v. Paula Rosado Pereira, “O Novo Regime de Preços de Transferência”, em *Fiscalidade – Revista de Direito e Gestão Fiscal*, n.º 5, Janeiro 2001, pp.23-47 (47).

¹⁰⁹ Avi-Yonah, “Between Formulary Apportionment and the OECD Guidelines...”, cit., p. 13.

¹¹⁰ Nesse sentido, aliás, v. Avi-Yonah/Benshalom, “Formulary Apportionment...”, cit., p. 381 (“*the costs of any future regime should be measured against those of the current regime. Wise policymakers should aim to*”).

SECÇÃO IV

REPARTIÇÃO FORMULÁRIA SIMPLES E REGIONAL COMO SOLUÇÕES DE COMPROMISSO

21. Repartição formulária simples

I. Como acima se mencionou, os métodos formulários podem ser aplicados a determinadas fontes de rendimento das empresas multinacionais, sem ser necessário determinar o resultado consolidado do grupo. Isto é: podem ser aplicados de forma não unitária¹¹¹.

Uma solução que, apesar de não resolver os problemas do actual sistema (já que não excluiria totalmente o recurso a algumas das suas notas características), poderia ser utilizada como forma de aproximação à tributação formulária unitária pura passaria por conciliar o regime dos preços de transferência com a aplicação de métodos formulários.

II. De facto, tal como sugerem AVI-YONAH/BENSHALOM, a solução pode passar por deixar de considerar os dois regimes como alternativos entre si, optando-se antes pela criação de um sistema fiscal híbrido¹¹².

Na opinião dos Autores, os métodos formulários podem ser utilizados no âmbito do actual sistema de tributação internacional, não sendo necessária uma reforma profunda deste.

Um método formulário unitário seria, de acordo com os mesmos Autores, de muito difícil implementação a nível global, dada a profunda harmonização legal que essa implementação requereria. Pelo contrário, os métodos formulários poderão ser localmente introduzidos em áreas em que o princípio do preço de plena concorrência não seja eficaz – ou

realistically reduce rather than completely eliminate the problems and social costs associated with current MNE allocation arrangements”).

¹¹¹ Cfr. Avi-Yonah/Benshalom, “Formulary Apportionment...”cit., pp. 380 e 383; v. ainda Avi-Yonah, “Between Formulary Apportionment and the OECD Guidelines...”, cit., p. 13; v., por ultimo, Jeffrey Owens, “The Taxation of Multinational Enterprises...”, cit., p. 443.

¹¹² V. Avi-Yonah/Benshalom, “Formulary Apportionment...”, cit., p. 372 (“*part of the solution is to stop viewing the ALS and formulary arrangements as binary alternatives. Instead of sticking to acronyms, policymakers need to embark on a long journey of finding the middle path through small incremental trials and errors. Ultimately, this journey will lead to a hybrid tax regime which incorporates elements from both ALS (...) for situations in which good comparables exist and formulary arrangements for the hard-to-source residuals where there are no comparables*”).

seja, áreas onde seja difícil ou impossível encontrar comparáveis de mercado –, não exigindo nesse caso um tão avançado grau de harmonização¹¹³.

III. Assim, e no caso dos bens intangíveis, a proposta de AVI-YONAH/BENSHALOM passaria por alocar o rendimento decorrente de tais bens ao local onde estes tivessem sido produzidos e/ou onde tivessem sido utilizados¹¹⁴.

No caso de activos financeiros, os Autores sublinham que um método formulário deveria reconhecer que tais activos são da titularidade do grupo multinacional como um todo. O rendimento financeiro seria alocado entre jurisdições com base no montante relativo de activos e de actividades da multinacional que nessas jurisdições se localizassem.

Por esse motivo, uma possível solução formulária quanto aos activos financeiros passaria por desconsiderar, de todo em todo, as consequências fiscais das transacções entre empresas do grupo. O rendimento financeiro líquido tributável da multinacional resultaria apenas das transacções financeiras com partes não relacionadas. Esse rendimento seria então alocado entre as várias jurisdições através de uma fórmula que teria em conta os activos tangíveis, a massa salarial e, ainda, o montante total de vendas verificados nessas várias jurisdições.

IV. Os Autores concluem que, se o rendimento das multinacionais decorrente de transacções únicas ou dificilmente comparáveis não fosse alocado com base no princípio da plena concorrência, muitas das dificuldades colocadas pelo actual regime de preços de transferência reduzir-se-iam significativamente¹¹⁵.

22. Repartição formulária regional

Outra possível solução de compromisso passaria pela adopção de um modelo formulário regional. Isto é, e recordando, um modelo que, recorrendo internamente a uma fórmula de alocação proporcional de rendimentos, continua a necessitar, porém, do regime de preços de transferência para lidar com operações verificadas para além da sua circunscrição geográfica.

¹¹³ Cfr. Avi-Yonah/Benshalom, “Formulary Apportionment...”, cit., p. 381.

¹¹⁴ Cfr. Avi-Yonah/Benshalom, “Formulary Apportionment...”, cit., p. 385.

¹¹⁵ Cfr. Avi-Yonah/Benshalom, “Formulary Apportionment...”, cit., pp. 385-386.

Há, aliás, em diversas latitudes, vários exemplos deste modelo actualmente em vigor ou em processo de consagração. Descreveremos de seguida alguns desses casos.

23. O exemplo português - derrama municipal

I. Em Portugal, ao nível municipal, existe um tributo¹¹⁶ que recorre a um método formulário: a derrama municipal.

Trata-se de um tributo local que, embora autónomo do Imposto sobre o rendimento das Pessoas Colectivas, se encontra previsto no Código do IRC¹¹⁷ e a este vai pedir emprestada a respectiva base tributável: incide sobre o lucro tributável sujeito e não isento de IRC.

II. O que torna pertinente chamar à colação este tributo é a particularidade de, nos casos em que haja conexão económica de uma empresa com mais do que um município, a base da derrama ser determinada através de um critério de repartição proporcional dos rendimentos por esta auferidos.

Esta alocação proporcional da base tributável faz-se, à partida, tendo por referência a *“proporção entre os gastos com a massa salarial correspondente aos estabelecimentos que o sujeito passivo nele possui e a correspondente à totalidade dos seus estabelecimentos situados em território nacional”*¹¹⁸, isto é, por referência à proporção da *percentagem da massa salarial* correspondente aos estabelecimentos estáveis localizados no município, face à massa salarial global da sociedade¹¹⁹.

¹¹⁶ Utiliza-se aqui o termo tributo por não ser pacífica na doutrina a qualificação a dar à derrama. Sobre a qualificação da derrama como um imposto autónomo v. J. L. Saldanha Sanches, “A derrama...”, cit., p. 137.

¹¹⁷ Embora a sua regulação se encontre na Lei n.º 73/2013, de 3 de Setembro, que estabelece o regime financeiro das autarquias locais e das entidades intermunicipais (Lei das Finanças Locais).

¹¹⁸ Cfr. artigo 18.º, n.º 2, da Lei das Finanças Locais.

¹¹⁹ Nos casos não abrangidos pelo critério referido, considera-se gerado o rendimento no município em que se situa a sede ou a direcção efectiva do sujeito passivo. A derrama apenas será repartida se esse município não coincidir com o do estabelecimento estável. Existem ainda outros critérios, que se reportam a situações muito específicas, como a de o volume de negócios de um sujeito passivo resultar em mais de 50% da exploração de recursos naturais, motivo pelo qual se não pode prosseguir a sua análise nesta ocasião.

III. A derrama é outro exemplo de uma figura que pode ser utilizada como modelo para uma transição que, partindo de um instituto local, estenda a aplicação de métodos formulários ao nível interestadual.

24. O exemplo dos Estados federais – Estados Unidos da América e Canadá

I. Em vários Estados federais são há muito aplicados internamente métodos formulários de alocação do rendimento dos grupos de empresas que exercem actividade em mais do que um estado federado.

II. Os Estados Unidos da América (EUA), por exemplo, relativamente ao imposto estadual¹²⁰, repartem o rendimento global do grupo de empresas pelos diferentes estados “consoante a fatia que se considera caber a cada subsidiária ou sucursal a exercer actividade em cada um desses estados”¹²¹.

Essa fatia é determinada através de uma fórmula em que se pondera o peso relativo do activo, da massa salarial e das vendas da sociedade no estado em questão, face ao total do activo, da massa salarial e das vendas do grupo de sociedades nos EUA.

Já no que respeita a transacções fora do território norte-americano, é necessário recorrer ao princípio da plena concorrência.

III. Também o Canadá recorre a um modelo formulário de repartição do rendimento societário entre as suas províncias. Existe aí, contudo, uma fórmula mais simples do que a dos EUA: exclui-se os activos (essencialmente devido à dificuldade de atribuição de valor aos bens incorpóreos) e atribui-se igual peso aos factores “massa salarial” e “vendas”¹²².

¹²⁰ No que toca ao imposto federal, o regime é de contabilidade separada, sendo os preços de transacções com subsidiárias estrangeiras fixados à luz do princípio da plena concorrência. Sobre isto, v. Bruno Vinga Santiago, “O futuro da tributação directa...”, cit., p. 114.

¹²¹ Cfr. Bruno Vinga Santiago, “O futuro da tributação directa...”, cit., p. 114.

¹²² V. Bruno Vinga Santiago, “O futuro da tributação directa...”, cit., p. 115; e ainda Michael Kobestky, “The case for unitary taxation...”, cit., p. 207.

Bastante relevante é o facto de o lucro tributável ser determinado a nível federal, o que impede a atribuição prévia de benefícios fiscais atribuídos pelas províncias que introduziriam distorções significativas na alocação do rendimento¹²³.

SECÇÃO V

REPARTIÇÃO FORMULÁRIA UNITÁRIA REGIONAL COMO SOLUÇÃO DE COMPROMISSO

25. O papel a desempenhar pela UE

I. No momento de transição, a UE pode desempenhar um papel fundamental.

De facto, a integração económica e monetária tem dificultado a aplicação do princípio do preço de plena concorrência¹²⁴, uma vez que encontrar preços de mercado comparáveis aos preços de transferência entre empresas relacionadas que operam num mercado integrado pode ser impossível¹²⁵. Desde logo, porque muitas vezes pura e simplesmente não existem.

II. Por outro lado, tem-se identificado, como forma de sustentar e aprofundar a própria integração comunitária, a necessidade de definir uma base comum para a tributação das empresas que exercem a sua actividade entre as várias jurisdições da UE¹²⁶.

Nesse sentido, têm sido apresentadas propostas para implementar a tributação das empresas multinacionais sobre uma base tributável comum (e consolidada) de imposto sobre as sociedades referente ao espaço territorial da UE. Entre elas, a Tributação pelo Estado da residência (“*Home State Taxation*”)¹²⁷ e a Matéria Colectável Comum Consolidada do Imposto sobre as Sociedades (MCCCIS).

¹²³ V. Bruno Vinga Santiago, “O futuro da tributação directa...”, cit., p. 115.

¹²⁴ V. Paula Rosado Pereira, “Soluções globais para a tributação das empresas na UE”, em *Fiscalidade – Revista de Direito e Gestão Fiscal* n.º 11, Junho 2002, pp. 33-54 (39-40); e também Terra/Wattel, *European Tax Law*, cit., p. 378.

¹²⁵ Sobre isto, v. Michael Kobetsky, “The case for unitary taxation...”, cit., p. 208.

¹²⁶ Nesse sentido, v. Michael Kobetsky, “The case for unitary taxation...”, cit., p. 211.

¹²⁷ Sobre esta proposta, v. Hamaekers, “Precios de transferência...”, cit., p. 478; Bruno Vinga Santiago, “O futuro da tributação directa...”, cit., pp. 104-110; Michael Kobetsky, “The case for unitary taxation...”, cit., p. 210; e, ainda, Terra/Wattel, *European Tax Law*, cit., p. 294. No essencial, recorrer-se-ia a uma base tributável comum para tributar as operações de uma empresa realizadas no âmbito da UE, calculada de acordo com as regras de um único Estado: o Estado da sua residência. Após a definição da base tributável pelas regras do Estado da

26. Matéria Colectável Comum Consolidada do Imposto sobre as Sociedades (MCCCIS)

I. Esta proposta partiu da Comissão Europeia em 2001: consiste na determinação de uma base tributável comum à UE através de um conjunto de regras transversais aos vários Estados: a Matéria Colectável Comum Consolidada do Imposto sobre as Sociedades (MCCCIS)¹²⁸.

A proposta teve por base um objectivo não fiscal – aprofundar o nível de integração do mercado interno e permitir a sua prosperidade económica –, e um objectivo de índole fiscal – tornar o regime de tributação das empresas no seio da UE mais simples e eficiente, de forma a eliminar os obstáculos de natureza fiscal ao funcionamento do mercado interno¹²⁹.

II. Concretamente, a proposta de MCCCIS tem por objectivo estabelecer um regime de tributação comum e consolidado para as operações europeias. Assim, as empresas calculariam a sua base tributável com base num conjunto de regras fiscais comuns – o que implicaria um acordo entre todos os Estados intervenientes – e de forma consolidada, incluindo todos os lucros e prejuízos das operações europeias do seu grupo, pelo que a compensação transfronteiriça de prejuízos seria automática.

Os lucros tributáveis da empresa seriam alocados aos Estados-membros onde esta exercesse actividade, através da aplicação de uma fórmula na qual seriam tidos em conta três factores de igual peso: capital, massa salarial e vendas. Cada Estado aplicaria então, à parte que lhe coubesse, a sua taxa de imposto. Esta manutenção das taxas estaduais permitiria, tal como afirma MICHAEL KOBETSKY, a manutenção de parte da soberania fiscal de cada país¹³⁰.

residência, o lucro tributável seria alocado, através de uma fórmula, entre os Estados em que a empresa exercesse actividade, aplicando cada Estado a respectiva taxa de imposto. De todo o modo, a este regime são apontadas várias críticas, nomeadamente pelo facto de subsistirem distorções fiscais consideráveis. Sobre isto, em particular, v. Paula Rosado Pereira, “Soluções globais para a tributação das empresas na EU”, cit., pp. 48-51.

¹²⁸ V. Comissão Europeia, “Proposal for a Council Directive on a Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB)”, 2011, disponível em:

http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/taxation/company_tax/common_tax_base/common_2011_121_en.pdf.

¹²⁹ Nesse sentido, v. Terra/Wattel, *European Tax Law*, cit., p. 294.

¹³⁰ V. Michael Kobetsky, “The case for unitary taxation...”, cit., p. 208.

As novas regras seriam administradas pelo Estado-membro no qual a empresa-mãe tivesse a sua sede, pelo que o grupo de empresas apenas lidaria com a administração tributária desse Estado, ao invés de lidar, potencialmente, com 28.

Uma das maiores vantagens deste regime seria o facto de não serem necessárias reformas legais estaduais, bastando a subscrição de um novo conjunto de regras comuns¹³¹, adoptadas através de um tratado multilateral. Esta harmonização permitiria uma significativa simplificação dos mecanismos de tributação existentes e um conseqüente alívio da carga burocrática a que as empresas estão sujeitas.

III. A Comissão apresentará, em 2016, uma nova proposta de MCCCIS, cujas principais alterações passam: (i) pela obrigatoriedade (ao invés da facultatividade da anterior proposta¹³²); e (ii) pela circunstância de ter de ser repartida por várias fases de implementação - a base comum seria o primeiro passo, seguindo-se depois a sua consolidação)¹³³.

IV. Como referiu a Comissão Europeia no seu relatório de 2001 intitulado “Para um Mercado Interno sem Obstáculos Fiscais”¹³⁴, através da implementação deste regime as empresas que actuem em vários Estados da UE poderão contabilizar o rendimento global do grupo de acordo com um só conjunto de regras, bem como beneficiar da consolidação das suas contas para efeitos fiscais – eliminando, dessa forma, os potenciais efeitos fiscais dos preços de transferência¹³⁵.

¹³¹ Nesse sentido, v. Michael Kobetsky, “The case for unitary taxation...”, cit., p. 209.

¹³² A obrigatoriedade, em nossa opinião, vai no bom sentido. Com efeito, se se mantivesse a facultatividade da sujeição a este regime, ao invés de existirem apenas dois conjuntos distintos de regras (o regime formulário unitário regional – aplicável às transacções no espaço da UE – e o regime dos preços de transferência – aplicável às transacções fora da UE), as autoridades tributárias teriam de lidar com três tipos de transacções, às quais teriam de aplicar regimes distintos: (i) transacções no espaço da UE para empresas que optassem por este regime; (ii) transacções no espaço da UE para as que não optassem por este regime; e (iii) transacções fora do espaço da UE. Para além disso, a facultatividade diminuiria, potencialmente, as receitas fiscais, uma vez que permitiria que as empresas optassem pelo regime que lhes propiciasse uma maior poupança fiscal.

¹³³ Nesse sentido, Terra/Wattel, *European Tax Law*, cit., p. 296.

¹³⁴ Disponível em <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2001/PT/1-2001-582-PT-F1-1.Pdf>. Sobre este relatório, v. ainda Michael Kobetsky, “The case for unitary taxation...” cit., pp. 208-209.

¹³⁵ Michael Kobetsky (“The case for unitary taxation...”, cit., p. 210), citando os trabalhos da Comissão Europeia, refere que “*the European Commission noted that both the MCCCIS and HST options would overcome the current transfer pricing problems in the EU resulting from applying the ALP to integrated enterprises. The*

Para além disso, e em geral, um regime desta natureza contribuiria para a simplicidade e transparência do sistema de tributação das empresas europeias e colmataria as diferenças entre os sistemas nacionais, que dão espaço para a elisão e o abuso fiscais.

Assistir-se-ia, por conseguinte, ao recrudescimento da competitividade da UE como um todo, assim se concretizando o pleno potencial do mercado único.

V. O MCCCIS, a ser consagrado, representará um conjunto único de regras, assentes numa alocação formulária uniforme dos rendimentos do grupo de empresas – sendo estas consideradas como uma única entidade para efeitos fiscais. Porém, tudo ocorreria num espaço territorial circunscrito (UE), a partir de cujas fronteiras as operações eventualmente realizadas seriam sujeitas ao regime de preços de transferência.

Nessa medida, representaria ainda apenas um primeiro passo no sentido de estender a cada vez mais latitudes a tributação formulária.

European Commission observed: “Transfer pricing issues arising from separate accounting should be eliminated or practically disappear for transactions between connected parties participating in any of the comprehensive approaches where tax consolidation is available since they assume the use of a formula for apportioning income between MS. The current complexities of interpretation and application of the OECD Guidelines on Transfer Pricing as explained above would therefore cease to exist for activities within the EU”.

No mesmo sentido, v. Hamaekers, “Precios de transferencia...”, cit., p. 478.

CONCLUSÃO

I. Ao longo do presente texto, procurámos traçar o actual panorama de tributação internacional das empresas multinacionais.

Descrevemos os principais desafios fiscais que a estrutura da actividade destas empresas levanta, bem como aquela que tem sido a resposta dos Estados a tal realidade. Identificámos, então, como principal dificuldade a determinação geográfica da fonte do seu rendimento.

II. A propósito da solução adoptada para fazer face a este problema, tivemos ocasião de descrever o regime dos preços de transferência, assente no princípio da plena concorrência.

Nessa altura, elencámos as principais críticas que a esse regime são apontadas. Destacámos, aí, a questão da artificialidade que lhe está subjacente, bem como a elevada carga burocrática que impõe e ainda o seu carácter crescentemente anti-sistemático.

Concluimos ser necessária uma reforma da tributação directa das empresas multinacionais.

III. Com esse enquadramento, introduzimos o conceito de tributação formulária, descrevendo as suas notas características, bem como as modalidades que pode assumir: repartição formulária simples, regional, unitária regional e unitária pura.

Adiantámos ainda que, em nossa opinião, o modelo ideal seria o de repartição formulária unitária pura. Através de um sistema desta natureza garantir-se-ia uma tributação ao mesmo tempo mais simples e verdadeiramente territorial. Contribuir-se-ia, assim, para uma justa repartição dos encargos fiscais e, conseqüentemente, para uma justa redistribuição da riqueza.

IV. Descrevemos, de seguida, as principais críticas que são tecidas a propósito dos modelos formulários: a sua pretensa arbitrariedade e presuntividade, a circunstância de não referirem expressamente os bens intangíveis, o risco de dupla tributação que importam, a carga burocrática que a sua implementação significaria, o facto de possibilitarem a evasão fiscal e, sobretudo, o elevado grau de cooperação internacional que a sua consagração exigiria. Procurámos, ponto por ponto, apresentar os motivos pelos quais nenhuma das críticas é decisiva.

V. Apesar disso, cremos ter pesado devidamente na nossa proposta as razões aduzidas pelos seus detractores. Em particular, reconhecemos que a melhor forma de atingir um modelo formulário unitário puro seria um processo gradual de aprofundamento da técnica formulária.

VI. Assim, indicámos como soluções de compromisso a consagração de um modelo formulário simples ou, em alternativa, de um modelo formulário regional.

No primeiro cenário, conciliar-se-ia o regime dos preços de transferência com a aplicação de métodos formulários, em áreas nas quais o princípio da plena concorrência não seja eficaz, por força da dificuldade de encontrar comparáveis de mercado.

No segundo modelo, recorrer-se-ia a uma fórmula de alocação proporcional dos rendimentos auferidos numa determinada circunscrição, mas, às operações realizadas fora desta, aplicar-se-ia o princípio da plena concorrência. Identificámos na derrama municipal portuguesa e na tributação nos Estados federados norte-americanos e nas províncias canadianas exemplos de regimes com esta configuração.

VII. Porém, concluímos que, de entre as soluções transitórias, seria preferível a adopção de modelos unitários regionais, chamando a atenção para o exemplo que pode representar a implementação da MCCCIS no seio da UE.

Com base neste regime, o lucro tributável de cada grupo de empresas seria calculado através de um conjunto de regras fiscais comuns e de forma consolidada, sendo depois alocado entre os Estados onde cada empresa exercesse actividade por meio de uma fórmula de repartição proporcional baseada nos factores capital, massa salarial e vendas.

Haveria, pois, um conjunto único de regras que trataria os grupos de empresas como entidades unidas para efeitos fiscais, alocando os respectivos rendimentos através de uma fórmula uniforme. Porém, isto sucederia apenas no espaço da UE, sendo necessário recorrer à plena concorrência para lidar com operações exteriores a essa circunscrição.

Não seria ainda o modelo ideal, uma vez que não se poderia abdicar totalmente do princípio de plena concorrência no sistema de tributação internacional. Porém, uma solução desta natureza permitiria uma primeira aproximação à tributação formulária unitária, com a vantagem de tal suceder no seio de um bloco regional influente.

ÍNDICE BIBLIOGRÁFICO

BIBLIOGRAFIA GERAL

ANTUNES, José Engrácia, “A tributação dos grupos de sociedades”, em *Fiscalidade – Revista de Direito e Gestão Fiscal* n.º 45, Janeiro-Março 2011

AVI-YONAH, Reuven S.; BENSALOM, Ilan – “Formulary Apportionment – Myths and Prospects: Promoting Better International Tax Policies by Utilizing the Misunderstood and Under-Theorized Formulary Alternative”, em *World Tax Journal*, Outubro 2011

BRITTINGHAM, Mathew; BUTLER, Michael – “OECD Report on Base Erosion and Profit Shifting: Search for a New Paradigm or Is the Proposed Tax Order a Distant Galaxy Many Light Years Away?”, em *International Transfer Pricing Journal*, Julho-Agosto 2013

CALDAS, Marta – *O conceito de planeamento fiscal agressivo: novos limites ao planeamento fiscal?*, Almedina, Coimbra, 2015

FUEST, Clemens; SPENGLER, Christoph; FINKE, Katharina; HECKEMEYER, Jost H.; NUSSER, Hannah – “Profit Shifting and “Aggressive” Tax Planning by Multinational Firms: Issues and Options for Reform”, em *World Tax Journal*, Outubro 2013

HAMAEEKERS, Hubert M. A. – “Precios de transferencia. Historia, evolución y perspectivas” (tradução espanhola) em *Fiscalidad internacional*, Fernando Serrano Antón (dir.), 2ª edição, Madrid, 2005

KOBETSKY, Michael – “The case for unitary taxation of international enterprises”, em *Bulletin for International Taxation*, Maio 2008

LAW, Shee Boon – “Base Erosion and Profit Shifting – An Action Plan for Developing Countries”, em *Bulletin for International Taxation*, Janeiro 2014

LOWELL, Cym; HERRINGTON; Matthew – “BEPS: Current Reality and Planning in Anticipation”, em *International Transfer Pricing Journal*, Março-Abril 2014

LOWELL, Cym H.; WELLS, Bret – “Tax Base Defence: History and Reality”, em *International Transfer Pricing Journal*, Março-Abril 2013

MARTINS, António – “Uma nota sobre a relevância (não fiscal) dos preços de transferência”, em *Fiscalidade – Revista de Direito e Gestão* n.º 29, Janeiro-Março 2007

MORAIS, Rui Duarte – *Apontamentos ao Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas*, Almedina, Coimbra, 2009 (reimpressão)

MUSSELLI, Andrea; MUSSELLI, Alberto – “Saving Arm’s Length Pricing: From Economists’ Myths of Tax Avoidance by Taxpayers, to the Reality of Uncertain Application of Rules”, em *International Transfer Pricing Journal*, Novembro-Dezembro 2012

NABAIS, José Casalta – *Introdução ao Direito Fiscal das Empresas*, Almedina, Coimbra, 2015

OWENS, Jeffrey – “The Taxation of Multinational Enterprises, An Elusive Balance”, *Bulletin for International Taxation*, Agosto 2013

PALMA, Clotilde Celorico; MARTINS, Guilherme Waldemar d’Oliveira – “A introdução dos acordos prévios sobre preços de transferência na legislação fiscal portuguesa: nota preliminar”, em *Fiscalidade – Revista de Direito e Gestão Fiscal* n.º 36, Outubro-Dezembro 2008

PALMA, Clotilde Celorico – “A OCDE e o Combate às Práticas da Concorrência Fiscal Prejudicial”, em *Fiscalidade – Revista de Direito e Gestão Fiscal* n.º 16, Outubro 2013

PEREIRA, Paula Rosado – “O Novo Regime de Preços de Transferência”, em *Fiscalidade – Revista de Direito e Gestão Fiscal* n.º 5, Janeiro 2001

PEREIRA, Paula Rosado – “Soluções globais para a tributação das empresas na UE”, em *Fiscalidade – Revista de Direito e Gestão Fiscal* n.º 11, Junho 2002

PEREIRA, Paula Rosado – *A tributação das sociedades no seio da União Europeia: Entraves fiscais ao mercado interno e estratégias de actuação comunitária*, Almedina, Coimbra, 2004

SANCHES, J. L. Saldanha – “A derrama, os recursos naturais e o problema da distribuição de receita entre os municípios”, em *Fiscalidade – Revista de Direito e Gestão* n.º 38, Abril-Junho 2009

SANTIAGO, Bruno Vinga – “O futuro da tributação directa dos grupos de sociedades na União Europeia”, em *Fiscalidade – Revista de Direito e Gestão Fiscal* n.º 16, Outubro 2013

TERRA, Ben J. M.; WATTEL, Peter J. – *European Tax Law*, 6ª edição, Kluwer Law International

VASQUES, Sérgio – *Manual de Direito Fiscal*, Almedina, Coimbra, 2014 (4ª reimpressão)

XAVIER, Alberto – *Direito Tributário Internacional*, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2011 (2ª reimpressão)

OUTROS

BERGIN, Christopher – “Corporate Tax: Is It All About Patriotism And Morality?”, artigo de opinião publicado na revista Forbes on-line a 17 de Julho de 2014

CHRISTIAN AID, (org.) – “Tax for the common good: A study of tax and morality”, Outubro de 2014, disponível em <http://www.christianaid.org.uk/images/Tax-Morality-Report-J2951.pdf>.

MATOS, Patrícia – “Preços de Transferência: uma ferramenta de gestão”, artigo de opinião publicado no jornal Expresso on-line a 21 de Abril de 2015, disponível em <http://expresso.sapo.pt/economia/2015-04-21-Precos-de-Transferencia-uma-ferramenta-de-gestao-1>.

ÍNDICE GERAL

INTRODUÇÃO	p. 1
-------------------------	------

CAPÍTULO I

TRIBUTAÇÃO DIRECTA DAS EMPRESAS MULTINACIONAIS

SECÇÃO I

AS EMPRESAS MULTINACIONAIS

1. Surgimento e afirmação das empresas multinacionais	p. 2
2. Dificuldade de identificar e tributar os rendimentos das multinacionais; necessidade de reforma	p. 3

SECÇÃO II

O REGIME DOS PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA

3. Os preços de transferência e o princípio da plena concorrência	p. 6
4. Consagração convencional e legal	p. 8
5. Críticas ao princípio da plena concorrência	p. 9

CAPÍTULO II

TRIBUTAÇÃO FORMULÁRIA COMO ALTERNATIVA AO PRINCÍPIO DA PLENA CONCORRÊNCIA

SECÇÃO I

CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

6. Traços gerais da tributação formulária	p. 15
7. A distinção entre simples repartição formulária e repartição formulária unitária	p. 16
8. Modalidades de repartição formulária	p. 19
9. Repartição formulária unitária pura como modelo desejável	p. 20

SECÇÃO II

CONSIDERAÇÕES PRÁTICAS

10. Pressupostos de implementação	p. 21
11. Definição de negócio unitário	p. 21
12. Jurisdição competente	p. 22
13. Regras para a definição de uma base tributável comum: regras contabilísticas e reporte país-a-país	p. 22
14. A fórmula	p. 25

SECÇÃO III

CRÍTICAS AOS MÉTODOS FORMULÁRIOS

15. Carácter presuntivo e arbitrariedade	p. 27
16. Exclusão dos bens intangíveis da fórmula	p. 29
17. Risco de dupla tributação	p. 31
18. Carga burocrática	p. 32
19. Oportunidade de evasão fiscal	p. 32
20. Necessidade de coordenação internacional	p. 33

SECÇÃO IV

REPARTIÇÃO FORMULÁRIA SIMPLES E REGIONAL COMO SOLUÇÕES DE COMPROMISSO

21. Repartição formulária simples	p. 35
22. Repartição formulária regional	p. 36
23. O exemplo português - derrama municipal	p. 37
24. O exemplo dos Estados federais – Estados Unidos da América e Canadá	p. 38

SECÇÃO V

REPARTIÇÃO FORMULÁRIA UNITÁRIA REGIONAL COMO SOLUÇÃO DE COMPROMISSO

25. O papel a desempenhar pela UE	p. 39
---	-------

26. Matéria Colectável Comum Consolidada do Imposto sobre as Sociedades (MCCCIS)	p. 40
CONCLUSÃO	p. 43
ÍNDICE BIBLIOGRÁFICO	p. 45
ÍNDICE GERAL	p. 48