

## O NOVO REGIME DOS PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA

PAULA ROSADO PEREIRA

Assistente estagiária da Faculdade de Direito de Lisboa

Advogada (Grupo Legal Português)

### Resumo:

Os preços de transferência constituem uma matéria complexa e de extrema importância prática, dado o crescente número e volume de operações levadas a cabo entre entidades relacionadas. O respectivo regime foi recentemente objecto de extensas alterações, introduzidas pela Lei nº 30-G/2000, de 29 de Dezembro. Após passar em revista o regime anterior e as suas insuficiências, este artigo analisa as principais alterações introduzidas ao regime dos preços de transferência. Os aspectos mais relevantes do novo regime são analisados à luz das directrizes da OCDE em matéria de preços de transferência, nas quais, em larga medida, o novo regime português se funda.

Transfer pricing is a complex subject and of extreme practical importance considering the increasing number and size of operations carried out between related entities. The regime applying thereto has been recently subject to a number of deep modifications as introduced by Law nº 30-G/2000, of 29th December. After reviewing the previous regime and its deficiencies, this Article offers an analysis of the main changes introduced to the transfer pricing regime. The most relevant features of the new regime are taken into consideration in the light of the OECD guidelines, on which the new Portuguese regime is widely based.

### INTRODUÇÃO

No âmbito da legislação fiscal portuguesa, a questão dos preços de transferência é abordada, essencialmente, no artigo 57º do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas (adiante designado de forma abreviada por “Código do IRC”)<sup>1</sup>. A redacção deste artigo (adiante designado apenas por “artigo 57º”) foi recentemente objecto de extensas e significativas alterações, introduzidas pela Lei nº 30-G/2000, de 29 de Dezembro – Lei que “reforma a tributação do rendimento e adopta medidas destinadas a combater a evasão e fraude fiscais”.

Os contornos agora assumidos pelo artigo 57º correspondem, nos seus aspectos mais relevantes, à consagração expressa, em termos legislativos, das recomendações contidas nos relatórios da OCDE

---

<sup>1</sup> Os artigos 57º-A e 57º-C, ambos do Código do IRC, versam sobre questões relacionadas com a problemática dos preços de transferência no âmbito internacional. Os aludidos artigos estabelecem, respectivamente, o regime fiscal aplicável aos pagamentos a entidades residentes em países com regime fiscal privilegiado e à questão da subcapitalização.

sobre preços de transferência<sup>2</sup>. Importa salientar que os referidos relatórios da OCDE constituem um dos principais pontos de referência no que diz respeito ao estudo e análise da problemática em questão, bem como à sistematização de princípios e métodos destinados a regular as situações concretas de preços de transferência. Na prática, tanto as administrações fiscais e tribunais dos diversos Estados, como até os próprios contribuintes, fazem frequentemente referência aos princípios e métodos previstos nos relatórios da OCDE sobre preços de transferência, que utilizam para fundamentar as posições assumidas, mesmo nos casos em que a utilização de tais princípios e métodos não se encontra expressamente prevista na legislação do Estado em questão.

Por outro lado, a alteração da legislação portuguesa em matéria de preços de transferência não constitui um fenómeno isolado em termos internacionais. Com efeito, tem-se verificado em diversos Estados, nos últimos anos, uma preocupação de aperfeiçoamento e de revisão do regime fiscal aplicável aos preços de transferência. Podem citar-se, a título ilustrativo, os casos da Austrália, Canadá, Coreia do Sul, Dinamarca, Espanha, França, Hungria, Japão, México, Polónia, Reino Unido e República Checa, países que passaram, nos últimos anos, por alterações mais ou menos profundas do regime fiscal aplicável às situações de preços de transferência.

#### REGIME ANTERIOR DOS PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA

Começaremos por relembrar o regime estabelecido pelo artigo 57º, na sua redacção anterior à Lei nº 30-G/2000, de 29 de Dezembro, pois tal análise, juntamente com a das insuficiências e dificuldades criadas pelo carácter demasiado lacónico da anterior redacção, permite ressaltar a importância do passo que ora foi dado na regulamentação da questão dos preços de transferência em Portugal.

O artigo 57º, na sua redacção anterior, acolhia já a aplicação do *princípio do preço de plena concorrência*, estabelecendo a possibilidade de serem efectuadas correcções aos preços e condições utilizados nas operações entre sociedades relacionadas, caso não seguissem o referido princípio. Nos termos da referida redacção anterior, “a Direcção-Geral dos Impostos poderá efectuar as correcções que sejam necessárias para a determinação do lucro tributável sempre que, em virtude das relações especiais entre o contribuinte e outra pessoa, sujeita ou não a IRC, tenham sido estabelecidas condições diferentes das que seriam normalmente acordadas entre pessoas independentes, conduzindo a que o lucro apurado com base na contabilidade seja diverso do que se apuraria na ausência dessas relações”.

O nº 2 do artigo 57º explicitava que o regime aí descrito era, igualmente, aplicável quanto a operações com entidades não residentes para efeitos fiscais em território português<sup>3</sup>.

Os pressupostos cumulativos de aplicação do artigo 57º, na sua anterior redacção, eram, assim, os seguintes:

- i) existência de relações especiais entre o contribuinte e outra pessoa, residente ou não para efeitos fiscais em território português;
- ii) que entre ambos fossem estabelecidas condições diferentes das que seriam normalmente

<sup>2</sup> A OCDE publicou, em 1979, um relatório denominado *Preços de Transferência e Entidades Multinacionais*, o qual veio a complementar em 1984 com a publicação do relatório denominado *Preços de Transferência e Entidades Multinacionais: Três Estudos Fiscais*. A análise da OCDE sobre a questão dos preços de transferência prosseguiu nos anos subsequentes, levando à reformulação do seu relatório de 1979. Assim, em 1995 foi publicado um novo relatório da OCDE sobre o tema, denominado *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*. Este último relatório tem sido objecto de actualizações e desenvolvimentos periódicos.

<sup>3</sup> Em contrapartida, o processo de ajustamentos correlativos instituído na anterior redacção do nº 4 do artigo 57º era aplicável apenas às situações em que ambas as partes fossem residentes para efeitos fiscais em Portugal.

- acordadas entre pessoas independentes;
- iii) que tais relações especiais fossem causa adequada das ditas condições;
  - iv) que aquelas tenham conduzido a um lucro apurado diverso do que se apuraria na sua ausência.

A forma genérica como o preceito em análise, na sua anterior redacção, estabelecia os respectivos pressupostos de aplicação não se coadunava com os princípios da certeza e segurança jurídicas, suscitando divergências de interpretação e dúvidas (e, por vezes, mesmo alguma arbitrariedade) quanto ao preenchimento de tais pressupostos, face às situações concretas<sup>4</sup>.

Outro elemento de incerteza e insegurança era introduzido pelo facto de a anterior redacção do artigo 57º não ir além de uma consagração genérica da aplicação do *princípio do preço de plena concorrência*, não concretizando quais os métodos que deveriam ser seguidos pela Direcção-Geral dos Impostos no âmbito das correcções que se encontrava autorizada a efectuar.

Na ausência de regulamentação legal mais detalhada ou de doutrina administrativa sobre a questão, sempre poderiam ser utilizados para integrar o regime, guiando os sujeitos passivos e as autoridades fiscais na determinação dos preços de transferência, os métodos estabelecidos pela OCDE, nos seus relatórios sobre esta matéria<sup>5</sup> - os quais vieram, agora, a merecer acolhimento expresso na nova redacção do artigo 57º. Contudo, a falta de previsão expressa a este respeito fomentava a incerteza e insegurança jurídicas no âmbito da questão dos preços de transferência, implicando, em muitos casos, uma análise excessivamente casuística das situações, arbitrária mesmo, em virtude da falta de linhas directoras precisas e rigorosas.

## RECOMENDAÇÕES DAS COMISSÕES DE REFORMA FISCAL

As insuficiências do anterior regime legal dos preços de transferência foram, nos seus aspectos essenciais, apontadas pelas *Comissões para o Desenvolvimento da Reforma Fiscal e de Reforma da Fiscalidade Internacional Portuguesa*.

O *Relatório da Comissão para o Desenvolvimento da Reforma Fiscal*, de 30 de Abril de 1996, num ponto dedicado aos preços de transferência, continha diversas recomendações concretas quanto à evolução desejável da legislação e da prática administrativa portuguesa relativamente à questão dos preços de transferência<sup>6</sup>.

A Comissão para o Desenvolvimento da Reforma Fiscal salientou o carácter genérico da referência da anterior redacção do artigo 57º aos seus pressupostos de aplicação. Com efeito, não se concretizava o que devia entender-se por “relações especiais entre o contribuinte e outra pessoa” ou por “estabelecimento de condições diferentes das que seriam normalmente acordadas”, pressupostos de cujo preenchimento dependia a aplicação, às situações concretas, do regime previsto na citada disposição legal.

Tendo em conta a insuficiência da formulação genérica dos pressupostos de aplicação do artigo 57º, na sua anterior redacção, a Comissão recomendou que “por razões de certeza e segurança jurídicas, bem como de operacionalidade da inspecção tributária, se deve evoluir no sentido do desenvolvimento

<sup>4</sup> Neste sentido, cfr. J. J. AMARAL TOMÁS, *Os preços de transferência*, Fisco, nº 29, Março 1991, p. 23 e MARIA TERESA VEIGA DE FARIA, *Preços de transferência. Problemática geral*, in *A Internacionalização da Economia e a Fiscalidade*, Centro de Estudos Fiscais, Lisboa 1993, p. 437.

<sup>5</sup> *Preços de Transferência e Entidades Multinacionais*, de 1979; *Preços de Transferência e Entidades Multinacionais: Três Estudos Fiscais*, de 1984; e *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, de 1995.

<sup>6</sup> Cfr. COMISSÃO PARA O DESENVOLVIMENTO DA REFORMA FISCAL, *Relatório da Comissão para o Desenvolvimento da Reforma Fiscal*, Ministério das Finanças, Lisboa 1996, pp. 659-662.

daqueles elementos, na linha dos princípios e critérios recomendados pela OCDE e do que tem sido a tendência em muitos países”. Assim, foi recomendado o desenvolvimento da redacção então em vigor do artigo 57º, de forma a definir o conceito de “relações especiais” e a aludir expressamente aos métodos mais adequados “para a determinação do preço de plena concorrência, em razão dos bens, dos serviços ou das transferências de tecnologia em causa, dos respectivos mercados, das condições de venda e pagamento, e de outros aspectos relevantes, na linha do recomendado nos relatórios do Comité dos Assuntos Fiscais da OCDE de 1979 e 1984”.

A propósito do conceito de “relações especiais”, a Comissão notou que este tinha já sido concretizado no artigo 57º-C do Código do IRC, a propósito da subcapitalização, não ficando claro, contudo, se a concretização do conceito em apreço a introduzir no artigo 57º do Código do IRC deveria ser semelhante à prevista naquele preceito legal<sup>7</sup>.

Do ponto de vista do aperfeiçoamento da administração fiscal para lidar com a questão dos preços de transferência, a Comissão reconheceu que “a importância crescente da problemática dos preços de transferência, e a sua grande tecnicidade, exige por parte da Inspeção Tributária uma atenção especial, recomendando-se, por isso, a manutenção de um grupo de funcionários da fiscalização especializados nesta matéria e o estabelecimento de metodologias de determinação dos preços de plena concorrência”. A terceira recomendação da Comissão, no que diz respeito à questão dos preços de transferência, foi no sentido da introdução em Portugal, no futuro, do mecanismo dos acordos prévios entre o contribuinte e as autoridades fiscais relativamente aos preços de transferência: “deverá, ainda, admitir-se a possibilidade de o contribuinte sujeitar a aprovação prévia vinculativa da Administração Fiscal, os elementos essenciais do preço de transferência que se propõe utilizar numa determinada operação futura. Esta possibilidade, deverá, porém, ser apenas considerada depois de estarem criadas na DGCI as condições que permitam o normal desenvolvimento desta matéria e sejam implantados os respectivos mecanismos de controlo”.

A matéria dos preços de transferência voltou, alguns anos mais tarde, a ser objecto de análise por parte de outra comissão de reforma da fiscalidade portuguesa<sup>8</sup>. O *Relatório da Comissão de Reforma da Fiscalidade Internacional Portuguesa*, datado de 5 de Março de 1999, ao fazer um ponto de situação quanto à regulamentação da matéria dos preços de transferência em Portugal, salientou a inexistência de instruções administrativas e de decisões jurisprudenciais sobre o assunto. Para esta Comissão, a referida inexistência, conjugada com o carácter vago da legislação então em vigor, redundava na falta de directrizes que guiassem os técnicos da inspeção tributária, quando avaliavam se existiam ou não relações especiais entre contribuintes ou se, em determinada operação, se obedecia ao princípio da livre concorrência.

A Comissão apontou, ainda, diversas outras insuficiências do quadro legal então em vigor em matéria de preços de transferência, designadamente o facto de existirem situações relativamente às quais o mecanismo do ajustamento correlativo ou simétrico não funcionava de forma adequada, podendo verificar-se a existência de dupla tributação económica em caso de correcção aos preços de transferência praticados, e a falta de mecanismos de diálogo entre o contribuinte e a administração fiscal, que

---

<sup>7</sup> Quanto a este aspecto, a Comissão limita-se a referir, de forma algo ambígua, o seguinte: “[...] o artigo 57º-C [...] veio concretizar, com assinalável pormenor, o conceito de “relações especiais” a propósito do caso particular de “preços de transferência” traduzido em endividamento excessivo de sujeito passivo residente, para com entidade não residente, pelo que a via da concretização legislativa do referido conceito é já conhecida do CIRC”. Cfr. COMISSÃO PARA O DESENVOLVIMENTO DA REFORMA FISCAL, *Relatório da Comissão...*, p. 660.

<sup>8</sup> Cfr. COMISSÃO DE REFORMA DA FISCALIDADE INTERNACIONAL PORTUGUESA, *Relatório Final*, Ciência e Técnica Fiscal, nº 395, Julho-Setembro 1999, pp. 103-182.

permitissem uma resolução prévia das questões suscitadas quanto a preços de transferência.

Os argumentos da Comissão, em prol da reforma da regulamentação portuguesa da questão dos preços de transferência, assentavam não apenas em motivos internos mas, também, na evolução da economia mundial, nas obrigações assumidas por Portugal ao nível das relações internacionais, quer no âmbito da União Europeia quer no da OCDE<sup>9</sup>), e no exemplo de diversos países membros da OCDE que tinham vindo a criar ou a aperfeiçoar a respectiva legislação sobre preços de transferência.

A Comissão formulou três grupos de recomendações: i) sobre o conceito de “relações especiais”; ii) sobre as directrizes da OCDE; e iii) sobre acordos de partilha de custos “*Cost Contribution Arrangements*”.

No que diz respeito ao primeiro grupo de recomendações, salientou-se que a legislação portuguesa referente a preços de transferência deveria especificar as situações em que existiam “relações especiais” e nas quais, portanto, poderiam ser efectuadas correcções à matéria colectável em virtude do ajustamento de preços de transferência. A Comissão recomendou que “o conceito de relações especiais assente em dois pilares, abrangendo, por um lado, as relações criadas pela via do controle que uma entidade exerce noutra entidade por sobre ela deter direitos de voto ou a gestão efectiva e, pelo outro, as relações criadas pela via familiar”.

Quanto ao segundo grupo de recomendações, relativo às directrizes da OCDE, a Comissão pretendia que fossem adoptadas as recomendações da OCDE a respeito de preços de transferência, dentro dos seguintes parâmetros: i) “o ónus de prova deve correr pela administração fiscal, podendo ser invertido apenas nas situações em que o contribuinte, instado a apresentar determinados documentos, necessários à correcta aferição de uma opinião por parte da administração fiscal, se recusar fazê-lo”; e ii) cabe “regulamentar [...] o acesso dos contribuintes à justiça fiscal (i.e., eliminação da dupla tributação) nos casos em que, tendo sido sujeitos a correcções à matéria colectável noutro país, desejem obter em Portugal um ajustamento que dele seja reflexo”.

Foi, igualmente, recomendada a adopção do mecanismo dos “Acordos Prévios de Preços”, quer unilaterais quer bilaterais ou multilaterais, mediante a iniciativa do contribuinte, bem como a criação de margens de segurança, em sede de juros e *royalties*, a exemplo do que tinha já sido aplicado no passado, em Portugal, dentro de cujos limites o contribuinte ficava salvaguardado de correcções aos preços de transferência praticados.

A Comissão recomendou, ainda, a criação, no âmbito da administração fiscal, de um departamento especializado em questões de preços de transferência, pois apenas um departamento com um nível elevado de especialização e preparação poderia desenvolver correctamente a tarefa, complexa, de aplicar as recomendações da OCDE e as normas do direito português que as viessem a adoptar, bem como de desenvolver a colaboração entre a administração fiscal e os contribuintes no sentido de prevenir conflitos em matéria de preços de transferência.

## **NOVO REGIME DOS PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA**

É no contexto acima referido, de reconhecida insuficiência da regulamentação em vigor em matéria de preços de transferência, tanto para fazer face à complexidade das situações concretas como para assegurar o necessários respeito pelos princípios da certeza e segurança jurídicas, que surge a alteração do artigo 57º introduzida pela Lei nº 30-G/2000, de 29 de Dezembro.

---

<sup>9</sup> A OCDE recomenda aos Estados membros que sigam os princípios estabelecidos no seu relatório de 1995 sobre preços de transferência, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*.

Cabe, portanto, destacar alguns dos aspectos mais relevantes da nova redacção do artigo 57º, analisando-os à luz das directrizes da OCDE, nas quais, em grande medida, se baseiam. Saliente-se que a nova redacção do artigo 57º “apenas se aplica aos períodos de tributação que se iniciem em ou a partir de 1 de Janeiro de 2002, mantendo-se em vigor até essa data o preceito com a redacção agora revogada”, nos termos do nº1 do artigo 7º da Lei nº 30-G/2000, de 29 de Dezembro.

### Conceito de “relações especiais”

Conforme foi referido supra, a indefinição quanto ao conceito de *relações especiais*, cuja existência constitui um dos pressupostos de aplicação do regime dos preços de transferência, foi um dos aspectos da redacção anterior do artigo 57º do Código do IRC mais fortemente criticado pelas *Comissões para o Desenvolvimento da Reforma Fiscal e de Reforma da Fiscalidade Internacional Portuguesa*.

Para efeitos da aplicação do artigo 57º, na sua nova redacção, “considera-se que existem relações especiais entre duas entidades nas situações em que uma tem o poder de exercer, directa ou indirectamente, uma influência significativa nas decisões de gestão da outra”. O nº 4 do referido preceito legal procede, subsequentemente, a uma enumeração das situações em que se considera verificada a existência de tal *poder de exercer uma influência significativa nas decisões de gestão* de outra entidade. A referida enumeração, embora exemplificativa, é extremamente detalhada. As situações aí previstas de *influência significativa nas decisões de gestão* de outra entidade baseiam-se na verificação de uma série de circunstâncias, conjugadas entre si, de entre as quais destacamos<sup>10</sup>:

- (i) a detenção, directa ou indirecta, de uma participação não inferior a 10% do capital ou dos direitos de voto<sup>11</sup>;
- (ii) a existência de relações familiares, em termos de relevância das circunstâncias relativas a cônjuges, ascendentes ou descendentes;
- (iii) a detenção de uma posição de membro dos “órgão sociais, ou de quaisquer órgãos de administração, direcção, gerência ou fiscalização”;
- (iv) existência de um “contrato de subordinação, de grupo paritário ou outro de efeito equivalente”;
- (v) existência de uma “relação de domínio, nos termos em que esta é definida nos diplomas que estatuem a obrigação de elaborar demonstrações financeiras consolidadas”; ou, ainda,
- (vi) existência de “relações comerciais, financeiras, profissionais ou jurídicas” entre as entidades, “directa ou indirectamente estabelecidas ou praticadas”, por força das quais “se verifica situação de dependência no exercício da respectiva actividade”.

No que diz respeito à percentagem relevante de detenção, directa ou indirecta, do capital ou dos direitos de voto, importa salientar que a solução consagrada pelo legislador – ao fixá-la em 10% - foi consideravelmente mais rigorosa do que a recomendada pela *Comissão de Reforma da Fiscalidade Internacional Portuguesa*, em cujo relatório a percentagem determinante para efeitos da existência de relações especiais era de 50% das participações ou dos direitos de voto. Admitia-se, contudo, no relatório da referida Comissão, que “nas situações em que a participação é inferior a 50%, mas superior a 25%, poderá a Administração Fiscal considerar que existem relações especiais, desde que prove que, pelas

<sup>10</sup> Destacamos apenas algumas das principais circunstâncias às quais é atribuída, em termos legais, relevância para efeitos da determinação da existência de relações especiais entre entidades.

<sup>11</sup> Nos termos do nº 5 do artigo 57º, “para efeitos do cálculo do nível percentual de participação indirecta no capital ou nos direitos de voto [...], nas situações em que não há regras especiais definidas, são aplicáveis os critérios previstos no nº 2 do artigo 483º do Código das Sociedades Comerciais”.

dimensões da entidade ou pela dispersão do respectivo capital, essa participação confere o controlo efectivo ao sócio que a detém”.

### **Princípio do preço de plena concorrência**

O nº 1 do artigo 57º do Código do IRC, na sua nova redacção, determina que nas operações ou séries de operações, tanto comerciais como financeiras, efectuadas entre entidades (das quais uma seja um sujeito passivo de IRC) que se encontrem numa situação de relações especiais, “devem ser contratados, aceites e praticados termos ou condições substancialmente idênticos aos que normalmente seriam contratados, aceites e praticados entre entidades independentes em operações comparáveis”.

Consagra-se, portanto, o princípio do preço de plena concorrência, a exemplo do que já sucedia na anterior redacção do artigo 57º, de acordo com a qual um dos pressupostos de aplicação do respectivo regime consistia no estabelecimento de “*condições diferentes das que seriam normalmente acordadas entre pessoas independentes*”.

De acordo com as directrizes da OCDE, o princípio do preço de plena concorrência é o princípio director mais adequado à resolução das questões relativas a preços de transferência, devendo ser preferido a outros princípios existentes nesta matéria, como o princípio da tributação unitária ou global<sup>12</sup>.

Após ter sido expressa no relatório da OCDE sobre preços de transferência de 1979, a preferência pelo princípio do preço de plena concorrência foi reafirmada pelo relatório da OCDE de 1995<sup>13</sup>, o qual recomenda a sua utilização pelos grupos de entidades e pelas administrações fiscais. Este princípio tem merecido uma ampla aceitação por parte dos Estados, no que diz respeito à fixação e correcção dos preços de transferência, encontrando-se mesmo consagrado na legislação interna de alguns, como é o caso de Portugal. Consideramos que tal consagração já se verificava na anterior redacção do artigo 57º, tendo ficado, agora, reforçada pela referência expressa, na nova redacção do artigo 57º, aos métodos recomendados pela OCDE para a determinação do preço conforme ao princípio do preço de plena concorrência, como referiremos em maior detalhe mais adiante.

O princípio do preço de plena concorrência mereceu, igualmente, acolhimento na Convenção Modelo da OCDE (cfr. artigo 9º) e, portanto, nas convenções para evitar a dupla tributação celebradas por múltiplos países com base em tal Convenção Modelo, encontrando-se, igualmente, referido no artigo 4º da Convenção relativa à eliminação da dupla tributação em caso de correcção de lucros entre entidades associadas (90/436/CEE) – também designada por Convenção de Arbitragem.

Nos termos do princípio do preço de plena concorrência, tal como foi definido nos relatórios da OCDE sobre preços de transferência, o preço utilizado nas operações comerciais e também nas relações financeiras entre entidades relacionadas deve ser aquele que seria praticado em operações semelhantes que fossem realizadas no âmbito de um mercado concorrencial, ou seja, deve ser o preço que seria convencionado entre entidades independentes, em operações comparáveis e em circunstâncias

---

<sup>12</sup> O princípio da tributação unitária ou global, que constitui uma possível alternativa ao princípio do preço de plena concorrência em matéria de preços de transferência, parte da consideração de um grupo de entidades ligadas por relações especiais como uma unidade económica, devendo o lucro de cada entidade, enquanto mera componente do grupo sem individualidade económica, corresponder a uma parte do lucro total do grupo, determinada em função de critérios de proporcionalidade.

<sup>13</sup> Cfr. OCDE, *Transfer Pricing Guidelines...*, parágrafo 1.14: “A move away from the arm’s length principle would abandon the sound theoretical basis described above and threaten the international consensus, thereby substantially increasing the risk of double taxation”.

semelhantes.

O princípio do preço de plena concorrência é, em suma, utilizado para aferir se os preços e condições praticados numa operação ou série de operações efectuadas entre entidades relacionadas são ou não influenciados pela existência de tais relações especiais, afastando-se dos que seriam praticados entre entidades independentes, bem como para efectuar a respectiva correcção, quando estejam desconformes com este princípio.

### **Comparabilidade entre operações**

O princípio do preço de plena concorrência, enquanto directriz recomendada pela OCDE e acolhida pelo artigo 57º para a determinação dos preços de transferência adequados, centra-se na comparação entre as condições de uma operação entre entidades relacionadas e as de uma operação entre entidades independentes, sendo estas últimas utilizadas como padrão de referência. Nestes termos, resulta do disposto no nº2 do artigo 57º que o ponto de partida para a determinação do preço e condições de plena concorrência, numa operação efectuada entre entidades que estejam em situação de relações especiais, consiste na comparação entre tal operação e “outras substancialmente idênticas, em situações normais de mercado ou de ausência de relações especiais”.

Contudo, para que tal comparação permita uma adequada determinação dos preços e condições que seriam estabelecidos entre entidades independentes, é necessário que as operações em apreço sejam comparáveis. A comparabilidade entre as operações deve ser aferida tendo em conta, entre outros aspectos, “as características dos bens, direitos ou serviços, a posição de mercado, a situação económica e financeira, a estratégia de negócio, e demais características relevantes das entidades envolvidas, as funções por elas desempenhadas, os activos utilizados e a repartição do risco”, nos termos do nº 2 do artigo 57º.

Para que se possa efectuar a determinação ou correcção dos preços de transferência a partir da comparação com operações similares realizadas entre entidades independentes, é, portanto, necessário que tais operações sejam comparáveis com as levadas a cabo pelas entidades relacionadas, no que diz respeito às respectivas características económicas. Têm, portanto, que ter-se em conta os factores que influenciam os preços nas operações desenvolvidas num contexto de plena concorrência, cuja importância relativa depende, naturalmente, da natureza de cada operação ou série de operações e dos métodos de determinação dos preços de transferência a utilizar, questões que foram objecto de análise pela OCDE, em particular no seu relatório de 1995 sobre preços de transferência<sup>14</sup>.

No que diz respeito aos principais factores determinantes da comparabilidade entre operações ou séries de operações realizadas entre entidades relacionadas e entidades independentes, cabe destacar os seguintes aspectos:

**i) Características dos bens ou serviços**

O preço dos bens e dos serviços em termos de mercado depende das suas características. Este é, portanto, um dos aspectos essenciais a considerar.

**ii) Funções desempenhadas pelas partes na operação**

A determinação dos preços de plena concorrência implica a realização de uma análise funcional, pois é reconhecido que o preço de plena concorrência referente a uma determinada operação depende não só dos bens ou serviços transaccionados, mas também das funções desempenhadas pelas partes na operação. Os factores a ter em conta são, designadamente, a posição relativa das entidades e as funções

<sup>14</sup> Cfr. OCDE, *Transfer Pricing Guidelines...*, parágrafos 1.19 a 1.35.



desempenhadas relativamente a outras com as quais se encontram em situação de relações especiais, o risco económico corrido por cada uma das partes na operação, que deverá ser avaliado, as obrigações a que ficam sujeitas e o grau de responsabilidade de cada uma das entidades<sup>15</sup>. Só com base numa análise funcional é que se pode concluir pela comparabilidade entre as operações.

**iii) Termos contratuais da operação**

A análise dos termos contratuais (que podem resultar de correspondência havida entre as partes ou de outro tipo de documentação, e não necessariamente de contratos em sentido formal) é parte integrante da análise funcional acima referida, uma vez que, na maior parte dos casos, são os termos contratuais que permitem o conhecimento da repartição das responsabilidades, dos riscos e das vantagens da operação ou série de operações entre as partes. No caso de entidades relacionadas, um aspecto que importa considerar é se os termos contratuais são, efectivamente, seguidos, ou se, pelo contrário, a actuação das partes não se conforma com o que neles é estabelecido.

**iv) Circunstancialismo económico**

A existência de comparabilidade entre as operações exige que os mercados nos quais as entidades não relacionadas e relacionadas desenvolvem as referidas operações sejam comparáveis, e que as diferenças existentes entre os mercados não influenciem de forma material o preço ou que seja possível efectuar os ajustamentos necessários de forma a tomar em linha de conta as diferenças existentes. Entre as circunstâncias económicas que são consideradas pela OCDE como relevantes para determinar a comparabilidade dos mercados, e que relevam principalmente no caso de operações de âmbito internacional, incluem-se, entre outras, a localização geográfica, a dimensão dos mercados, o nível de competição existente nos mesmos e a posição relativa em termos concorrenciais das partes na operação, a disponibilidade de fornecedores alternativos dos bens e serviços em causa, o nível de procura e oferta nos mercados, a natureza e âmbito de regulamentação, os custos dos vários factores de produção, pois todos estes factores influenciam o preço praticado entre entidades independentes. Consequentemente, devem ser considerados também para efeitos da determinação do preço de referência.

**v) Estratégias das entidades**

As estratégias das entidades, tanto independentes como relacionadas, influenciam os preços e condições por estas praticados. Assim, este factor tem que ser tomado em consideração quando se afere da comparabilidade das operações. Refira-se, a título de exemplo, que quando uma entidade tenta penetrar num novo mercado ou aumentar a sua quota de mercado pode, temporariamente, praticar preços inferiores aos que são praticados para produtos ou serviços similares, no mesmo mercado. Particularidades como esta devem ser respeitadas, pelo que o preço de plena concorrência utilizado com preço de referência não tem, necessariamente, de coincidir com o “justo valor de mercado” (*fair market value*).

Após a análise de alguns dos principais factores determinantes da comparabilidade entre operações, pode concluir-se que é possível efectuar a comparação entre uma operação realizada entre entidades independentes e uma operação entre entidades relacionadas: (i) se não existirem, entre as operações a comparar ou entre as entidades que realizam tais operações, diferenças susceptíveis de influenciar

---

<sup>15</sup> A importância da análise funcional era já salientada no relatório da OCDE sobre preços de transferência de 1979 (*Preços de Transferência e Entidades Multinacionais*). Este relatório, no seu parágrafo 17., ilustra do seguinte modo a questão da análise funcional: “Poderá revelar-se importante não só conhecer quais as entidades que exercem as diferentes funções (fabrico, montagem, investigação e desenvolvimento, serviços, distribuição, comercialização e venda, transporte, publicidade, etc.), quais as detentoras de marcas de fabrico e demais bens incorpóreos, mas também apurar a que título exercem essas funções – por exemplo, quando se trate de vendas, se o fazem a título de comitente (que aceita todos os riscos e tem direito a todos os lucros da actividade) ou a título de mandatário (com limitação dos riscos e das receitas)”.

significativamente o preço ou a margem de lucro praticados numa delas e, portanto, de afectar a comparabilidade das operações, ou se, (ii) embora existindo tais diferenças, estas são determináveis e o respectivo efeito pode ser quantificado.

### **Métodos para a determinação dos preços de transferência**

Conforme decorre dos n.ºs 1 e 2 do artigo 57º, a base para a determinação de preços e condições não influenciados pela existência de relações especiais, nas operações efectuadas entre entidades relacionadas, são os “termos e condições que seriam normalmente acordados, aceites ou praticados entre entidades independentes”. Ora a referida determinação pode ser efectuada, tanto pelas entidades envolvidas nas operações como pela administração fiscal, mediante o recurso a diversos métodos.

O n.º 3 do artigo 57º, na sua alínea a), consagra, preferencialmente, a utilização dos seguintes métodos:

- Método do preço comparável de mercado;
- Método do preço de revenda minorado; ou
- Método do custo majorado.

Estabelece, ainda, o mesmo preceito legal, na alínea b), que, quando os métodos acima referidos “não possam ser aplicados ou, podendo sê-lo, não permitam obter a medida mais fiável dos termos e condições que entidades independentes normalmente acordariam, aceitariam ou praticariam”, devem aplicar-se os seguintes métodos:

- Método do fraccionamento do lucro;
- Método da margem líquida da operação; ou
- Outro método.

Prevê-se, no n.º 13 do artigo 57º, a regulamentação por portaria do Ministro das Finanças da “aplicação dos métodos de determinação dos preços de transferência, quer a operações individualizadas, quer a séries de operações”.

Dada a multiplicidade de tipos de operações que podem existir entre entidades relacionadas, sendo tais operações marcadas pelas especificidades dos bens, direitos, serviços ou acordos financeiros objecto das mesmas, bem como pelos diversos tipos de relação entre as entidades envolvidas, facilmente se compreende a dificuldade da tarefa de estabelecer, *a priori*, métodos que possam ser utilizados para a resolução das questões concretas de preços de transferência nas operações entre entidades em situação de relações especiais.

Os métodos consagrados, tanto na alínea a) como na alínea b) do n.º 3 do artigo 57º, para a determinação do preço de transferência de acordo com o princípio do preço de plena concorrência, correspondem aos métodos recomendados pela OCDE, a cuja análise mais detalhada se procederá seguidamente.

#### **A) Métodos tradicionais baseados na operação**

Começando pela alínea a) do n.º 3 do artigo 57º, os métodos aí previstos correspondem aos seguintes *métodos tradicionais baseados na operação* previstos nos relatórios da OCDE:

- Método do preço comparável de mercado (*Comparable Uncontrolled price method*);
- Método do preço de revenda minorado (*Resale price method*);
- Método do custo majorado (*Cost plus method*).

Estes três métodos são recomendados pela OCDE, que os considera preferíveis a quaisquer outros métodos, quando se verificarem as condições necessárias à sua aplicação<sup>16</sup>. Os *métodos tradicionais*

<sup>16</sup> Cfr. OCDE, *Transfer Pricing Guidelines ...*, parágrafos 2.5 e 2.49.

*baseados na operação* constituem a forma mais directa de determinar se as condições de operações comerciais e financeiras entre entidades relacionadas obedecem ou não ao princípio do preço de plena concorrência.

**i) Método do preço comparável de mercado**

Para a OCDE, este é o método a utilizar prioritariamente, sendo, em termos teóricos, o método de mais fácil utilização. Permite determinar o preço de plena concorrência relativamente a uma operação entre entidades relacionadas, mediante a comparação do preço praticado na referida operação com o preço praticado em operações comparáveis entre entidades independentes.

Se, em resultado da referida comparação, se verificar a existência de uma diferença, conclui-se que as condições praticadas na operação não são as de plena concorrência. Neste caso, o preço praticado na operação entre entidades relacionadas deve ser substituído pelo preço que seria praticado entre entidades independentes.

A aplicação deste método pressupõe uma análise prévia quanto à comparabilidade entre a operação entre entidades relacionadas e a operação do mesmo tipo, efectuada entre entidades independentes, que se pretende utilizar como padrão de referência. As referidas operações são consideradas como comparáveis desde que não existam diferenças entre elas, relativamente ao tipo de bens ou serviços objecto da operação ou às circunstâncias da mesma, ou desde que tais diferenças, a existirem, não sejam susceptíveis de afectar materialmente o preço ou as condições da operação. No caso de diferenças entre as operações a comparar que influenciem os preços ou condições praticados, é necessário identificar e quantificar o impacto de tais diferenças em termos de preços. Se a determinação e quantificação de tais diferenças for difícil, a aplicação do método da comparação com preços não controlados torna-se pouco fiável.

Assim, este método é fácil de utilizar quando se trata de determinar o preço de plena concorrência relativamente a operações de tipos de bens ou de serviços que sejam comumente transaccionados no mercado, com qualidade idêntica e no mesmo estágio de produção ou de distribuição, pois, nesse caso, não será difícil dispor de operações de referência.

É comum, contudo, suscitarem-se dificuldades na aplicação deste método, por falta de elementos de comparação. Tais dificuldades surgem, principalmente, no caso de *royalties* ou de *know-how*, dada a complexidade das operações e a especificidade dos serviços prestados. Nestes casos, o método em apreço tem que ser combinado com outros métodos menos directos ou mesmo afastado.

**ii) Método do preço de revenda minorado**

Este método permite determinar o preço de plena concorrência, relativo aos bens previamente adquiridos pela entidade a uma entidade relacionada, por referência ao preço de revenda desses bens a uma entidade independente, após a dedução a esse preço de revenda da margem de lucro apropriada. Com efeito, o preço de revenda, deduzido da margem de lucro da entidade revendedora e de custos incorridos aquando da aquisição do bem, corresponde ao preço de plena concorrência que deveria ter sido aplicado à transferência do bem entre as entidades relacionadas.

O preço de transferência de um bem numa operação entre entidades relacionadas é, portanto, determinado em função do preço de revenda do mesmo bem, pela entidade adquirente a uma entidade independente, deduzido da margem de lucro daquela entidade. Nestes termos, no caso de uma operação entre “A” e “B”, entidades relacionadas, tendo por objecto determinado bem, a determinação do preço de plena concorrência de tal operação, através do método do preço de revenda, é efectuada tomando como referência o preço de revenda do mesmo bem por “B” a uma entidade não relacionada “C”, deduzido da margem de lucro de “B”.

Dado que os métodos de determinação do preço de plena concorrência baseados na operação são, de

acordo com as recomendações da OCDE, de aplicação sequencial, o método do preço de revenda minorado só é aplicável se não for possível utilizar o método do preço comparável de mercado.

O método do preço de revenda minorado é mais adequado à determinação do preço de plena concorrência em operações comerciais de venda de bens, obtendo-se resultados mais fiáveis quando a maior parte do valor do bem tenha sido criada pelo seu vendedor originário e o revendedor tenha funções somente de distribuição do produto. A aplicação deste método torna-se substancialmente mais complexa quando, anteriormente à revenda, os bens sofrem alterações importantes ou são incorporados noutros produtos, perdendo a respectiva identidade.

Procedendo a uma análise mais detalhada desta questão, é possível identificar as seguintes condições necessárias à aplicabilidade do método do preço de revenda minorado:

- que não tenha decorrido um espaço de tempo excessivo entre a operação com entidade relacionada e a revenda efectuada a entidade independente cujo preço é utilizado como preço de referência;
- que o preço de revenda do bem não tenha sofrido uma influência significativa mas indeterminável decorrente do facto de a entidade revendedora ter procedido a modificações no bem, que lhe tenham acrescentado um valor considerável, ou de o bem ser revendido juntamente com um elemento de propriedade industrial.

Outro aspecto delicado da aplicação do método em questão diz respeito à margem de lucro a considerar. Esta tem que ser determinada em cada caso, recorrendo, para tal, à comparação com a margem praticada pela mesma entidade nas operações (mesmo que de bens ou serviços distintos dos que são objecto da operação em análise) com entidades não relacionadas, ou, ainda, a margens praticadas por entidades diferentes que exerçam, no âmbito do mesmo mercado, uma actividade idêntica. Factores que influenciam a determinação da margem de lucro (e que, portanto, determinam a comparabilidade ou não das margens) são, designadamente, as funções das partes na operação, meios utilizados e riscos incorridos pelas entidades, a existência de transformações dos bens anteriormente à revenda ou a sua comercialização em conjunto com bens incorpóreos.

Caso existam diferenças relevantes entre os contornos das operações em causa, entre as funções da entidade relacionada e da entidade independente cujas margens são utilizadas como padrão de comparação, bem como entre os riscos incorridos por uma e outra, para citar somente alguns dos aspectos a considerar, haverá que proceder a correcções para o apuramento da margem apropriada.

Quando não seja possível determinar um preço de revenda (por exemplo, porque só são efectuadas operações entre entidades relacionadas, não ocorrendo qualquer venda a uma entidade independente), ou quando o valor acrescentado pela entidade revendedora (ou pelas várias entidades, no caso de uma sequência de operações internas anterior à venda a uma entidade independente) é relevante e não é apurável com rigor, o método do preço de revenda minorado não pode ser aplicado. Passa-se, portanto, a tentar aplicar o método do custo majorado.

### **iii) Método do custo majorado**

A determinação do preço de plena concorrência, de acordo com o método do custo majorado, é efectuada utilizando como referência o preço de custo, acrescido de um montante correspondente a uma margem de lucro apropriada. Assim, o preço de custo do bem suportado pela entidade vendedora, acrescido da margem de lucro desta, corresponde ao preço de plena concorrência que deveria ser praticado na operação entre esta e uma entidade relacionada.

No caso de uma operação entre “A” e “B”, entidades relacionadas, tendo por objecto determinado bem, a determinação do preço de plena concorrência de tal operação, através do método do custo majorado, é efectuada tomando como referência o preço de custo do mesmo bem para “A”, acrescido da margem de lucro de “A”. O preço de custo é o preço suportado na aquisição ou produção do bem, nos termos

dos métodos contabilísticos aceites na jurisdição em causa.

No que diz respeito à margem de lucro, são válidos, com as necessárias adaptações, os pontos referidos a propósito do método do preço de revenda minorado.

Este método levanta algumas dificuldades no que diz respeito à determinação e alocação dos custos, principalmente custos indirectos ou suportados a nível central e imputados à entidade. Por outro lado, o presente método ignora a situação do mercado e a pressão exercida pela concorrência, assumindo sempre a existência de um lucro, o que nem sempre se verifica na realidade.

**B) Dificuldades de aplicação dos métodos tradicionais baseados na operação**

Conforme foi já referido, a aplicação dos métodos tradicionais baseados na operação constitui a forma mais directa de determinar o preço de plena concorrência, beneficiando da preferência do legislador, nos termos do nº3 do artigo 57º, relativamente a outros métodos. Tal preferência tem sido, também, amplamente demonstrada nas recomendações da OCDE em matéria de preços de transferência<sup>17</sup>.

Contudo, existem numerosos factores que dificultam, ou impedem mesmo, a aplicação dos referidos métodos. Um deles é a falta de operações comparáveis entre entidades independentes em resultado da estrutura do mercado, designadamente no caso da existência de oligopólios ou de monopólios. Também a especificidade dos bens ou serviços objecto da operação, principalmente no caso de *royalties*, cedência de *know-how* e assistência técnica, faz com que, por vezes, não existam operações comparáveis entre entidades independentes, uma vez que a entidade em questão apenas cede os referidos elementos ou presta serviços a entidades relacionadas e, por outro lado, não há outras entidades no mercado a transaccionar elementos semelhantes. Por outro lado, a complexidade das operações ou dos produtos ou serviços transaccionados impede, muitas vezes, a determinação e quantificação fiável e rigorosa das diferenças que afectam, de forma substancial, o valor das operações ou das margens de lucro em comparação. A razão das dificuldades apontadas radica ainda, em muitos casos, não só na complexidade das situações em causa mas também na falta de disponibilidade, por parte das entidades e das próprias autoridades fiscais, de informação com a quantidade e o rigor necessários.

Nos termos das recomendações da OCDE, caso não estejam reunidas as condições de que depende a aplicabilidade dos métodos tradicionais baseados na operação ou não possam ser ultrapassadas as dificuldades que se suscitaram à respectiva aplicação, a utilização destes métodos tem que ser posta de lado, procurando determinar-se o preço de transferência com recurso aos métodos baseados no lucro da operação. Foi também esta a posição acolhida pelo legislador português, nos termos da alínea b) do nº 3 do artigo 57º.

**C) Métodos baseados no lucro da operação**

O ponto de partida dos métodos baseados no lucro da operação (*Transactional Profit Methods*) consiste na análise dos lucros resultantes de operações específicas entre entidades relacionadas. Os dois métodos baseados no lucro da operação que são aceites pela OCDE<sup>18</sup> são, precisamente, os consagrados pelo legislador português na alínea b) do nº 3 do artigo 57º, ou seja, o método do fraccionamento do lucro (*Profit Split Method*) e o método da margem líquida da operação (*Transactional Net Margin Method*).

**i) Método do fraccionamento do lucro**

O método do fraccionamento do lucro baseia-se na repartição dos lucros nos termos em que teria sido efectuada por entidades independentes, no caso de uma operação similar. É efectuada, portanto, uma

<sup>17</sup> Cfr. OCDE, *Transfer Pricing Guidelines...*, parágrafos 2.5 e 3.1.

<sup>18</sup> Cfr. OCDE, *Transfer Pricing Guidelines...*, parágrafo 3.1, no qual se refere que “The only profit methods that satisfy the arm’s length principle are those that are consistent with the profit split method or the transactional net margin method as described in these Guidelines”.

alocação a cada entidade de uma parte do lucro global da operação, em função da sua contribuição real para a mesma. Esta partilha de lucros deve aproximar-se o máximo possível da que teria lugar numa operação realizada em termos de plena concorrência. A contribuição de cada parte para a operação implica a realização de uma análise funcional, ou seja, das funções desempenhadas por cada uma das entidades na operação, tendo em conta os activos utilizados e os riscos assumidos por cada uma delas.

#### **ii) Método da margem líquida da operação**

O método da margem líquida da operação consiste na avaliação da margem líquida normal obtida por entidades similares, comparando-a, depois, com a margem líquida obtida pelas entidades relacionadas. O preço conforme ao princípio do preço de plena concorrência é aquele cuja prática permite às entidades relacionadas obter um nível de lucro, em resultado da operação, que seja similar ao nível de lucro normal de entidades independentes em operações comparáveis.

A aplicação deste método implica uma análise funcional detalhada relativamente às entidades relacionadas e às entidades independentes utilizadas como referência, para aferir da comparabilidade das situações e, eventualmente, efectuar as correcções necessárias.

### **Documentação relativa à política de preços de transferência adoptada**

O dossier fiscal do sujeito passivo<sup>19</sup> deverá, nos termos do nº6 do artigo 57º, conter “a documentação respeitante à política adoptada em matéria de preços de transferência”, incluindo quer (i) documentação referente às operações efectuadas com entidades relacionadas e informação relativa a estas entidades; quer (ii) informação sobre empresas e operações utilizadas como termo de comparação “e demais informação e elementos que tomou em consideração para a determinação dos termos e condições normalmente acordados, aceites ou praticados entre entidades independentes e para a selecção do método ou métodos utilizados”. O tipo, natureza e conteúdo da documentação em referência serão regulamentados por portaria do Ministro das Finanças.

Por outro lado, em conformidade com o disposto no nº7 do artigo 57º, caso efectue operações com entidades relacionadas, o sujeito passivo deve indicar tal facto na declaração anual de informação contabilística e fiscal<sup>20</sup>, incluindo na mesma as seguintes informações:

- Identificação das entidades relacionadas com as quais efectuou tais operações;
- Identificação e referência do montante das operações efectuadas com cada entidade;
- Declaração indicando se organizou e mantém a documentação relativa aos preços de transferência praticados.

O regime ora previsto, em termos da obrigatoriedade de organizar e manter documentação relativa à política de preços de transferência adoptada pelo sujeito passivo, encontra paralelo em regimes já introduzidos noutros países, como por exemplo o Reino Unido.

### **Operações com entidades não residentes**

O regime de preços de transferência estabelecido no artigo 57º é aplicável não só a operações efectuadas entre entidades relacionadas que sejam ambas residentes para efeitos fiscais em território português, mas também relativamente a operações efectuadas por estas ou por estabelecimentos estáveis situados

<sup>19</sup> Previsto no artigo 104º do Código do IRC.

<sup>20</sup> Prevista no artigo 96º-A do Código do IRC.

em território português com entidades não residentes em Portugal para efeitos fiscais<sup>21</sup>, conforme resulta do disposto nos n.ºs 8 e 9 do citado preceito legal.

No que diz respeito a operações efectuadas com entidades não residentes relativamente às quais não foi cumprido o disposto no n.º1 do artigo 57.º, “deve o sujeito passivo efectuar, na declaração a que se refere o artigo 96.º<sup>22</sup>, as necessárias correcções positivas na determinação do lucro tributável, pelo montante correspondente aos efeitos fiscais imputáveis a essa inobservância”.

Quanto à questão dos preços de transferência a nível internacional, ou seja, quando a operação entre entidades relacionadas envolve entidades de diversos Estados, saliente-se que esta assume, relativamente às situações de preços de transferência meramente internas, uma complexidade e uma dificuldade de resolução superiores.

É impossível deixar de reconhecer a importância crescente do problema dos preços de transferência ao nível das operações comerciais e financeiras internacionais. Com efeito, o contexto de crescente internacionalização da economia, de liberalização do investimento transfronteiriço e de existência de um mercado a nível mundial que caracterizou a segunda metade do século XX foi particularmente favorável ao crescimento, em termos de número e de importância económica, dos grupos multinacionais de empresas. Este fenómeno tem-se revelado particularmente notório em espaços onde vigora uma integração económica e onde se procuram eliminar os obstáculos, da mais diversa natureza, à livre circulação entre os Estados de pessoas, bens, serviços, capitais e tecnologia, como é o caso da Comunidade Europeia. Assim, é cada vez maior o número de operações efectuadas entre entidades relacionadas, residentes para efeitos fiscais em países diferentes, e relativamente às quais se suscita a questão dos preços de transferência.

Conforme referimos *supra*, nestes casos a questão dos preços de transferência assume uma complexidade ainda maior do que naqueles em que as entidades envolvidas são residentes para efeitos fiscais no mesmo país. A adequada resolução de questões de preços de transferência a nível internacional depende da existência de formas de cooperação entre os diversos Estados envolvidos ou as respectivas autoridades fiscais, uma vez que as formas de actuação só ao nível de um Estado suscitam, na grande maioria das situações, problemas de dupla tributação económica que apenas a cooperação internacional permite resolver.

### **Ajustamentos correlativos**

Caso sejam efectuadas correcções na determinação do lucro tributável de uma entidade, em virtude de os preços de transferência utilizados numa operação ou série de operações com entidade relacionada não respeitarem o princípio do preço de plena concorrência, o mecanismo dos ajustamentos correlativos visa, para efeitos da determinação do lucro tributável da outra entidade parte na operação, proceder aos ajustamentos simétricos em relação às correcções efectuadas na determinação do lucro tributável da primeira.

Os n.ºs 11 e 12 do artigo 57.º prevêem o procedimento dos ajustamentos correlativos, respectivamente, para os casos de relações especiais com outra entidade que seja também sujeito passivo de IRC ou de IRS, ou para as situações que envolvam entidades não residentes para efeitos fiscais em Portugal, “quando tal resulte de convenções internacionais celebradas por Portugal e nos termos e condições nas

---

<sup>21</sup> Ou, como especifica o n.º 9 do artigo 57.º, com estabelecimentos estáveis de entidade não residente situados fora do território português.

<sup>22</sup> Declaração periódica de rendimentos.

mesmas previstos”.

No que diz respeito à previsão, nas convenções internacionais, do mecanismo do ajustamento correlativo, refira-se que este se encontra consagrado em muitas das convenções para evitar a dupla tributação celebradas entre Portugal e diversos países<sup>23</sup>.

Importa, todavia, salientar que o procedimento do ajustamento correlativo, conforme se encontra previsto no nº 2 do artigo 9º da Convenção Modelo da OCDE, não implica que a correcção dos lucros por um Estado dê lugar, automaticamente, a um ajustamento correlativo no outro Estado<sup>24</sup>. O ajustamento correlativo previsto no nº 2 do artigo 9º da Convenção Modelo da OCDE só ocorrerá se a correcção efectuada aos preços de transferência por um dos Estados, nos termos do nº 1 do mesmo artigo, tiver seguido o princípio do preço de plena concorrência, e se, cumulativamente, o outro Estado aceitar a referida correcção, considerando que esta “se justifica quer no seu princípio quer no que se refere ao respectivo montante”<sup>25</sup>.

Face ao exposto, facilmente se compreendem as dificuldades de aplicação efectiva do mecanismo de ajustamento correlativo previsto no nº 2 do artigo 9º da Convenção Modelo<sup>26</sup>, bem como a clara insuficiência deste preceito para resolver as questões de dupla tributação económica que se suscitam.

Conforme se encontra previsto nos comentários ao nº 2 do artigo 9º da Convenção Modelo da OCDE<sup>27</sup>, “se as partes interessadas não estiverem de acordo quanto ao montante e à natureza do ajustamento apropriado, o procedimento amigável previsto no artigo 25º deverá ser aplicado”.

O procedimento amigável, consagrado no artigo 25º da Convenção Modelo da OCDE, pode concretizar-se através de três tipos de processo:

- i) procedimento desencadeado por iniciativa dos contribuintes, através da qual as autoridades competentes de ambos os Estados devem esforçar-se por resolver, por via de acordo amigável, a situação dos contribuintes sujeitos a tributação não conforme com o disposto na Convenção (nºs 1 e 2 do artigo 25º);
- ii) via de acordo amigável para a resolução, pelas autoridades competentes de ambos os Estados, de problemas relativos à interpretação ou à aplicação da Convenção (nº 3 do artigo 25º);
- iii) realização de consultas entre as referidas autoridades, a fim de eliminarem a dupla tributação nos casos não previstos na Convenção (nº 3 do artigo 25º).

Todavia, o procedimento amigável não implica uma obrigação de resultado para os Estados intervenientes, estando estes apenas obrigados a “esforçar-se [...] por resolver a questão através de acordo amigável”<sup>28</sup>. Tal circunstância limita grandemente a utilidade prática do referido procedimento,

---

<sup>23</sup> Não obstante Portugal ter apresentado uma reserva ao nº 2 do artigo 9º da Convenção Modelo da OCDE, no sentido de não ficar vinculado a incluir o mecanismo do ajustamento correlativo nas convenções para evitar a dupla tributação por si celebradas.

<sup>24</sup> Cfr. Parágrafo 6 dos comentários ao artigo 9º da Convenção Modelo da OCDE.

<sup>25</sup> Cfr. Parágrafo 6 dos comentários ao artigo 9º da Convenção Modelo da OCDE.

<sup>26</sup> MARIA CELESTE CARDONA, *O papel dos acordos de dupla tributação na internacionalização da economia*, in *A Internacionalização da Economia e a Fiscalidade*, Centro de Estudos Fiscais, Lisboa 1993, p. 230, sintetiza da seguinte forma as dificuldades de concretização do ajustamento correlativo previsto neste preceito da Convenção Modelo da OCDE: “A aplicação concreta deste regime é deveras complexa, uma vez que, no que diz respeito ao segundo Estado, o nº 2 do artigo 9º não especifica uma obrigação legal, mas tão-somente uma faculdade: não determina o método segundo o qual se deve efectuar o reajuste de sinal contrário e não estabelece qualquer limite temporal para o exercício daquela «faculdade» por parte do Estado B”.

<sup>27</sup> Cfr. Parágrafo 11 dos comentários ao artigo 9º da Convenção Modelo da OCDE.

<sup>28</sup> Cfr. nº 2 do artigo 25º da Convenção Modelo da OCDE. Idêntica expressão é utilizada no nº 3 do mesmo artigo.



facto que é reconhecido pela própria OCDE. Na prática, o procedimento amigável previsto no artigo 25º da Convenção Modelo da OCDE tende a ser um processo extremamente moroso, podendo não se conseguir chegar a acordo entre as autoridades competentes dos Estados interessados. Tal morosidade do processo e incerteza quanto aos resultados não incentivam as entidades a recorrer a tal procedimento, que é utilizado apenas quando não há outras formas de resolução da situação.

Face às limitações das convenções para evitar a dupla tributação, conforme referido supra, para a resolução do problema da dupla tributação em sede de preços de transferência, foi instituído o procedimento de arbitragem. Tal procedimento, tendente à eliminação da dupla tributação em caso de correcção de lucros entre entidades associadas, foi instituído pela Convenção (90/436/CEE), assinada em 23 de Julho de 1990<sup>29</sup>, comumente designada por Convenção de Arbitragem. A Convenção de Arbitragem prevê duas formas de eliminar a dupla tributação dos lucros: o procedimento amigável e o procedimento arbitral. O procedimento amigável funciona na sequência de reclamação apresentada pela entidade interessada, consistindo num acordo entre as autoridades competentes dos Estados interessados. No caso de as autoridades competentes não chegarem a acordo, não sendo, portanto, possível eliminar dessa forma a dupla tributação, recorre-se ao procedimento arbitral. O funcionamento do procedimento arbitral baseia-se numa comissão consultiva, composta por representantes das autoridades competentes dos países interessados e por personalidades independentes, designadas de comum acordo de entre as constantes de uma lista existente para o efeito. Após a emissão do parecer pela comissão consultiva, ou as autoridades competentes envolvidas no procedimento chegam a acordo quanto à forma de eliminar a dupla tributação ou ficam vinculadas a seguir o parecer da comissão consultiva.

A Convenção de Arbitragem representa um avanço considerável em relação ao mecanismo dos “ajustamentos correlativos”, previsto no nº 2 do artigo 9º da Convenção Modelo da OCDE, e ao “procedimento amigável”, instituído pelo artigo 25º também da Convenção Modelo da OCDE<sup>30</sup>. Contrariamente ao procedimento amigável previsto no referido artigo 25º, a Convenção de Arbitragem não se limita a estabelecer para as autoridades competentes dos Estados uma obrigação de negociar com vista à resolução do problema. Os procedimentos instituídos pela Convenção de Arbitragem culminam, necessariamente, na eliminação da dupla tributação, uma vez que, caso as autoridades competentes dos Estados não consigam chegar a acordo, a eliminação da dupla tributação é assegurada pelo parecer da comissão consultiva, que os Estados ficam vinculados a seguir.

A Comissão de Reforma da Fiscalidade Internacional Portuguesa foi sensível à problemática da dupla tributação económica motivada por correcções ao lucro, no âmbito dos preços de transferência, referindo, no seu *Relatório Final*, que: “A situação existente actualmente apresenta inúmeras desvantagens: [...] Restringiu a possibilidade de serem efectuados ajustamentos correlativos às situações em que (a) ambos os sujeitos passivos são residentes em Portugal, (b) um dos sujeitos passivos é residente em país da União Europeia e (c) um dos sujeitos passivos é residente em país que tenha celebrado uma Convenção contra a Dupla Tributação com Portugal. Nos casos que nos interessam, e salvo as situações previstas na Convenção Relativa à Eliminação da Dupla Tributação em Caso de Correcção de Lucros entre Entidades Associadas, o mecanismo de ajustamento correlativo ou simétrico é de duvidosa eficácia”.

---

<sup>29</sup> Convenção relativa à eliminação da dupla tributação em caso de correcção de lucros entre entidades associadas (90/436/CEE), Jornal Oficial das Comunidades Europeias, nº L 225, de 20.8.90, pp. 10 ss.

<sup>30</sup> Neste sentido, cfr. CATARINA PINTO CORREIA, *Les prix de transfert. Les résolutions au problème de la double imposition. La procédure arbitrale et les accords préalables de prix*, Direito e Justiça, vol.13, tomo 1, 1999, p. 271.

Não se verificou, portanto, na sequência da alteração do enquadramento jurídico-tributário dos preços de transferência, em relação a este aspecto da dupla tributação económica decorrente de correcções efectuadas quanto a situações de preços de transferência de âmbito internacional, uma alteração sensível relativamente à situação anterior, a qual mereceu as críticas acima citadas da aludida Comissão – as quais permanecem perfeitamente actuais.

Acrescentaríamos, ainda, que se tem verificado uma grande morosidade na aplicação dos procedimentos previstos na Convenção de Arbitragem, o que tem contribuído para diminuir o seu interesse prático para as entidades que a ela recorrem ou poderiam recorrer.

### **ACORDOS PRÉVIOS SOBRE PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA**

Um dos campos em que ainda não foram adoptadas as recomendações das *Comissões para o Desenvolvimento da Reforma Fiscal e de Reforma da Fiscalidade Internacional Portuguesa* é o da adopção dos acordos prévios sobre preços de transferência.

Um acordo prévio sobre preços de transferência, ou, na terminologia utilizada pela OCDE, um “*advance pricing arrangement*” (adiante abreviadamente designado por “APA”) constitui um acordo que estabelece, previamente à realização de determinadas operações entre entidades relacionadas, um conjunto de critérios para a determinação dos preços de transferência aplicáveis a tais operações durante um período de tempo previamente fixado.

Constitui, portanto, um processo voluntário de resolução antecipada de questões relativas aos preços de transferência, de forma a evitar futuros problemas com as autoridades fiscais. O APA permite a fixação prévia do método de preços de transferência que a entidade vai utilizar, tomando, portanto, em consideração a situação específica da entidade.

Os APAs podem ser de dois tipos:

- unilaterais: quando são estabelecidos entre o contribuinte e as autoridades fiscais do respectivo país; ou
- bilaterais ou multilaterais: quando envolvem, para além do contribuinte e das autoridades fiscais do respectivo país, igualmente outra ou outras autoridades fiscais de países distintos. Este último tipo de APAs apresenta, portanto, a vantagem de permitir evitar o problema da dupla tributação económica decorrente das alterações efectuadas por um Estado ao lucro tributável da entidade aí residente para efeitos fiscais, quando não acompanhadas da realização de um ajustamento correlativo pelo outro ou outros Estados envolvidos.

### **CONCLUSÕES**

Um passo fundamental foi dado ao efectuar-se a definição mais rigorosa dos pressupostos de aplicação do artigo 57º, esclarecendo-se quando existem relações especiais entre entidades, bem como quais os princípios e métodos que devem ser seguidos na determinação ou correcção dos preços de transferência, seguindo as directrizes da OCDE.

Contudo, há ainda um longo caminho a percorrer no que diz respeito ao aperfeiçoamento do regime aplicável aos preços de transferência. E, naturalmente, que tal caminho deverá ser percorrido não só em termos de legislação nacional mas, em grande medida, resultar da reflexão e cooperação mantidas a nível internacional sobre esta matéria.

A complexidade da questão dos preços de transferência, largamente reconhecida pelos Estados e pelas instituições internacionais, é agravada pelo facto de o universo em que se situa – as operações efectuadas

entre entidades relacionadas - se encontrar em contínua evolução.

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. Torna-se, portanto, essencial a continuação da análise relativamente aos métodos aplicáveis à determinação dos preços de transferência, principalmente no que diz respeito à adequação de tais métodos a tipos específicos de operações que levantam maiores dificuldades a este nível, como é o caso das operações financeiras ou envolvendo tecnologia e *know-how*.

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. Revela-se necessário um grande esforço de sistematização a este nível, o qual deveria passar, de forma a facilitar tal tarefa, por um aprofundamento da cooperação internacional na troca de informações.

Por outro lado, o aperfeiçoamento da legislação que regula a questão dos preços de transferência e o desenvolvimento dos mecanismos de controlo, por parte da administração fiscal, das situações de preços de transferência - como é o caso da documentação respeitante à política adoptada em matéria de preços de transferência que os sujeitos passivos deverão manter - não deverão redundar numa excessiva rigidez do regime ou em encargos administrativos desproporcionados relativamente à dimensão das entidades envolvidas. Com efeito, tal tenderia a afectar o dinamismo das transacções entre entidades relacionadas, tanto a nível nacional como internacional, o que constituiria uma consequência indesejável do aperfeiçoamento do regime.

A especial delicadeza da questão dos preços de transferência tratando-se de situações de âmbito internacional resulta, designadamente, do facto de se tratar de um problema que afecta o relacionamento entre os grupos multinacionais de empresas, com uma influência poderosa na realidade económica actual, e os Estados onde essas entidades se encontram instaladas. Afecta ainda o relacionamento entre os vários Estados. Com efeito, a actuação de uns Estados em defesa das suas receitas fiscais, mediante o controlo e correcção dos preços de transferência praticados pelas entidades residentes no seu território, acaba por se repercutir nos outros Estados, nos quais deveriam ser efectuados ajustamentos correlativos, para efeitos do apuramento da matéria colectável de entidades residentes nesses outros Estados.

Face ao carácter muito delimitado dos mecanismos de cooperação internacional relevantes ao nível dos preços de transferência, continua a caber a cada Estado, isoladamente, o papel fundamental na regulamentação e controlo dos preços de transferência, mesmo quando se trate de situações de âmbito internacional. Contudo, o desenvolvimento da cooperação internacional, em termos de complementaridade na actuação de controlo dos Estados relativamente aos seus contribuintes, é essencial à adequada resolução dos problemas de preços de transferência de âmbito internacional. Tanto mais que as formas de actuação só ao nível de um Estado suscitam, na grande maioria dos casos, como tivemos oportunidade de salientar, problemas de dupla tributação económica que apenas a cooperação internacional permite resolver. É a este nível que os APAs bilaterais ou multilaterais poderão vir a desempenhar um papel extremamente relevante, caso se consigam desenvolver, designadamente no seio de grupos de países com um relacionamento estreito a nível económico, procedimentos relativamente pouco morosos de celebração dos mesmos.