

“PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA - ESTRUTURA DO PROBLEMA E SUAS CONSEQUÊNCIAS PARA OS MÉTODOS DE DETERMINAÇÃO”

João Carlos Relvão Caetano

I PARTE

1. Formulação do problema

1.1 Noção de preço de transferência

Chama-se preço de transferência (em inglês, *transfer pricing*) ao montante convencionado e efectivamente pago por uma empresa a outra empresa, por transacções ou outro tipo de operações, sendo que essas empresas se encontram unidas por relações especiais em termos de Direito societário. E, por razões de maximização do interesse do grupo, tais preços podem ser diferentes dos que seriam praticados se tais empresas fossem economicamente independentes (e sendo pressuposto a sua independência jurídica). O preço de transferência reporta-se a uma *transacção* com um objecto *específico* (coisa que se vende ou loca, tecnologia que se transfere, conhecimento ou direito incorpóreo cujo direito de exploração se transmite, serviço que se presta, etc.) mas *pode* ser (não o devendo ser) *independente* dela^{1 2}.

Através desta prática, os contribuintes não estão, nem *directa* nem *necessariamente*, a não cumprir as suas obrigações para com o fisco - sendo pois uma prática distinta da fraude à lei^{3 4} (casos, *v.g.*, em que prestam falsas declarações fiscais, ou em que há deliberado incumprimento). Pelo contrário, procura-se com tal tipo de actuação prosseguir eficientemente os objectivos de maximização do lucro, o que se compreende pela definição dos âmbitos material e organizacional do tipo de empresas mais comumente envolvidas.

Onde penso ser defensável referir estes âmbitos à empresa. Mas, para uma análise completa, importa assinalar um terceiro tipo de âmbito, o âmbito fiscal, o qual inclui três

sub-âmbitos: âmbitos funcional, organizacional e material, embora estes dois últimos se não confundam com os âmbitos material e organizacional da empresa, e sendo que o âmbito fiscal material, se penso bem, é o seu fundamento jurídico, pois é o fundamento jurídico da liberdade económica⁵.

E, segundo penso também, esta definição compreende os vários elementos do problema (verdadeiramente, trata-se de dois problemas acoplados), o qual procurarei concretizar nas páginas seguintes.

*

Quando digo que os preços "podem", utilizo um verbo aberto, um verbo transitivo: cumpre ver o que está a montante e o que está a jusante dos preços de transferência, sendo que entre uma e outra coisa está o problema. É a questão jurídico-económica que procuro compreender recorrendo à definição dos âmbitos:

a. Interesse dos privados: âmbitos material e organizacional da empresa em uma economia de mercado. É definido pelo modo como se dá o seu *acesso* à actividade económica. E, como, depois, *certo tipo de empresas* (basicamente empresas multinacionais, ou, de qualquer modo, com ligações internacionais) - acedendo à economia sob formas jurídicas *explícita e, em geral, taxativamente* definidas pelo Direito - *exercem* a actividade económica: *pressupõem* o direito mais do que o Direito, *i.e.*, pressupõem-no como um *dado* alheio aos "motivos políticos" que o fizeram nascer. A lógica da maximização do lucro torna-se *independente* (e deverá ser porventura tão-só autónoma...) das razões políticas que *necessariamente* lhe subjazem. E, a partir daqui, depois de serem um instrumento político (a lei), as *organizações típicas* de uma economia de mercado são um instrumento da maximização do lucro dos privados. O "metro" com que se há-de medir a justeza das suas actuações concretas, continua, embora a outro nível (âmbito público material), a ser constituído por critérios de controlo político: as intenções e os objectivos dos legisladores nacionais, que tendem crescentemente a ser positivados de forma tecnicamente mais eficaz - como *letra de lei*, e, hoje, de forma intensa de consequências -, tendem também a delimitar, de forma negativa, através da estrutura legal, a *normalidade* dos comportamentos empresariais na economia liberal - como outro pólo da *tipicidade* das formas de organização jurídica da empresa, e ambas como efeito da necessidade pública de receitas.

b. Interesse público (financeiro): âmbitos funcional e organizacional da actuação dos Estados nacionais e de espaços mais amplos de liberdade económica internacional, ou mesmo de integração económica internacional avançada (e dou especial importância ao caso europeu, *i.e.*, à União Europeia).

c. Interesse geral: âmbito público material

Se, pela análise do primeiro grupo de 'âmbitos', procuro compreender o sentido e o conteúdo de que sejam "relações especiais" (as empresas *podem* praticar preços de

transferência), pela análise das segunda e terceira famílias de âmbitos, procuro estudar como tal possibilidade inicial pode necessitar de ser corrigida em dois momentos posteriores, através de concretos instrumentos. Ou de como, uma eventual correcção no segundo momento há-de ser mais finamente aferida (confirmada ou rejeitada) num terceiro momento, o qual, em certo sentido, se afigura como decisivo.

Sem que percam a sua natureza lícita⁶, tais preços serão porventura diferentes do que se esperaria (o Fisco esperaria) que fossem; e, nesse grau de diferença, importa sejam corrigidos segundo métodos que definam, por recurso a alguns indicadores económicos (das próprias empresas envolvidas ou da vida económica geral), *preços virtuais*, ou seja, aqueles que *teriam sido praticados (seriam praticados)* se tais empresas fossem independentes economicamente. Ora, pretendo mostrar que essa não independência económica resulta *paradoxalmente* da sua independência jurídica e das formas como essa independência jurídica se tornou historicamente possível. A qual se revela em dois estratos, e em que ambos são estratos do problema da *transferência indirecta de lucros* - ou outro nome dado, de modo aliás mais preciso, porquanto atende já à sua *função* na economia (porventura, a sua *função anti-social*, tal como tem sido renovadamente definida pelo Direito). Ou seja, julgo poder pensar bem - o que tentarei mostrar no desenvolvimento de um exemplo inicial - quando digo que os preços de transferência (e o significado que hoje em dia têm junto da fiscalidade internacional, quase como seu primeiro problema, revela isso mesmo)⁷ pressupõem, de *modo necessário*, a possibilidade de *transferências directas de lucros*, e são tanto mais usuais quanto estas não se realizam (*v.g.*, a não distribuição de dividendos por certo tipo de sociedades).

E por que é que não se realizam? Porventura, porque os Estados, tendo determinados objectivos económicos, *v.g.* necessitando de elevados montantes de capitais, incentivaram e incentivam, à escala internacional, fluxos de capitais que lhes sejam favoráveis. De que modos? Através de construções várias, definidas com precisão nos seus Direitos internos, criando espaços (relativa e sectorialmente) mais favoráveis para a deposição de capitais. Alargando o argumento: *espaços de tributação privilegiada*, ou porque esta não existe (para quem é não residente, e em certas condições) ou porque existe com baixo peso. E, depois, por "motivos políticos" diferentes, assinaram-se convenções que, também em certas condições, protegem os investidores da dupla tributação *internacional*, mesmo se já beneficiavam das vantagens "normais" - sancionadas pelo Direito, mesmo em espaços de integração como é o caso da União Europeia - de residirem e actuarem de *forma juridicamente independente* nesses oásis.

Saber se existem ou se não existem "motivos empresariais reais" que *justifiquem*, em cada caso concreto, certo tipo de transferências convencionadas não é um problema juridicamente linear. Aliás, a pergunta, como se configura nos preços de transferência, parece-me ser estranha ao direito dos contratos. Por exemplo, quando a sociedade X, sediada em Portugal, *celebra um contrato* com a sociedade Y (instrumento de direito privado para a prossecução de dois ou mais *interesses jurídicos privados*; ou seja: como se concluirá, o

problema surge quando há *interesse económico na forma jurídica*) que se encontra localizada no Luxemburgo (e refugiada economicamente, mas sempre a coberto de um elemento de ligação ou de conexão ao território e ao fisco luxemburgueses, que é juridicamente relevante), estes *factos*, do ponto de vista fiscal, exigem não se pergunte apenas pela causa junto dos privados, pois a estipulação do preço, se resulta da livre determinação das partes, é feita de forma juridicamente relevante.

O que é que eu penso? Que não é por acaso que entidades que controlam outras entidades (isolada ou conjuntamente), mas que se encontram *separadas* pelo *facto jurídico* de estarem debaixo de regras jurídico-fiscais de distintos ordenamentos⁸ queiram transformar isso em *facto económico favorável* (pagar menos impostos), e, através de tais contratos e/outras operações de Direito privado fixem (localizem) o *facto* gerador de imposto noutro ordenamento de maneira *indirecta*, através dos preços que se praticam em concretas transacções. E, sem que haja qualquer *expatriação fiscal* das próprias sociedades envolvidas, transferem-se lucros que foram gerados em determinada jurisdição fiscal, mas que se pretende ver tributados ao abrigo da outra mais favorável.

É que as empresas (e também particulares) com interesses comuns, no *quantum* em que sejam internacionais⁹, sempre *poderão escolher* de forma indirecta, e em princípio lícita, o ordenamento mais favorável. E, o *quantum* em jogo, nada o pode fazer iludir, é dado pela existência de ordenamentos jurídicos mais favoráveis, e faz-se, num primeiro momento (*primeiro estrato*) pelo *acesso* lícito a esse mesmo ordenamento. E não deixa de ser estranho que seja por uma limitação do Direito dos contratos (e não do Direito das sociedades, pelo menos directamente), através de expedientes, como *v.g.* o abuso de Direito e a fraude à lei, nascidos no Direito Privado, que se procura solucionar o problema, criando por exemplo ficções legais no Direito das sociedades, desconsiderando a personalidade jurídica tributária de uma subsidiária operando em zona de tributação privilegiada, que, por ser juridicamente distinta, pode, em princípio, não distribuir lucros, mas em que se entra em consideração com os lucros para definir a base tributável de entidades nacionais, desconsiderando também a sua personalidade (e, aqui, com consequências práticas), apenas porque estas as controlam, ou, de algum modo e menos ainda, em sistemas mais flexíveis (como o francês e o belga), porque há uma "comunidade de interesses de carácter duradouro"¹⁰.

Actua-se *publicamente* junto do primeiro estrato para resolver problemas do segundo, por razões financeiras dos Estados. Ou seja, *razões funcionais* que exigem todo um esforço concertado para melhorar as *estruturas organizacionais das instâncias de controlo e recolha fiscal* (*v.g.*, com procedimentos facultativos e obrigatórios de prestação de informações entre Administrações fiscais, de cooperação, de eliminação de conflitos quanto às correcções devidas, e pela criação de instâncias internacionais no seio da União Europeia que dão pareceres que, em certas condições de impasse nas negociações entre as Administrações fiscais, se tornam decisões com força vinculativa para os Estados, etc.), e, para isso, entrando-se e redefinindo-se o interesse geral (o *âmbito público material*) que,

num primeiro momento, dá força jurídica à própria liberdade económica querida pela colectividade; e como que o contrato social se torna menos liberal e mais *controlador* dos comportamentos dos privados, adscrevendo-os, em nome de uma função redistributiva, ao correcto desempenho do que seja a sua *função social*, à semelhança com o que se passa no Direito Privado, em sistemas com preocupações sociais.

Todavia, *empresas que fossem*, e não *empresas que deveriam ser independentes* à luz do direito que preenche aquilo a que chamo o âmbito público material - o terceiro de tais níveis, que são de algum modo horizontais e não verticais: não está em questão o poder punitivo ou dirigista do Estado, antes uma actividade de *coordenação pública*, por razões de interesse público, da liberdade económica dos privados; o qual é assim o fundamento por que procurarei concretizar os critérios de resolução do problema.

Melhor: se a resolução do problema pressupõe eficácia, e há-de ser resolvido por uma concreta definição do âmbito público organizacional, pressupõe também eficiência económica, a qual os poderes públicos procuram salvaguardar. É que pode haver uma concreta diferença que justifique a correcção ou que justifique a não correcção dos preços realmente praticados. E o critério prevalecente é substancial: precisamente porque as empresas em questão não são económica e concretamente independentes, pode ser caso de exigir que preços diferentes revelados pelos indicadores a que se recorra - a um nível mais geral e abstracto - não sejam *suficientes*, conquanto que *necessários*, para detectar qualquer irregularidade. Quer dizer: a unidade económica é o critério qualitativo de aferição: a *medida* da diferença¹¹. Mas em que os indicadores são de natureza *quantitativa*; são preços: que não se ser justos enquanto não sejam anti-jurídicos. Daí que, saber o que são preços ilícitos dependa da *concepção legal* - e os critérios penso encontrá-los, de forma mais relevante, em disposições e projectos que, num primeiro momento, através de *presunções formais de fraude à lei* (em geral relativas, logo ilidíveis, mas também algumas absolutas), alargando este conceito, ou por *inversão do ónus da prova*, ou criando uma espécie de *responsabilidade fiscal "objectiva"*, penalizam o *risco* de se deter participações, ou de se controlarem entidades que se localizam em territórios de tributação privilegiada. E haverá *abuso de Direito*, salvo se se provar - a Administração fiscal, ou mesmo o contribuinte - a existência de *razões substantivas* que justifiquem tais comportamentos concretos.

Pelo que a questão dos métodos há-de ser, sem dúvida, de "como medir", mas, sobretudo, há-de ser uma questão de "medida": sendo, por isso, segundo creio, que tão intimamente ligado a este problema se encontra outro. Refiro-me à problemática da dupla tributação económica internacional¹², a qual, em breves palavras, significa fazer incidir impostos, por mais do que uma vez, sobre a mesma matéria colectável¹³. Problema que os Estados pretendem contrariar, com o mesmo afã com que visam impedir *certos* preços de transferência, porque reconhecem que, subjacente ao fenómeno da mais correcta distribuição de fundos pelos Tesouros nacionais (questão de equidade fiscal internacional), está o fenómeno que torna essa distribuição possível, e que, tanto quanto é necessário, faz as empresas quererem ter no poder público um 'aliado neutral': porque cobra impostos directos

sobre lucros, dividendos, *royalties*, etc., que, à luz de uma certa matriz ou padrão de como actuar, segundo uma certa lógica, *efectivamente* se produziram ou distribuíram.

1.2 Fundamentos práticos do problema

Dou um exemplo que paralelamente penso poder fornecer um critério prático para a problemática em questão - a questão da "medida". Onde se verifica que as "regras do jogo" estão a mudar. As sociedades de *off-shore* são legalmente admissíveis - reconhecidas, por exemplo, no Direito da União Europeia. Como excepções aos critérios de concorrência, em nome de objectivos de desenvolvimento regional, existem no quadro de países com tributação normal, e podem citar-se os *centros de coordenação*, na Bélgica, o *Centro Internacional de Serviços Financeiros* de Dublin, o *Centro Financeiro Internacional* de Trieste, na Itália, a *Zona Franca* da Ilha da Madeira¹⁴.

Recentemente, um importante diploma¹⁵ veio, entre nós, alterar a sua *fronteira organizacional* - através de medidas específicas, contra lucros empresariais "anormal e indevidamente elevados". Como característica comum, prevê-se para estas zonas a não incidência de imposto sobre o rendimento de entidades cujo capital seja detido por não residentes e que, de modo exclusivo, exerçam a sua actividade fora dessa jurisdição¹⁶. Em nome do combate à evasão e fraude fiscais, as autoridades portuguesas restringem as possibilidades de poupança fiscal. Preocupação essa que não é nova no panorama internacional. O Professor ALBERTO XAVIER, no seu *Direito Tributário Internacional*, relata o longo historial de medidas que, oficialmente, são chamadas de anti-abuso¹⁷.

O D.L. n° 37/95 teve dois objectivos:

1. Tributar lucros gerados no exterior (eliminando, assim, certo tipo de benefícios conseguidos ao abrigo dos paraísos fiscais - no caso, zonas de tributação inferior a 20%). Para esse objectivo, criaram-se *regras de participação indirecta*, de forma a que o investidor português *não abuse da forma jurídica*, criando *u.g.* dez sociedades, disseminando o controlo, e, aproveitando o 'buraco' da lei, se opere a fuga (art. 57-B, n° 1)¹⁸;
2. Controlar a dedução, para efeitos fiscais, de custos facturados (e transmitidos por *irreais* preços de transferência, como por exemplo o pagamento de serviços fictícios) por empresas em zonas de baixa tributação;

Utilizou algumas *técnicas*:

3. As regras da participação indirecta (art. 57-B, n° 1);
4. Contra a sub e a sobrefacturação (face visível, e susceptível de sindicância, dos preços das concretas transferências), definiu-se o pagamento de serviços, comissões, *royalties* e taxas a empresas com domicílio em oásis (art. 57-A, n° 1);
5. Inversão do ónus da prova (art. 57-A, n° 1).

Aumento das exigências de natureza administrativo-contabilística:

6. Obrigatoriedade de apresentação, por parte do sócio português residente em Portugal, de cópia das contas da sociedade *off-shore*, no que se refira aos valores pagos, a qual necessita de ser aprovada pelos órgãos sociais competentes da entidade não residente (art. 57-B, n.º 7).

II PARTE

1. A empresa

1.1 *Âmbito privado material*

Como disse, as empresas pressupõem o *direito*, e não o *Direito*.

Os preceitos jurídicos são úteis na medida em que favoreçam a função empresarial e o seu objectivo de maximização do lucro.

Num espaço como o da União Europeia, e das economias de mercado em geral, são importantes as estruturas jurídicas que garantem a liberdade de circulação dos factores produtivos. As *four freedoms* do Tratado de Roma, paradigmaticamente.

Dou um exemplo: o art. 52 do Tratado de Roma, que vem da redacção originária, prevê e define o Direito (*comunitário*) de livre estabelecimento, o qual passa pela eliminação das “restrições à constituição de agências, sucursais ou filiais pelos nacionais de um Estado-membro estabelecidos no território de outro Estado-membro” (§ 1).

Normativos importantes são também os capítulos III (Os serviços) e IV (Liberdade de circulação de capitais: “na medida em que tal for necessário ao bom funcionamento do Mercado Comum”, e proibição de “discriminações de tratamento em razão da nacionalidade ou da residência das partes ou do lugar do investimento” (art. 67, n.º 1)).

Ainda muito importantes são as regras comuns em matéria de concorrência, regras fiscais comuns, e o objectivo de aproximação ou mesmo de uniformização de legislações - arts. 85 a 102 (Título V) do Tratado de Roma.

São as empresas que, de forma relevante, acedem e exercem a actividade económica na economia internacional. Através de *transacções*, que têm um *objecto* material ou imaterial, as empresas actuam com uma certa *intenção*.

1.1.1 Objecto(s) dos preços de transferência

O objecto em si mesmo, enquanto objecto *económico*, pressupõe um preço correspondente.

* Pagamento de mercadorias e serviços;

* Pagamento de juros de empréstimos;

- * *Pagamento pela utilização ou aquisição de bens ou direitos incorpóreos*: direitos de propriedade industrial - *v.g.*, patentes, *know-how*, marcas registadas, marcas de serviço, modelos e *designs*; direitos de autor; transferências de tecnologia;
- * *Pagamento de encargos gerais indivisíveis*: despesas *comuns* de pesquisa e desenvolvimento, publicidade, administração.

A transferência indirecta de lucros *pressupõe* três elementos, na definição de PHILIPPE JANS¹⁹. Um deles é que *exista* uma operação económica, *i.e.*, no sentido em que há-de ter uma concreta *utilidade* (um valor de troca ou de mercado).

1.1.2 Intenção com que se faz a transferência

Todo o preço *pressupõe* um objecto, logo *pressupõe* uma intenção. Resta saber se existe, *v.g.*, intenção de vender e de vender pelo melhor preço possível, ou se não existe essa intenção direccionada e vinculada *materialmente* ao objecto que no caso se vende (*nexo psicológico* que faz do objecto transaccionado ou a fonte, ou um mero pretexto do lucro).

Se não existe intenção de vender, é outro então o problema (*v.g.*, de simulação, ou qualquer outro vício na formação ou na formulação da vontade, e é um problema do direito dos contratos).

Se existe intenção de vender, resta saber qual é o melhor preço *possível* - e, aqui, *ao lado* da transacção na sua individualidade, conta a empresa, enquanto *realidade económica* que está antes ou para além (mesmo em sua *desconsideração necessária* ditada por razões de maior concorrência no mercado), da forma jurídica *distinta* das sociedades em que se aglutina a sua actividade global. Não se trata daquele reduto infrangível de vantagens que, por causa da confiança depositada no direito, se pode extrair de uma forma jurídica mais favorável; diferentemente, descreve um critério - individual, mas que em outra sede há-de ser de interpretação - de *oportunidade material* - o lucro em si mesmo, sendo que o lucro funda-se numa ética de expansão de fluxos reais de bens e serviços. É o nome de *alguma coisa*, não é um nome em si. Quais são as motivações ou razões por que o preço é X e não é Y? Será legítimo que uma sociedade-mãe transfira certo *know-how*, ou certa tecnologia por preço mais baixo do que o do mercado, *só* para incentivar e apoiar em termos concorrenciais uma filial que começa as suas actividades? E se inclusivamente forem conhecimentos que foram desenvolvidos no seio do próprio grupo? E se se tratar de preços mais elevados? Haverá alguma razão económica que sobreleve o simples intuito fiscal?

Nesta sede, importa aquilo a que Maria Teresa Veiga de Faria²⁰ chama os *factores internos e externos de actuação da empresa no mercado*.

V.g.:

- Motivações de maior capacidade comercial no sector económico Z, onde, por certo, o *valor público* de maior concorrência (critério interpretativo localizado no âmbito

público material) sobreleva as falências indesejáveis daquelas empresas que, dada uma política determinada de preços praticada pela(s) empresa(s) X+Y, não conseguem competir. O preço *objectivamente* mais baixo que a empresa X cobra à sua subsidiária Y, noutra país, é um preço 'manipulado' por razões de sã estratégia empresarial. Limite neste contexto: *praticar preços abaixo do custo*.

Todavia, a questão torna-se diferente se considerarmos *os diferentes efeitos* desta política interna da empresa: será esse o limite, se com esse isso se deslocam rendimentos que estão ligados à produção do país X, e aí se pagam assim menos impostos? E se esse país nem sequer se encontra - naquele sector - em zona de fiscalidade privilegiada: não será isso indício suficiente de que não há pelo menos intenção de enganar o Fisco? A quem deverá caber o ónus da prova, se dúvidas forem levantadas? E se se encontra em zona onde *pode beneficiar* de poupança fiscal? Será possível provar que foram, ainda assim, razões de natureza económica e não de natureza fiscal que determinaram *aqueles* fluxos reais de bens ou serviços? Neste caso (e só neste caso) qual o interesse que deve prevalecer: o do Fisco nacional ou o da empresa internacional? E se houver restrições à repatriação de lucros por parte das filiais: será que é argumento *suficiente* a empresa dizer que tal regime só passou a vigorar depois de certo tipo de estratégia interna estar decidida, e que é necessário cumprir *de algum modo* os objectivos do grupo? Será que a paz com os sindicatos, porque é de interesse do grupo e dos próprios trabalhadores *pode justificar* que se transfiram fundos de empresas com lucros, apenas para que os trabalhadores, não conhecendo estes não iniciem formas de luta? E se for para garantir a sobrevivência de uma filial e dos seus postos de trabalho, comprovadamente através de preços não usuais, a par de benefícios ou incentivos fiscais que assim se garantem?

- Ou ainda razões externas, decorrentes da existência de diferentes sistemas fiscais, que gravam de modo relativamente diferente a actividade económica em geral, ou certos tipos de actividade económica (e financeira) em particular.

Só pelo facto de serem regimes fiscais que existem, a partir do momento em que as empresas entram nessas jurisdições, nada pode impedir que a transacção Z, de X para Y, seja feita a um preço mais elevado ou mais baixo por *causa disso*.

Mas será esse o caso quando a unidade Y, precisando de aumentar a sua capacidade de crédito, beneficia de *preços especiais* que melhoram a sua contabilidade? E se ao mesmo tempo beneficia, com essa prática, de vantagens fiscais? Será que significam o mesmo, vantagens *muito* ou *pouco* significativas? E se tal resulta de uma repartição interna de funções que, garantindo a centralização ou descentralização *v.g.* da actividade de I&D, permite à sociedade-mãe, ou praticar preços mais elevados ou reparti-los segundo critérios de pura *oportunidade estratégica*? E quando com isso se prejudicam os interesses financeiros dos Estados? E não será essa, em princípio, uma decisão insindicável da empresa? E se a

subsidiária se encontra num paraíso fiscal, e se se praticarem preços mais elevados do que aqueles que são cobrados pela sociedade X a outros operadores, não indicia isso que a única motivação é de natureza fiscal? E se a sociedade-mãe pratica um preço mais elevado que *objectivamente* protege os interesses do grupo, mas que *é ainda o próprio* preço do grupo, ainda que não seja o do resto do mercado, porque o grupo beneficia de uma *marca*, de um *nome*, ou de uma *publicidade* poderosas? Poderá a administração fiscal do país onde o bem foi produzido argumentar que o valor acrescentado aí foi superior aos lucros contabilísticos apresentados pela empresa? E que dizer, se o grupo *intencionalmente* fragmenta - ao mesmo tempo que internacionaliza - um processo produtivo em termos de localizar as actividades de maior valor acrescentado em paraísos fiscais, nomeadamente serviços, para, depois, por *reais transacções* - ainda que praticadas pelo *facto intencional* de haver relações económicas de proximidade - fazer cobrar com *lucros elevados* porque possibilitados pelos benefícios de se centralizar certo tipo de actividades em certas zonas (v.g., seguros, certos tipos de serviços no domínio marítimo)?

1.2 Âmbito organizacional - estruturas jurídicas de interdependência empresarial²¹

Julgo que é nesta sede que porventura poderemos recolher os mais importantes critérios de interpretação, tal como a final se mostram mais relevantes, nomeadamente na jurisprudência de muitos Tribunais, entre eles o TJCE. E, também aqui, partindo dos factos que traduzem as *razões* políticas e as *definições* jurídicas para a internacionalização organizacional das empresas.

Estudos recentes mostram que são cerca de três centenas as empresas que determinam o porvir da economia Europeia, e são elas que o fisco vê com maior atenção. Fazendo eco das suas preocupações, a Comissão Europeia diz que *é necessário* reduzir os custos em I&D, criando "economias de escopo". Assim, no pensamento oficial, para reduzir os custos de transacção das empresas²².

Estudos de RAWENSERAF e SCHERER, de 1987, para os E.U.A., e de BÜHNER, de 1991, para a Alemanha, mostram - a partir de duas *Lines of Business Data*, em trinta estudos de casos - que a *rendibilidade real*²³ das empresas europeias em geral decresceu, e que a *rendibilidade contabilística* aumentou significativamente. É aquilo a que J. VAN DIJCK e H. SHENCK chamam o "desenvolvimento deliberado" através da criação de estruturas jurídicas que garantam uma "eficiência produtiva", desenvolvendo-se, para o efeito, uma nova estrutura de mercado que garante o "comportamento racional em situações de interdependência de rendimentos" através de uma "estratégia de estruturas", ou de uma "estratégia de tamanho". Paradoxalmente, notam estes estudos, fazendo apelo aos mais recentes desenvolvimentos da teoria dos jogos, que, não havendo integração jurídica, se fala em salvaguardar a "posição competitiva das empresas" através do Direito, dizendo as empresas e muitas entidades governamentais que, se se não vai mais longe, é porque as regulamentações de Bruxelas não vão mais longe.

Alguns factos são apresentados: o fenómeno novo das concentrações económicas; a transferência enorme de direitos sociais todos os anos; a real concertação entre as diversas instâncias de controlo internacionais²⁴.

2. Âmbito público fiscal. Sub-âmbitos

2.1 Âmbito público funcional

Como diz TEIXEIRA DE ABREU²⁵, a maior parte das empresas multinacionais quando adopta determinados preços de transferência fá-lo mais por razões de ordem económica e social do que por razões de ordem fiscal. E o Fisco vai intervir não em reacção de censura aos comportamentos das empresas, mas por causa das consequências que tais actuações têm sobre o montante de receitas dos Estados.

Estabelece o art. 57, n.º 1, do nosso CIRC: "A Direcção Geral das Contribuições e Impostos pode²⁶ efectuar as correcções que sejam necessárias para a determinação do lucro tributável sempre que, em virtude das relações especiais entre o contribuinte e outra pessoa²⁷, sujeita ou não a IRC, tenham sido estabelecidas condições diferentes das que seriam normalmente acordadas entre as pessoas independentes, conduzindo a que o lucro apurado com base na contabilidade seja diferente do que se apuraria na ausência dessas relações". Por força do n.º 2, as relações internacionais estão abrangidas, sempre que o lucro apurado em face da contabilidade relativamente "a entidades que não tenham sede ou direcção efectiva em território português" difira do caso em que se tratasse de uma "empresa *distinta e separada* que exercesse actividades idênticas ou análogas e agindo com total independência" (itálicos meus).

O Professor ALBERTO XAVIER²⁸ identifica quatro elementos integradores do conceito de preço de transferência para efeitos de aplicação deste preceito, o qual reproduz o art. 9.º do Modelo da OCDE²⁹:

1. o nexo de interdependência;
2. o elemento de estraneidade;
3. a obtenção de vantagem anormal;
4. o nexo causal entre a vantagem e a interdependência.

Quanto ao primeiro elemento, o mesmo Autor salienta os dois sub-elementos qualificadores da interdependência: a *estrutura* e a *natureza* da ligação. E aí eu julgo poder ver duas importantes consequências em sede interpretativa. Por um lado, que o elemento estrutural, tal como a OCDE e outras entidades o definem, não é um elemento fixo, antes se oferece dando uma grande margem de manobra aos Estados, nomeadamente na U.E., e não obstante todos aqueles que vêem nessas práticas, violações das liberdades fundamentais

do Tratado de Roma³⁰. Genericamente, exige-se um controlo ou uma forma de participação, que tanto pode passar pela direcção efectiva, como pela detenção de capital³¹; e quer X controle Y, quer X e Y estejam dependentes de uma terceira entidade. Ou seja, são configuradas *transferências verticais e horizontais*, caso este último das 'sociedades-irmãs' ou interligadas. Onde é fácil aos Estados construir novas formas de *participação indirecta*, sobretudo com referência à participação accionária, criando ficções legais de *vantagens colectivas*, para assim poderem controlar todo o tipo de preços que se praticam³².

Pelo que me atrevo a pensar que é aqui, e não pela análise dos terceiro e quarto elementos, que se pode comprovar, através de uma análise funcional, que um preço de transferência - seja, *v.g.*, uma transferência indirecta de lucros - não é *necessariamente* um preço *socialmente* danoso. Mesmo quando o é *directamente*, *i.e.*, quando é comparado com os preços *objectivos* alheios à *realidade (conjunto de entidades)* que está num caso concreto em causa; ou, como se diz no art. 57, n° 2 do CIRC, "actividades idênticas ou análogas". O quarto elemento continua a ser pressuposto, só que podem não estar preenchidas as condições do terceiro (uma vantagem *anormal*), sendo que uma concreta situação de *anormalidade* não existe apenas porque existe vantagem, e porque esta é fruto da interdependência. Pressupõe *uma intenção*. Ou seja: se a interdependência no sentido do quarto elemento da definição é *suficiente e normalmente* interdependência jurídica (estrutural), para efeitos do primeiro elemento *pode* também ser interdependência económica. Se o nexó de causalidade do quarto elemento exige *uma intenção específica*, a análise do primeiro elemento há-de confirmar ou há-de não confirmar essa intenção abusiva, no sentido em que é uma *análise da natureza da interdependência*.

Assim, pela análise da *interdependência real*, ou seja, da *natureza económica unitária* do grupo multinacional. Depois de vermos que a interdependência estrutural justifica, à face do Direito, um legítimo interesse das Administrações fiscais; e, depois de termos visto que é uma faculdade dos próprios Estados, a de criar vínculos de interdependência jurídica para as empresas³³, cumpre às empresas convencer as Administrações fiscais envolvidas³⁴ que, não obstante essas relações privilegiadas, *ainda que por causa delas*, o preço que se praticou foi um preço justo *porque de mercado*; dado existirem *razões substanciais* de carácter *objectivo, subjectivo ou intersubjectivo*, que justificam o preço, dada a situação de unidade económica. É que a metodologia de plena concorrência, pensada de uma forma pouco cuidada, pode postergar elementos essenciais. Por exemplo, quando se apela no art. 9º, n° 1, parte final, da Convenção Modelo da OCDE, para as condições que teriam sido estabelecidas entre *empresas independentes*, eu penso que tal se deverá interpretar, *a contrario sensu* - o que tem suficiente base legal no art. 57, n° 2 do CIRC, quando aí se fala em preços que teriam sido estabelecidos entre empresas *distintas e separadas* - que, dados o elementos da transacção, e dados os elementos da realidade económica subjacente (o grupo), se salvaguarda os casos em que não se podem conceber "actividades idênticas ou análogas" (que se referem ao lado material ou económico da relação) ainda que sempre se concebessem entidades agindo com total independência, *i.e.*, separadas juridicamente.

Concretizando: porque a comparação não pode querer avaliar só as *diferenças*, pois antes também pressupõe a *peculiaridade*. Assim:

- a) Elementos objectivos: existência ou não existência de mercados comparáveis;
- b) Elementos subjectivos (do grupo): *u.g.*, a específica cadeia de distribuição do grupo, e que é utilizada por todas as sociedades do grupo; a existência de produtos registados ou de marca, ou o nome do próprio grupo; garantias de qualidade e de assistência;
- c) Elementos intersubjectivos (relação entre duas ou mais entidades do mesmo grupo, e que tem a ver com a transacção concreta que foi efectuada): *u.g.*, condições de venda e de pagamento; inclusão, no preço das mercadorias, da remuneração X que é devida pela cedência de direitos de utilização de bens incorpóreos, ou de preço da distribuição das despesas comuns de investigação e desenvolvimento, etc..

Daí que haja uma pluralidade de métodos propostos - o método da comparação com os preços de mercado de plena concorrência (*comparable uncontrolled price method*), o método do preço de revenda (*reseale price method*), o método do preço de custo a que se adiciona uma margem de lucro (*the cost-plus method*), e, sempre que a *situação real* o justifique outros métodos resultantes da combinação daqueles, ou mesmo outras soluções ("any other reasonable approaches for determining an arm's length price"³⁵). E, quanto mais complexa for a situação em análise, menos o método *concreto* pode ser, em nome dos interesses em jogo, o primeiro método referido, que se traduz sempre, pelo menos em parte, numa comparação exterior à empresa.

Dou um exemplo que penso ainda mais pertinente: segundo o método do preço de revenda, para se apurar o *valor justo de mercado* da transacção Z, efectuada de X para Y, atende-se ao preço por que Y *revende* a mercadoria, e, descontando-se uma percentagem normal (objectiva) de lucro, obtém-se o preço *entre unidades independentes*. Pergunto: e se não são unidades *distintas economicamente*, e, se por razões de economias de escala, ou de separação de funções, ou de flexibilização de processos produtivos, X vende a Y um produto semi-acabado, sobre o qual Y vai laborar? Não se deverá atender à *realidade económica subjacente* antes que a um novo preço comparável dessa nova operação produtiva ou económica?

2.2 Âmbito público organizacional

Trata-se de um conjunto de procedimentos, regras e orientações, nem sempre de natureza normativa, mas com forte repercussão junto das Administrações fiscais e dos Tribunais nacionais. São de fonte interna e externa. Não se trata dos métodos que são adoptados para a determinação dos *preços justos de mercado*, mas sim da definição e estabelecimento de condições que possibilitem uma actuação eficaz.

1. Procedimentos de cooperação - entre países onde se encontram localizados estabelecimentos estáveis, sucursais, filiais, e as sociedades-mães ou as entidades que exercem a direcção ou o controlo efectivo:

a) em matéria de informação. Registam-se novidades desde 1995. Regulam os arts. 25 (*Mutual agreement procedures*) e 26 (*Exchange of information*) da Convenção Modelo da OCDE, e a Directiva do Conselho de 19.12.1977, com a redacção que lhe foi dada pela Directiva 79/1070 de 6.12:

- a. *Troca de informações a pedido*: em casos em que as informações internas disponíveis, e já analisadas, sejam manifestamente insuficientes;
- b. *Troca de informações automática*: casos de informações sobre rendimentos com fonte num Estado mas que vão ser sujeitos a tributação/ajustamento no Estado da residência;
- c. *Troca de informações espontâneas*: fornecidas, por exemplo, por um Estado a outro por sua livre iniciativa sempre que as julgue importantes.

Foi reforçado o campo das *informações automáticas*, por força da entrada em vigor em 1.4.1995 da *Convenção* (da OCDE e do Conselho da Europa) sobre mútua assistência em Assuntos Fiscais, e porque mais países (Países Escandinavos, Finlândia e E.U.A., segundo dados da *Tax News Service*, de Janeiro de 1995) estão agora obrigados por esse Tratado.

O *Comentário* de 1995 da OCDE traz mais duas novidades: surgiram duas novas regulamentações do Conselho da OCDE que clarificam e alargam o campo das informações automáticas (par. 9, alínea b)); e, salvaguardando-se o princípio básico do n.º 2 do art. 26 (*excepção ao n.º 1, e que consagra a liberdade dos Estados em definirem o campo das informações interditas a qualquer intercâmbio*), regula-se a possibilidade de os Estados, nas suas negociações bilaterais, darem autorização para que as informações obtidas sejam postas à disposição de outras Administrações fiscais que as requeiram (par. 12.1: a faculdade "to provide for disclosure to such supervisory bodies").

Segundo BETTEN³⁶, um problema que permanece, dado o silêncio do *Comentário*, é o de saber de que forma os direitos dos contribuintes devem ser protegidos, em países onde não esteja regulada a forma como o Fisco pode recolher informações.

b. em matéria de decisão

A Convenção 90/436/CEE de 23.7, que entrou em vigor em 1.1.95, conhecida por *Convenção de Arbitragem*³⁷, consagra duas grandes inovações, em sede de correcção de preços de transferência entre empresas associadas:

- d. os Estados membros estão obrigados a eliminar a dupla tributação, ou através de procedimentos amigáveis, ou através do procedimento arbitral;
- e. cada caso tem que ser resolvido no prazo máximo de três anos.

Pensada para ser uma *directiva*, o Conselho das Comunidades acabou por optar por uma *convenção*, com base no art. 220 do TRoma, pelo que, mantendo a *natureza de acto de Direito Internacional*, a jurisdição do Tribunal de Justiça está excluída.

Por força do seu art. 4º, os Estados ou a Comissão de Peritos chamada inicialmente para um parecer sobre um caso concreto, seguem, de acordo com o art. 9º da *Convenção Modelo da OCDE sobre Dupla Tributação do Rendimento e do Capital*, os princípios da tributação do preço de plena concorrência. A partir do momento em que o Fisco levante dúvidas, a entidade que deve ser tributada é obrigatoriamente informada pelo Estado interessado (art. 4), iniciando-se um processo de troca de informações entre as entidades envolvidas e as Administrações fiscais. Em caso de se não chegar a um acordo amigável, os arts. 6 e 7 aplicam-se sucessivamente. O art. 6º prevê um procedimento formal de acordo entre as Administrações fiscais. Estas, por força do art. 3º, nº 1, devem solicitar um parecer a uma comissão de peritos nomeada. Mantendo-se o impasse, i.e., após 6 meses, se as partes não chegarem a um acordo (são consideradas partes, o que nos diz alguma coisa sobre a natureza do problema e da actuação pública - coordenação pública de interesses simultaneamente públicos e privados), o parecer (procedimento arbitral - art. 7º) torna-se vinculativo (art. 12)³⁸.

2. Procedimento de orientação/uniformização metodológica

Apenas breves linhas para referir procedimentos ainda novos, mas já constituindo uma experiência inovadora. Refiro-me aos *Advance Pricing Agreements (APA)*, também chamados no Japão *Pre-Confirmation Systems (PCS)*, e que, assumindo uma natureza porventura juridicamente não vinculativa³⁹ para os Estados (instrumentos de mera orientação), foram já adoptados por diversos países, entre os quais a Alemanha, Canadá, Austrália, Japão e Holanda - tendo mesmo dado azo a um documento da OCDE, em 1995 (as *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*).

Surgidos ainda como um corolário do poder regulamentador dos Estados - daí serem, por vezes, instrumentos unilaterais (ainda que sempre vão apelando *por força da sua própria natureza* para compromissos multilaterais), revestem, segundo me é dado perceber, três grandes vantagens (*avanços metodológicos*):

a. *Porque partem do facto determinante*: há estruturas transfronteiriças de natureza empresarial, que são estruturas de natureza internacional (interjurisdicional): v.g., companhias afiliadas perante várias autoridades fiscais nacionais;

b. *Porque o seu objecto é constituído por critérios metodológicos* (como define a OCDE: "an arrangement that determines *in advance* of controlled transactions an appropriate set of criteria", par. 4.124 das *Guidelines*, com destacado meu): método, exemplos de direito comparado, ajustamentos apropriados, reflexões críticas;

c. *Porque pelo seu objectivo reconhece-se explicitamente os interesses económicos das empresas como determinantes fundamentais*; pretendem ser informação e garantia. Sendo, muitas vezes, meras circulares administrativas, visam ter eficácia prática (*binding effect*), mas de acordo com a *boa-fé das empresas*. Como se pode ler no Acordo alemão: "Auskünfte mit Bindungswirkung nach Treu und Glauben (sublinhados meus).

III PARTE

Âmbito público material. Conclusões

Procurei descortinar o que é que significam os preços de transferência no contexto do comércio e da fiscalidade internacionais. É um problema que se liga a outros, e que se mostra pelo menos em três pontos: o conflito entre *interesses de natureza oposta*, que postulam soluções diversas, tendo em conta inclusive as exigências diversas, por exemplo, do Tratado de Roma; uma insuficiente uniformização ou harmonização das estruturas de fiscalidade directa nacionais (existência de *zonas de fiscalidade diferenciada*, em diversos espaços *parcialmente* nacionais); uma insuficiente integração organizacional, nomeadamente em sede de instâncias de interpretação.

Procurei, ainda, sugerir alguns critérios de interpretação, tendo consciência de que, muitas vezes, nem sequer se trata de um problema de interpretação *global*, visto, em rigor, se poderem aplicar ordenamentos jurídicos diversos. Daí eu pensar que o que se pede é essencialmente uma uniformização metodológica, no sentido de que deve compreender a realidade económica que é a empresa (mais do que europeia) internacional. Nesse sentido, é possível definir alguns critérios, nomeadamente a partir de alguns conceitos que vêm sendo definidos para controlar *efeitos fiscal e socialmente nocivos* da actuação empresarial.

NOTAS

¹ Em sentido diverso, ver, *u.g.*, F. VELOSO e MULLER BRIGAGÃO, *Transfer Pricing in the absence of comparable market prices*, in "Cahiers de Droit Fiscal International", vol. LXXVIIa, Deventer, Kluwer, 1992, p. 313. Para estes Autores, o preço de transferência é já uma valoração de *objectiva desconformidade* de um preço real, praticado entre empresas com relações especiais ("related companies"), e o preço 'justo' ou 'normal' ("in normal market operations").

Não concordo com esta definição proposta por vários Autores. Por razões metodológicas. Todo o preço de transferência é um preço *objectivo* e um preço *subjectivo* de transferência. *Objectivo*, não enquanto sinónimo de 'preço justo', mas porque, como todos os preços se liga ao seu objecto. E, porque todo o preço pressupõe um objecto, todo o preço é um preço de transferência (como por exemplo em castelhano, onde se diz *precio de transmisión*). Censurável pode ser o *fim* de que o preço é *meio* - alterações relativas, e sem suficiente nexa com o objecto, do seu montante: basicamente, inflacionando/deflacionando custos, rendimentos, despesas. É importante salvaguardar o objecto na definição, porque o *padrão de comparação* pode ser de natureza real e não monetária - eventualmente, não outros preços, mas 'o sentido' da própria transacção no seio da organização em que se insere.

E, se da definição faz parte um elemento *subjectivo* ("the choice of a particular profit calculation [by] a prudent citizen (CEO)"), o qual pode operar de forma apenas limitada, penso ver sempre o necessário elemento *objectivo* (real), *organizacional* ou *material*, o qual apenas tem de ser *subjectivado* num abuso que, todavia, o pressupõe: "an abuse of lawful corporate structures" e "non-compensated performance". Cf. ROSEMARIE PORTNER, *Advance Pricing Agreements - Domestic Aspects and Treaty Law*, in "European Taxation", Amsterdam, Fev. 1996, pp. 50-53.

- ² Não me satisfaz ainda a definição proposta por AMARAL TOMÁS, dado ser mais uma noção sociológica do que jurídica: "O preço estabelecido entre empresas nacionais ou multinacionais com ligações especiais, divergindo *em regra* do que seria estabelecido entre empresas independentes". Além de olvidar o lado *objectivo* da *relação* (nem sequer se faz referência ao elemento *transacção concreta*) aponta mais para as *causas* de que ele é *consequência* (definição sociológica ou puramente subjectiva). Mas é relevante porque, ainda que *indirectamente*, pergunta pelas causas. Cf. AMARAL TOMÁS, *Os preços de transferência*, in "Fisco", n.º 18, Lisboa, Março de 1990, pp. 17-24. Outros dois Autores apresentam definições com as quais eu concordo, dada a sua utilidade jurídica em sede de interpretação - destacando, respectivamente, o *lado material* e o *lado organizacional* da empresa.

MARIA TERESA VEIGA DE FARIA escreve (*Preços de Transferência. Problemática geral*, in "A Internacionalização da Economia e a Fiscalidade", XXX Aniversário do Centro de Estudos Fiscais, Lisboa, 1993, pp. 401-439): "Preços de transferência são os valores atribuídos a bens e serviços pelos agentes económicos nas trocas que efectuam entre si, incluindo as transferências de bens e serviços que têm lugar no âmbito de estabelecimentos e divisões independentes que integram a mesma unidade económica" (itálicos meus, p. 401). Os preços de transferência relatam um processo económico dinâmico (de natureza real e financeira: função empresarial) necessário para a criação de riqueza.

M. TEIXEIRA DE ABREU (*Os preços de transferência no contexto internacional*, in "Fisco", n.º 18, Março de 1990, pp. 9-15). Os preços (de transferência) *relevantes* apelam para um certo âmbito de actividades económicas (=internacional) e para específicas estruturas empresariais (caracterizadas por determinado tipo funcional de relações). A *internacionalidade* (funcionalmente, uma multiplicidade de conexões a diferentes jurisdições fiscais) em si mesma fornece um *critério legítimo* para interpretação de situações de elisão fiscal (e não de evasão): internacionalizar em certo sentido, em função de regimes tributários *objectivos* que preexistem e condicionam toda a decisão empresarial de investimento no estrangeiro; obter *legítimas* vantagens fiscais.

Para além de outros aspectos muito relevantes, este último estudo mostra que a *idoneidade* de certos preços depende do próprio meio (por que é que existe? - critério interpretativo). É um problema *objectivo* que se liga a outros problemas também *objectivos*: a dupla tributação económica, por exemplo. É um *facto* por intermédio do qual opera uma intenção.

- ³ Na definição de VICTOR UCKMAR, *Evasion fiscale / Fraude fiscal*, in "Cahiers de Droit Fiscal International", vol. LXVIIIa (Veneza), Deventer, 1983, pp. 20-21, evasão fiscal é a "avoidance of payment without avoidance of the tax liability", ou seja, é uma *fuga à lei*. Definição esta que vem na linha da distinção tradicional que é feita na Alemanha entre "fiscally free areas" e "legislative loopholes", para distinguir diferentes tipos de comportamentos fiscais, e em que só no segundo caso a actuação do contribuinte é uma directa violação da lei fiscal, *i.e.*, quando, nas palavras de UCKMAR, "breaks the letter of the law" (itálico meu).

Sobre a utilização, nos Países Baixos, do conceito de 'fraude à lei' (*fraus legis*) como critério de controlo de algumas práticas de preços de transferência no comércio internacional, no contexto da aplicação do Modelo da OCDE de 1978 (falando-se de "fraus tractatus"), vd. o interessantíssimo artigo de TIMMERMANS, intitulado *Interpretation of double taxation Conventions*, in "Cahiers de Droit Fiscal International", vol. LXXVIIIa (Florença), Deventer, 1993, pp. 439-465: uma das maiores dificuldades é a de se conseguir uma interpretação uniforme dos modelos internacionais, visto muitos dos casos serem decididos em tribunal (e não só: desde logo e essencialmente junto das Administrações fiscais) e haver 'versões diferentes' dos mesmos textos. Ainda sobre as principais doutrinas judiciais - em sistemas de *common law*, e particularmente nos E.U.A. - de interpretação de casos de gestão fiscal "broadly construed, [including] all tax minimization techniques not deemed to constitute tax evasion" (*tax avoidance*), cf. J. BISCHER, P. GANN e S. KLEIN, *Evasion fiscale / Fraude fiscale*, in "Cahiers de Droit Fiscal International", vol. LXVIIIa (Veneza), Deventer, 1983, pp. 333-355, particularmente 335-336: com o *objectivo* declarado de "tirar efeito às técnicas inaceitáveis de elisão fiscal" ("to thwart unacceptable tax avoidance techniques").

- ⁴ Exigindo-se em muitos Estados a verificação de uma manifestação psicológica (dolosa) de defraudar a lei.
- ⁵ De acordo ainda com TIMMERMANS, *art. cit.*, pp. 449 e ss. (e no que será um corolário e um princípio importantes daquilo a que eu chamo o âmbito público material): a interpretação e aplicação razoável do direito pressupõe a liberdade do contribuinte ("the tax-payer's freedom") - sublinhados meus -, e tal é imanente ao princípio da legalidade, o qual inclui o direito de "escolher as disposições legais que limitem tanto quanto possível o montante de impostos a pagar". Assim, para toda a transacção, nos argumentos da decisão do Supremo Tribunal Holandês, de 11/7/1990: o "deciding motive" tem como objecto "different (and open) courses of decision".
- ⁶ Em princípio, são expressão de um bom planeamento ou gestão fiscais (*tax planning*), e, mesmo falar-se de "montagem" ou "engenharia fiscal" não é pejorativo e é perfeitamente admissível. Cf. ALBERTO XAVIER, *Direito Tributário Internacional*, Coimbra, 1993, p. 292. Supõe-se sejam "tax saving", e, se o forem, como escreveu UCKMAR (*art. cit.*, p. 20), tal "é irrelevante em termos fiscais segundo um ponto de vista legal". Já não de um ponto de vista "económico" ("though not the economic viewpoint" - ou financeiro, diria eu). Sobre a distinção, a que voltarei mais tarde, entre 'tax evasion' (evasão fiscal) e 'tax avoidance' (elisão fiscal, na expressão defendida por ALBERTO XAVIER), *vide*, quanto ao Brasil, onde a doutrina e os tribunais definem esta última como "a maneira de conduzir o negócio de modo a que se pague menos impostos" desde que a lei fiscal não seja violada, O. GUARNIERI FILHO, *Evasion fiscale/Fraude fiscale*, in "Cahiers de Droit Fiscal International", *cit.*, p. 285.
- ⁷ Porque "failure in this area (the absence of a long term strategic plan for direct taxation) sends the wrong message to businesses and creates doubts about the true commitment of Member States to the completion of the Single Market". Consequências: desnecessários custos administrativos e distorções fiscais à concorrência. A *Convenção de Arbitragem sobre Preços de Transferência* é uma medida importante no combate a este problema empresarial, pois é "an effective tool against economic double taxation". Todavia, e tal como outras medidas decididas para combate aos preços de transferência, a sua eficácia tem sido mais aparente do que real: é que, sendo a Convenção um acto de Direito Internacional, o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJCE) não tem jurisdição, e surgirão interpretações diferentes. Não já porque haja diferentes textos, mas também porque há intérpretes diversos. Daí que nenhuma grande companhia internacional, até ao início deste ano (reporta-se a 1996) - fazendo fé em dados da *European Taxation* - tenha recorrido à Convenção. Cf. *European Taxation*, "Official Journal of the Confédération Fiscale Européenne", vol. 36, n° 2, Amsterdam, Fev. 1996. Dado interessante é o número elevado de publicações que surgiram nos últimos anos e que tratam exclusivamente desta problemática, falando-se mesmo em 'Transfer Pricing Library'.
- ⁸ Com diferentes estruturas fiscais - nessa medida e nessa perspectiva é que são verdadeiramente distintos. É que se pode estar sujeito a ordenamentos jurídico-tributários ou jurisdições fiscais distintas, mesmo no âmbito do mesmo território nacional, bastando que este seja federal e se deixe espaços de definição fiscal aos Estados membros. O que, penso ainda, seja a causa de alguns problemas delicados que se podem levantar no seio da União Europeia - e, particularmente, a decidir pelos Tribunais da União - a propósito da compatibilidade, e, em todo o caso de compatibilização necessária, em sede de interpretação fiscal, de normativos especiais que salvaguardam a existência de paraísos fiscais, por razões, segundo se diz, de política regional, em prol de desenvolvimento dessas zonas - o que também não deixa de ser uma pista sobre o carácter necessariamente temporário dessas medidas, tais são os objectivos com que são defendidos -, e certas medidas nacionais de combate às novas formas de evasão fiscal, tal como estas vêm sendo definidas. E não será que o Direito Comunitário deverá prevalecer? Todavia, a resposta das Administrações fiscais nacionais deverá ser outra, e porventura esgrimindo com o argumento da falta de vontade política e da falta de fundamento jurídico suficiente nos Tratados, mesmo após reformas sucessivas e ainda recentes, em sede de harmonização da tributação directa.

Ainda assim, esta questão põr-se-á para além das fronteiras da União Europeia, pelo menos no âmbito dos países que, na linha dos modelos universais da OCDE e das NU, são partes em convenções sobre a eliminação da dupla tributação económica - e, estando em causa certas zonas, às vezes de minúsculo tamanho, mas por onde passam milhões de dólares todos os anos. E, aqui, atrevo-me a pensar, nomeadamente por força do art. 9º da Convenção da OCDE, e por força das seus recomendações quanto a medidas inovadoras a pôr em prática para o combate à evasão fiscal (o seu conceito razoavelmente alargado do que sejam *preços abusivos* praticados no contexto de relações privilegiadas entre empresas), a resposta bem pode ser outra... A regra perante as excepções devidamente justificadas da União Europeia.

9 Trata-se de um problema que, se não de natureza quantitativa - penso mesmo que não deve ser visto como tal -, exige, porém, em determinado momento, a quantificação como uma das suas operações básicas.

10 Trata-se daquilo a que MAISTO chama *análise funcional* para a determinação do preço de plena concorrência. Quando se trata de empresas com uma estrutura organizacional complexa (*maxime*, empresas multinacionais), é útil para a compreensão do que seja o preço 'justo' de mercado que se parta (em termos metodológicos, é um momento prévio) de *um determinado valor de mercado* a que ele chama as "functions performed by the associated enterprises". Pois, só assim se pode controlar se uma "uncontrolled transaction" é em si mesma comparável. Este tipo de análise é proposto pela OCDE, no parágrafo 17 do seu "Relatório" de 1979: "when examining the transfer prices adopted within a multinational enterprise, it is always useful to begin by analysing the functions of the various entities which are comprised in the relevant MNE"; assim, tendo em conta a contribuição de cada membro - pela análise do risco económico, do grau de responsabilidade nas fases de projecção e produção, do tipo de serviços *naturalmente* comuns (investigação e desenvolvimento, administração, *marketing*, etc.). Trata-se, ainda, como se pode ler no capítulo 500 do *US Internal Revenue Manual*, de determinar o "significado das funções económicas envolvidas".

Ainda assim, a interpretação do que sejam esses *interesses relevantes* não tem sido pacífica.

Para mais desenvolvimentos, *vide* MAISTO, *Transfer Pricing...*, cit., pp. 23-140, particularmente p. 29.

11 A medida da "tax avoidance", pois esta é encarada pelas empresas como "a melhor forma de tirar vantagem de todos os buracos ("loopholes") da lei fiscal". "Buracos" que, por vezes, são *letra*, mas não são *intenção* do legislador, o qual *não pode nunca exactamente prever as consequências* de um certo regime fiscal que seja introduzido. Cf. JOSEPH PECHMAN, *The Promise of Tax Reform*, Columbia University, New Jersey, 1985, pp. 111 e ss. (a propósito do *Economic Recovery Tax Act*).

12 Definição que hoje podemos considerar universal, é a de dupla (múltipla) tributação económica, tal como ela expressa *processos empresariais típicos* dos países mais desenvolvidos, com economias interdependentes, e que por isso apela, em sede metodológica, a uma *apreciação funcional* do problema: "the imposition of comparable taxes in two (or more) states on the same taxpayer in respect of the same subject matter and for identical periods" (OCDE, *Model Double Taxation Convention of Income and on Capital*, 1977, p. 7, sublinhados meus), e, de modo semelhante, a definição das Nações Unidas, in *Model Double Taxation Convention Between Developed and Developing Countries*, 1980, p. 1.

Vemos a mesma *característica* (externa aos) dos preços de transferência: a *internacionalidade* da actuação empresarial ante instâncias de controlo financeiro de dimensão nacional. E que é comum a outras formas (*objectivas* e *subjectivas*) de elisão fiscal: *v.g.*, quando as companhias e grupos económicos actuam nos "Tax Havens", e em que à luz do Direito interno dos Estados (Direito das Sociedades) actuam sob *forma legalmente comum* (formas de *coordenação* e de *controlo* entre as empresas). Todavia, não o é *de facto*. E assim será enquanto não houver completa *coordenação* ou *uniformização* internacional da tributação do rendimento (lucros, juros, *royalties*, dividendos, etc.) e dos fluxos de capitais. Cf. *Principles of International Double Taxation Relief*, cit., pp. 11-14.

¹³ E é essa a razão *por que* (não *porque*) "the ambit and structure of double tax treaties is not without considerable controversy": quanto a certos preços de transferência, porque antes de serem a *causa* de fenómenos de dupla tributação, são a *consequência* das próprias disposições diferentes das leis nacionais pelas quais "national Governments [are] seeking to promote exports and encourage foreign investments". Neste sentido: através da existência de diversos critérios legais de *localização* das relações tributárias. Cf. D. DAVIES, *Principles of International Double Taxation Relief*, Escócia, 1985, "Prefácio", e pp. 6 e ss.. Ainda que a manipulação sem fundo real dos preços de transferência se faça a coberto de outras razões, como por exemplo o transporte interno de prejuízos de divisões com prejuízos para outras com lucros, e com a particularidade de, mesmo em ordenamentos menos favoráveis em termos absolutos se poder beneficiar de uma redução do montante global de impostos no seio do grupo. Vd., *u.g.*, o interessantíssimo 'case law' da subsidiária dinamarquesa da BP, decidido em 1988 pelo Supremo Tribunal dinamarquês, o qual debate de forma pertinente o grau de diligência que se deve exigir das Administrações fiscais, tendo em conta que estas "have the burden to proof", e o dever de fundamentar as suas correcções em "objective criteria" - *problema de controlo de informação*. O Tribunal de Primeira Instância e o Supremo Tribunal deram soluções diferentes para um caso (em ambas com votos de vencido) em que se discutia qual a base (*concretamente*) exigida para se fazer a avaliação da justeza ou não justeza de preços praticados entre a companhia petrolífera britânica BP e a sua filial dinamarquesa, propondo a Administração fiscal dinamarquesa, por falta de melhor informação da própria sociedade em questão, a comparação com os lucros de outras empresas petrolíferas operando sob jurisdição da Dinamarca (tendo em conta os métodos para que se pode apelar, com base na Secção 12 do Código dinamarquês de Imposto sobre o Rendimento das Sociedades, para fixar administrativamente o preço de plena concorrência ou 'arm's length price').

Fixando-se jurisprudência de acordo com os interesses das empresas internacionais (uma espécie de *imunidade preliminar*), pois o Fisco não pode fazer valer as suas pretensões com base na existência de uma informação deficiente prestada por uma empresa - *u.g.*, contabilidade insuficiente. Não há critérios que possam dispensar a *transacção concreta e a vida do grupo económico* envolvido. Cf. F. HEEGAARD, *Transfer pricing in the absence of comparable market prices*, *cit.*, pp. 351-370.

¹⁴ Cf. ALBERTO XAVIER, *Direito Tributário Internacional*, *cit.*, p. 299.

¹⁵ Cf. o D.L. n° 37/95, de 14.2, especialmente os artigos 57-A e 57-B.

¹⁶ Cf. ALBERTO XAVIER, *op. cit.*, p. 298.

¹⁷ A título meramente exemplificativo:

1) E.U.A.: desde 1934 que os lucros das *foreign personal holding companies*, residentes em *tax havens*, não sendo distribuídos, podem ser tributados. Em 1962, a reforma Kennedy, introduzindo a "Sub-part F" no *Internal Revenue Code*, tornou possível tributar o então chamado 'rendimento passivo' (juros, lucros, *royalties*) - porque dividendos não distribuídos (*tax deferral*) constituem um abuso (e, eventualmente, um abuso de convenção fiscal), se há uma intenção do contribuinte de aí os acumular; e porque as empresas são concebidas pelo poder político para a prossecução, em mercado livre e concorrencial, dos interesses dos sócios, o qual deve ser prosseguido através de concretas trocas, e não por razões directa ou indirectamente não produtivas (como técnica jurídica, atendendo ao *lado material* da actividade empresarial, tributa-se a entidade real, removendo-se o intermediário formal - "lifting the veil");

2) Alemanha: a *Aussensteuergesetz* (AStG, de 8.9.1972), através do instituto da *Durchgriff*, penetra na estrutura organizacional-jurídica (*lado organizacional*), instrumento criado pela lei com certo fim social;

3) França: vigora a disciplina do art. 209-B do *Code Général des Impôts*. Uma entidade francesa sujeita ao imposto sobre as sociedades, desde que detenha pelo menos 25% das acções, controla ou participa de forma significativa no capital de uma sociedade. Se está localizada *cross border*, em zona relativamente favorável, pressupõe-se que tais são rendimentos dos seus nacionais, e, nessa qualidade, estes devem ser tributados.

4) Reino Unido: rege o *Finance Act* de 1984; desde que situadas em zonas onde paguem menos de 50% dos impostos que pagariam no Reino Unido, as "controlled foreign companies", se não distribuírem lucros em *montante adequado ou razoável*, levam a que, por causa disso, os seus sócios sejam tributados. Como escreve ALBERTO XAVIER, trata-se de medidas que, por ficção legal, desconsideram a personalidade jurídica das sociedades "cuja constituição ou funcionamento tenha sido ou seja inspirada predominantemente por razões de ordem fiscal, em termos de permitir a tributação dos respectivos sócios, sem aguardar necessariamente pelo momento da distribuição de lucros entretanto acumulados" (italicizei). Cf. ALBERTO XAVIER, *op. cit.*, pp. 311-317.

18 Sobre esta figura jurídica - a qual apareceu em nome da defesa da *transparência fiscal*, contra o *uso impróprio dos tratados* - desde cedo se pronunciou a OCDE. Conhecidas por "conduit companies", os *Comentários* da OCDE, na versão revista de 1992, propuseram aos Estados-membros a adopção de alguma ou algumas de um conjunto de cláusulas, resultantes de um intenso debate no seio do Comité de Peritos de Assuntos Fiscais. O curioso nesta figura é que ela, configurando um caso de "treaty shopping", ou abuso de convenções, pressupõe mais do que isso: com força de necessidade, que o beneficiário seja outro. Isto é, porque não têm *objecto real*, porque são meras cadeias de transmissão de rendimentos - e temos criado o cenário para os preços de transferência, na sua modalidade mais evidente de *transferência indirecta de lucros, custos ou despesas*, nas formas diversas de preços, dividendos, juros, *royalties*. Neste caso, basicamente, inflacionando preços, em anos em que as sociedades que exercem o controlo apresentem prejuízos. Aliás, *last but not the least*, o mesmo documento internacional (com força jurídica, ou, pelo menos, com ressonância prática sobre os Estados, a despeito de revestir a forma de simples *guidelines*), especifica qual há-de ser o conteúdo de tais medidas, cuja aplicação na prática deve ser na medida inversa do comportamento societário cuja idoneidade é aferida. Através do apelo ao conceito de "general bona fide provision", dever-se-á proteger a boa fé do contribuinte. E como proceder? Atendendo às *razões económicas* que lhe subjazem, à *substância real* ou *não real* concretizada na transacção concreta sempre pressuposta (*activity provision*). Já em 1995, a OCDE apresentou nesse sentido as "Transfer Pricing Guidelines for Multinationals and Tax Administrations", bem como a nova série de comentários à Convenção Modelo. E, o principal 'grito de alarme', novo em apenas quatro anos, funda-se no facto de os Tribunais, mormente na Holanda, terem começado a fazer uso das "linhas gerais", daí extraindo muitos dos seus critérios de decisão. E, nem mesmo a existência de *acordos mútuos de interpretação*, celebrados por muitos Estados, têm rendido resultados satisfatórios. Cf. IJKELE BETTEN, *An Analysis of the 1995 Update of the OECD Model Convention*, in "European Taxation", Amsterdam, Fev. 1996, pp. 55-60, e, especialmente, as notas aos artigos 25 (*Mutual agreement procedures*) e 26 (*Exchange of information*). Vide, ainda, os importantes artigos 31 e 32 da *Convenção de Viena sobre o Direito dos Contratos*, acerca da preferência que se deve dar a uma interpretação *fiscal* dos conceitos legais.

19 Cf. PHILIPPE JANS, *Les transferts indirects de bénéfices entre sociétés interdépendants*, Bruxelas, 1975, colhido junto de MARIA TERESA VEIGA DE FARIA, *art. cit.*, p. 402.

20 Cf. *art. cit.*, pp. 404-406.

21 Sugerindo assim a ideia de actividade empresarial.

22 Desenvolve-se mesmo um 'argumento europeu', o qual, ainda que tenha uma base de investigação operacional por detrás, se apresenta impreciso, pouco ou nada dizendo em concreto: criação de "sinergias", no sentido, se interpreto bem, de criação de suportes, também normativos, para os processos de internacionalização dos sistemas industriais.

23 Por outras palavras, os lucros decorrentes de *forma directa* do aumento de produção das empresas.

24 Cf. J. GROENWEGEN e J. VAN DIJCK, *Changing Business Systems in Europe*, VUB Press, Brussels, 1993; R. A. BUCHHOLZ, *Business Environment and Public Policy*, Prentice Hall, New Jersey, 1989, especialmente capítulos 2 ("The Evolution of Public Policy as a New Dimension of Management": a legitimação da política industrial faz-se *através do direito e da economia*, onde a

"corporate performance" supõe o comportamento razoável do empresário (o CEO), o qual não só não viola leis fiscais como cumpre as expectativas sociais) e 6 ("The Social Context of Public Policy": "decisions are made behind closed doors", e a interpretação das regras jurídico-económicas pressupõe uma ideologia liberal (livre empresa, individualismo, *property rights*, concorrência, Estado limitado) e valores sociais, que as instâncias de controlo, nomeadamente os Tribunais, tendem a preservar (tecnologia, emprego, informação, *instituições e seus interesses*), tudo por causa das "incertezas do mercado" (pp. 146-147).

²⁵ Cf. TEIXEIRA DE ABREU, *art. cit.*, pp. 10-11.

²⁶ O legislador português foi feliz na redacção deste preceito - porque não tornou obrigatória a correcção dos preços pelo simples facto de, existindo *relações especiais* entre o contribuinte e outra pessoa, se hajam estipulado preços diferentes dos que seriam estabelecidos se tais empresas fossem *económica e juridicamente independentes*. Apenas exige, se bem entendo, que, num primeiro momento, a Administração fiscal determine esse preço 'normal' de mercado (preço objectivo de mercado). Diferentemente, o Código espanhol de Imposto sobre as Sociedades (*Ley del Impuesto sobre Sociedades*), no seu art. 16, n.º 4, a), criou não uma norma facultativa e relativamente discricionária, como a portuguesa, mas sim uma *norma de carácter imperativo, com duas consequências, ambas, se bem entendo, nocivas, pois que a correcção deve fazer-se sempre que:*

1. os benefícios contabilísticos resultem de condições aceites ou impostas em razão da vinculação;
2. e quer se traduza num aumento ou numa diminuição da base tributável da sociedade espanhola residente.

Ora, se esta ajusta negativamente o benefício contabilístico resultante de operações realizadas com uma sociedade associada residente no estrangeiro, o Estado espanhol vai intervir em campo onde não tem qualquer competência fiscal - frustrando os interesses legítimos do grupo empresarial, e frustrando porventura o objectivo definido no art. 16, n.º 4, b): *o de impedir as transferências indirectas de benefícios de sociedades residentes em Espanha para outras residentes no estrangeiro*. Já o legislador francês, no art. 57 do Code Général des Impôts, evitou o segundo problema. Dúvidas tenho se terá ido tão longe quanto me parece ter ido o legislador nacional, quanto ao primeiro aspecto, dado o texto não ser claro: "Para a determinação do imposto sobre o rendimento devido pelas empresas dependentes ou que controlam empresas situadas fora da França, os benefícios que indirectamente se transfiram a estas últimas, por via de aumentos ou diminuições do preço de compra ou de venda, ou por qualquer outro meio, incorporar-se-ão nos resultados contabilísticos" (itálicos meus). Cf. GONSÁLEZ POVEDA, *Noticias / CEE*, n.º 75, Março de 1991, pp. 11-17.

E parece-me outro o conceito de preço de transferência na ordem jurídica espanhola. Aí sim, mas não em Portugal e em muitos outros sistemas, o preço de transferência é um preço de objectiva e jurídica desconformidade, o que metodologicamente significa que se adopta a metodologia da plena concorrência numa sua modalidade mais restritiva, privilegiando o lado estrutural da relação, e, assim, entrando (em princípio) em conta só com o preço 'normal' de mercado, i.e., um preço externo à realidade empresarial em causa, que não considera *elementos de natureza subjectiva e intersubjectiva*.

²⁷ Trata-se de uma actuação de natureza preventiva de largo espectro, a qual supõe um "controlo comum". Daí eu pensar que o termo *pessoa* deva ser interpretado, tal a finalidade da norma - evitar afectações abusivas de recursos -, no sentido que lhe é dado pelos intérpretes americanos do *Internal Revenue Service* (IRS), ao termo "entities": engloba empresas, parceiros estratégicos, trusts e indivíduos. Sem que todavia isto implique a abordagem unitária dos preços de transferência: caso em que, partindo-se do conceito económico de "company" (englobando todas as suas "entities for international business") se concede ao IRS importantes poderes administrativos para a redistribuição jurídico-fiscal do rendimento global livremente gerado a partir das "intercompany transactions": nomeadamente os de "to distribute, apportion or allocate gross income, deductions, credits, or allowances between or among organisations, trades or businesses, whether or not organised in the U.S., that are owned or controlled directly or indirectly by the same interests, in

order to prevent evasion of taxes or to clearly reflect the income of any of such organisations, trades or businesses" (sublinhados meus). Cf., *v.g.*, J. BISCHEL e R. FEINSCHREIBER, *Fundamentals of International Taxation*, Second Ed., Practising Law Institute, New York, 1985, pp. 227-249, e ainda *supra*, nota nº10, I Parte.

²⁸ Cf. ALBERTO XAVIER, *Direito Tributário...*, pp. 320-325.

²⁹ Cf. *Modelo de Convenção da OCDE* de 1977, interessando nesta sede especialmente os arts. 9, 11 e 12, e, de modo particular, o art. 9, que consagra no seu nº 1, o chamado *princípio da situação de plena concorrência*. Vide ainda a Convenção 90/436/CEE (J.O. L 225 de 20.8.90), a qual define o âmbito de aplicação do princípio de plena concorrência em termos iguais aos da Convenção da OCDE. Ainda: a Directiva da CEE 77/799 de 19.12 (*Assistência mútua em termos de impostos directos*), alargada ao IVA em 1979 pela Directiva 79/1071 de 6.12, e a muito importante Convenção 90/436 relativa à eliminação da dupla tributação em caso de correcção de lucros entre empresas associadas (*Convenção de Arbitragem* de 23.7.90), em prol da "eliminação de todos os constrangimentos fiscais". A Convenção Modelo da OCDE foi retocada em 1995, e, de ora em diante, todos os anos, mantendo-se incólume a disciplina do art. 9, e apresentando algumas novidades noutras domínios.

³⁰ Cf., *v.g.*, as dúvidas manifestadas na *European Taxation* de Fevereiro deste ano - expressamente, dão-se exemplos de discriminações pelas leis nacionais dos Estados membros à livre circulação de factores produtivos, nomeadamente capitais e liberdade de estabelecimento.

³¹ Para mais informações sobre estas três formas, enquanto as *três formas* de "empresas associadas en el sentido del Convenio" (Convenção relativa à supressão da dupla tributação em caso de correcção dos benefícios entre empresas associadas - no que, por razões metodológicas, também corrijó a tradução oficial portuguesa, onde se lê lucros, de forma que não me parece muito correcta, pois, muitas vezes, o que está em causa é a transferência de prejuízos), cf. POVEDA, *art. cit.*, p. 14. Trata-se de investimentos directos, financeiros e não financeiros: *v.g.*, e respectivamente, abertura em jurisdições estrangeiras de ofícios, agências e estabelecimentos estáveis, por um lado, assunção de formas de participação e controlo em sociedades estrangeiras, por outra via.

Parece-me evidente ter a U.E. chegado à conclusão de que o factor fiscal deve jogar um papel menor, e que tal passa por uma harmonização mais profunda da legislação sobre a tributação directa das sociedades (processo de convergência). Face às resistências dos Estados em abandonar o seu grande instrumento de política industrial (e de soberania fiscal), e face à emergente União Económica e Monetária (UEM), o *Comité Rüding*, constituído em 1990, condescendeu na *coexistência* de diversos sistemas fiscais desde que não comprometessem os investimentos internacionais e a realização do Mercado Único. Todavia, tal supõe a definição de *condições de neutralidade* (para evitar a oficialmente chamada "excessiva competição fiscal entre os Estados"), e que passam pela eliminação de *obstáculos de natureza objectiva, i.e.*, distorções fiscais na localização de investimentos, como lhes chama GRANATA (cf. PAOLO GRANATA, *Imposte Dirette sulle Società...*, in "Rivista della Guardia di Finanza", nº 5, Out. 1993, pp. 945-961), e que são obstáculos que operam a dois níveis: impedem uma *eficiente cooperação entre as empresas*, e impedem o *completo sucesso do esforço concertado de cooperação entre os Estados*. Cito alguns:

1. A não existência de uma taxa mínima de imposto sobre as sociedades, comum a todos os Estados (em vez de critérios neutro que permitam a reconstituição fácil do custo de cada bem, temos critérios estimulantes à deslocação dos bens por preços manipulados por razões fiscais);
2. A não existência de um tipo único de imposto sobre as sociedades;
3. A não existência de regras uniformes para a determinação da base tributável, o que torna o 'sistema europeu' complexo e não transparente;
4. A não existência de intervalos comuns entre o momento em que a dívida fiscal se constitui e o imposto é pago (o que indirectamente significa uma modificação das taxas reais de tributação);
5. A não coincidência entre os valores da contabilidade comercial e fiscal no seio das empresas, o que exige uma maior harmonização de direito societário.

E, a não tributação de fluxos de rendimentos, exige se olhe para o fundamento económico da vida empresarial. Nesse sentido, exigem-se níveis uniformes de tributação das empresas - e tal passa, pelo menos, pela fixação de regras mínimas entre as quais, eu referiria (no seguimento do *Relatório Ruding*):

- a) a possibilidade de transferir livremente perdas no seio do mesmo grupo económico;
 - b) a eliminação da retenção na fonte para os pagamentos internacionais de juros e *royalties*;
 - c) a adopção, com carácter obrigatório, de regras processuais para eliminação da dupla tributação económica internacional no ajustamento dos preços de transferência na U.E. (já realizada);
 - d) a definição, em nome da U.E., de acordos de eliminação da dupla tributação com países terceiros.
- Só assim se conseguirá tributar o rendimento efectivamente produzido no espaço da U.E. - o que significa uma modificação da estrutura legal e financeira, a qual aparece assim como a determinante fundamental.

³² Todavia, sobre a não aceitação da "teoria do triângulo" da jurisprudência alemã, segundo a qual, através de uma ficção legal se presume, no âmbito das relações entre sociedades-irmãs, o benefício da sociedade-mãe, vide ALBERTO XAVIER, *op. cit.*, p. 321.

³³ Faculdade aberta pelo art. 9, n.º 1, alínea b), parte final, da Convenção da OCDE. Cf. também os arts. 11, n.º 6, e 12, n.º 4, respectivamente quanto a juros e a *royalties*.

³⁴ E disso têm consciência os próprios peritos da OCDE, quando, explicitamente, recomendam negociações entre as autoridades fiscais dos Estados e as empresas envolvidas, como, *u.g.*, no *Relatório* de 1984: "a determinação de um preço de plena concorrência exige, muitas vezes, uma apreciação prudente e a ponderação, no decurso das negociações entre as autoridades fiscais e as empresas em causa, de um grande número de elementos por vezes contraditórios". Cf. AMARAL TOMÁS, *art. cit.*, p. 20.

³⁵ Cf. os *Relatórios* do Comité de Assuntos Fiscais da OCDE de 1979 e 1984; e, ainda, por todos, MAISTO, *art. cit.*, especialmente pp. 28 e ss., onde eu destaco três dos *elementos* propostos para a definição do 'arm's length price' (segundo as orientações da OCDE - par. 17 do *Report* de 1979): trata-se de uma "transactional analysis" (pressupõe um preço); trata-se de um "private law contractual arrangement" (pressupondo um *objecto concreto*, o qual é o "starting point for the tax assessment", não sendo possível desconsiderá-lo); trata-se ainda de uma "functional analysis" (é preciso saber se "the functions of the various entities are comprised in the relevant MNE").

Ou seja, e se penso bem, são *elementos e momentos* que se sucedem, mas que não se autoexcluem totalmente, visto o preço e a transacção concreta, como núcleo essencial, estarem sempre presentes como *elementos a ter em conta* - e, por isso, não se confunde com o método unitário, caso este em que, para efeitos fiscais, não são levados em conta; desconsiderando-se os *elementos transaccional-concreto e organizacional*, neste sentido: calcula-se o lucro global do grupo económico, e, depois, a base tributável de cada entidade é determinada segundo uma de algumas fórmulas que, supostamente, terão em melhor consideração a participação de cada entidade para o lucro global. Como exemplos de indicadores que, muitas vezes, são considerados, refiram-se: o número de trabalhadores, os investimentos realizados, a produção estimada. Daí que alguns Autores assinalem que se trata de vários métodos, tantos os indicadores que os Fiscos nacionais decidam *in abstractu* ter em conta para fazer a *partição ou distribuição*, e lhes chamem "formulary apportionment methods" (*u.g.*, HEEGAARD, *art. cit.*, p. 337). No que me parece criar um grau de incerteza intolerável no quadro de países (*ainda*) com alguma soberania fiscal. Todavia, de igual modo me parece ser uma solução defensável numa situação de total federalismo financeiro, e desde que estejam em causa grupos que somente actuem nesse espaço federal. Aliás, nos E.U.A., uma decisão do Supremo Tribunal confirma esta ideia, ao considerar constitucional tal sistema - que vigora na Califórnia - desde que não esteja em causa uma sociedade residente fora do país. Entendo ainda que, embora *cautelosa e indirectamente*, as 'soluções mínimas' do Comité Ruding podem apontar nesse sentido - nomeadamente quando é proposta a livre compensação de perdas no seio do mesmo grupo económico. Não se estará a pensar que o valor mais importante está em tributar os lucros reais das

empresas reais da União? Não se estará a defender que, mais importante do que a soberania fiscal dos Estados nacionais são as liberdades fundamentais e a Europa da empresa Europeia?

³⁶ Cf. *art. cit.*, p. 59.

³⁷ Sobre a sua história, o seu significado, e as suas insuficiências, é possível confrontar diversos pontos de vista. Assim, e u.g.: F: LAUTENBACH, *Réglementation communautaire visant à éliminer les doubles impositions intergroupes en matière de prix de transfert*, in "Les Enjeux de l'Europe", n.º 16, 1995, 52-56; HENCKAERTS, *International Arbitration and Taxation - The EC Arbitration Convention for Transfer Pricing Disputes*, in "Journal of International Arbitration", 1993, pp. 115-119. E ainda, entre nós, MARIA EDUARDA AZEVEDO, *A Convenção de Arbitragem*, in "Fisco", n.º 36, 1991, pp. 29 e ss..

³⁸ Cf. ainda o art. 6.º da *Convenção*, estabelecido na base do art. 25 da *Convenção Modelo da OCDE (Mutual Agreement Procedures)*.

³⁹ Ainda assim, sobre as dúvidas que vêm sendo levantadas, sobretudo na Alemanha, cf. PORTNER, *art. cit.*, pp. 50 e ss..

