

Questões Fiscais da Globalização - II

12 de Junho de 2007

40 Anos

Solidez

Independência

Profundidade

PLMJ
SOCIEDADE DE ADVOGADOS, RL

Preços de Transferência



António Calisto Pato
acp@plmj.pt



Diogo Leite de Campos
Catedrático de Direito - Sócio de Capital
Coordenador de Departamento de PLMJ
dlc@plmj.pt

Contextualização

A abordagem da temática dos preços de transferência é, actualmente, das mais negligenciadas no meio jurídico nacional, o que se justifica, por um lado, pela natural propensão para o fazer relativamente uma área da fiscalidade que se caracteriza predominantemente por uma forte vertente economicista e, por outro, porque em regra as questões que envolvem a análise destas matérias exigem uma larga disponibilidade de recursos humanos, eventualmente superior ao que a maioria das sociedades de advogados a actuar em Portugal (ao contrário do que acontece em alguns mercados internacionais onde se verifica o nascimento de departamentos dedicados em exclusivo à tributação internacional ou mesmo aos preços de transferência), tem presentemente capacidade para comportar. No entanto, e atendendo à tendência que esta área da fiscalidade internacional tem vindo a demonstrar nos Estados Unidos e no resto da União Europeia, será cada vez mais frequente, com a evolução do nível de exigência dos clientes, com a crescente globalização do investimento transfronteiriço inbound e outbound, especialmente no mercado comum, e com a aprimorização técnico-jurídica da administração tributária portuguesa, o recurso a advogados especialistas em direito fiscal (e

preferencialmente com experiência em tributação internacional), habituados não só ao aconselhamento estrutural de operações mas também especialmente habilitados para representar os seus clientes não só perante a administração fiscal e perante os Tribunais e nesta área em concreto, em procedimento amigável (MAP) ou em arbitragem internacional, nos termos previstos pela Convenção Multilateral de Arbitragem da UE.

De facto, cada vez mais se sente uma crescente necessidade no meio empresarial de envolver o advogado também nesta área logo no início da estruturação internacional empresarial, por forma a que este possa analisar, conjuntamente com os consultores do interessado, o(s) método(s) a seguir, assessorar a sua implementação de uma perspectiva a material e formal, assessorar a subsequente supervisão da implementação dos resultados do estudo de preços de transferência e, especialmente, assessorar a implementação de acordos de partilhas de custos e de acordos de prestações de serviços intra-grupo, bem como a negociação de acordos prévios sobre preços de transferência (advanced pricing agreements ou APAs) e, se necessário, defender a utilização de método(s) e das medidas de implementação formais e materiais necessárias junto das administrações fiscais envolvidas, dos tribunais, de comissão de procedimento amigável ou até em sede de processo de arbitragem.

E para isso o Advogado especialista em Direito Fiscal, habituado a este domínio da tributação internacional, tem à sua disposição, não só a legislação doméstica (CIRC, respectiva portaria, despachos

e opiniões vinculativas da administração tributária, etc) mas especialmente, visto tratar-se de uma das áreas de tributação com maior hegemonia internacional, os Guidelines da OCDE, os Regulamentos Norte-Americanos (para operações que envolvam Estados Unidos), o artigo 9º da Convenção Modelo da OCDE e os respectivos comentários, a Convenção Multilateral de Arbitragem da UE e o respectivo Código de Conduta para a sua implementação, os relatórios do Joint Transfer Pricing Fórum da UE, os Guidelines for Advance Pricing Agreements da UE, etc. E mais do que isso, tem as habilitações necessárias e a sensibilidade jurídica essencial para interpreta-los convenientemente por forma a conseguir para o seu cliente a estrutura ideal e equilibrada, bem como a correcta e justa distribuição do imposto devido entre os Estados envolvidos.

Questões Preliminares; A necessidade de uma análise de preços de transferência

Por princípio, qualquer estrutura internacional deverá ser alvo de uma análise de preços de transferência. De facto o cerne desta norma anti-abusiva comum a uma grande número de países, principalmente se membros da OCDE, é a de que as determinadas entidades (pessoas singulares, pessoas colectivas ou até entidades que não tendo personalidade jurídica tenham personalidade tributária) não obstante o facto de estarem especialmente relacionadas entre si ajam de forma coerente com o princípio da plena concorrência. O que não é, por definição, uma forma natural de negociação entre este tipo de entidades que, por estarem relacionadas entre si, não são nas negociações entre elas, em princípio, afectadas por factores externos e implícitos ao mercado, comuns nas negociações entre empresas não relacionadas. E, desde logo, para total compreensão deste artificialismo legal, há que conseguir conjugar perspectivas: por um lado a perspectiva económico-administrativa nos termos da qual a atribuição de meios financeiros a vários segmentos de uma Empresa se baseia em regras económicas orçamentais de funções e responsabilidades, performance, decisões de gestão (fazer ou comprar) e culmina na atribuição incentivos e remunerações com base no sucesso dos seus segmentos empresariais; por outro, a perspectiva fiscal nos termos da qual as empresas com relações especiais têm de negociar a preços arm's length, isto é, ao preço que seria acordado entre empresas não relacionadas envolvidas nas mesmas ou em transacções similares nas mesmas ou em condições similares.

Análise económico-jurídica

Grosso modo, um estudo de preços de transferência deverá dividir-se em 3 partes: (i) investigação e análise factual e funcional das partes envolvidas, (ii) análise económico-jurídica e (iii) recomendações e documentação. Damos aqui, naturalmente, maior foco à segunda parte.

A análise económico-jurídica num estudo de preços de transferência passa, em primeiro lugar, pela selecção de um (ou mais) métodos que se enumeram abaixo e, seguidamente, pela sua implementação, devendo para tal, determinar-se critérios de comparabilidade, procurar transacções ou empresas comparáveis, efectuar uma análise financeira e efectuar respectivos ajustes e, finalmente,

concluir qual o preço considerado arm's length (preço que seria acordado pelas partes em situação de plena concorrência).

Começar-se-á, então, por seleccionar um (ou mais) de entre os seguintes 5 métodos, três dos quais considerados tradicionais (Preço Comparável de Mercado, Preço de Revenda Minorado e Custo Majorado) e dois considerados alternativos (Fraccionamento do Lucro e Método da Margem Líquida da Operação).

Na escolha do método adequado à operação em análise, ter-se-á em conta, logo de início, que em princípio o método do Preço Comparável de Mercado poderá ser mais adequado a operações que envolvam a negociação de bens e direitos e a prestação de serviços, o método Preço de Revenda Minorado poderá ser mais adequado para operações que especificamente se reportem à venda, marketing e distribuição de bens, que o método Custo Majorado poderá ser mais adequado para operações de manufacturação de bens e prestação de serviços intra-grupo, o método do Fraccionamento do Lucro poderá mostrar-se mais adequado para operações em que ambas as partes contratantes possuam em larga escala propriedade intangível e que o Método da Margem Líquida da Operação poderá ser adequado para operações que envolvam a negociação de bens e de propriedade intangível e a prestação de serviços.

Mais acresce que a aplicação dos dois métodos alternativos é subsidiária relativamente à aplicação dos métodos tradicionais e a aplicação do método do Preço Comparável de Mercado, na medida em que requer o grau mais elevado de comparabilidade, deverá, como alias se encontra expressamente determinado nas Guidelines da OCDE, ter prioridade relativamente à aplicação dos remanescentes métodos.

Basicamente a diferença na aplicação de cada um dos métodos reporta-se à selecção da parte da demonstração de resultados que, no caso concreto, e tendo em conta os benchmarks disponíveis, bem como outras variáveis abaixo mencionadas, oferece uma melhor e mais fiável estimativa dos termos e condições que seriam acordados em plena concorrência. Assim, aplicando-se o método do Preço Comparável de Mercado apenas se dará atenção às vendas líquidas, aplicando-se o método do Preço de Revenda Minorado e o Custo Majorado dar-se-á atenção ao lucro bruto operacional e aplicando-se o Método da Margem Líquida da Operação ou o método do Fraccionamento do Lucro dar-se-á atenção à margem operacional.

Uma vez seleccionado o método a utilizar, a sua implementação inicia-se com a determinação de critérios de compatibilidade, sendo considerados, dependendo do caso, os seguintes factores determinantes de comparabilidade: (i) as características dos bens, direitos ou serviços, (ii) a análise funcional das entidades envolvidas, (iii) os termos contratuais, (iv) as circunstâncias económicas dos mercados em que as partes contratantes operam e (v) a estratégia empresarial das partes contratantes.

Determinados os critérios de comparabilidade adequados para o caso concreto, proceder-se-á, seguidamente, a uma busca de empresas ou operações comparáveis, com recurso às bases de dados disponíveis (Amadeus, Fame, Reach, SABI, Dafne, Diane, Aida, Compusat, Cade, Worldscope global, LivEdgar, Ariana, etc). Ao efectuar-se o benchmarking deverão desde logo estabelecer-se

critérios e estratégias relativamente a variáveis que ocorrem com frequência neste tipo de análise, como seja dificuldades criadas pelo facto de muita da informação não se encontrar disponível em língua portuguesa, diferenças nos sistemas de classificação dos bens/serviços, escassez de informação relativamente a determinados mercados (América latina, por exemplo), aceitação ou rejeição de comparação de perdas, exclusão ou inclusão de empresas com contabilidade consolidada, número de anos a ter em conta na análise financeira, existência de ajustes já incluída na informação disponível, etc.

Efectuada a referida busca entra-se na fase da análise financeira, com a aplicação dos rácios financeiros (nos casos em que não é possível aplicar o método CUP) e a realização, eventual, de ajustes. O rácio financeiro a aplicar depende, em grande parte, do método seleccionado, estando disponíveis vários rácios como sejam: (i) margem de lucro bruto, (ii) margem operacional, (iii) relação lucro global – funções/riscos, (iv) relação grupo residual – funções/riscos, etc.

Os ajustes mais comuns respeitam a ajustes contabilísticos, ajustes relativos às despesas operacionais e ajustes relativos a working capital.

Procedimentos subsequentes

Efectuado o estudo de preços de transferência, apurar-se-á um valor correspondente ao preço arm's length e proceder-se-á à sua subsequente implementação material e formal, que implicará a reunião e manutenção de documentação fiscal (dossier de preços de transferência) e a supervisão do cumprimento das "directrizes" que necessariamente resultam do estudo de preços de transferência. Quanto a este ponto, esclareça-se que a exigibilidade de um "extenso" dossier de preços de transferência embora possa ser visto, por um lado, como um ónus pesado para o contribuinte, não pode, por outro lado, quando bem feito e implementado, deixar de ser reconhecido como uma forma privilegiada de poder, caso necessário, defender as opções tomadas e os preços praticados perante a administração fiscal, em procedimento tributário, em processo tributário, recorrendo a MAP ou mesmo a arbitragem. Principalmente se for tido em conta a subjectividade que rodeia a selecção de métodos e a realização de ajustes, é de se prever que esta seja uma área cuja litigiosidade poderá em qualquer altura disparar radicalmente, se o poder administrativo subjacente não for exercido com o bom senso exigível e cumprindo escrupulosamente as recomendações da OCDE.

"Sociedade de Advogados Portuguesa do Ano" - IFLR Awards 2006 & Who's Who Legal Awards 2006

"Melhor Departamento Fiscal do Ano" - International Tax Review - Tax Awards 2006

Prémio Mind Leaders Awards™ – Human Resources Suppliers - 2007

A presente NewsLextter destina-se a ser distribuída entre Clientes e Colegas e a informação nela contida é prestada de forma geral e abstracta, não devendo servir de base para qualquer tomada de decisão sem assistência profissional qualificada e dirigida ao caso concreto. O conteúdo desta Newsletter não pode ser reproduzido, no seu todo ou em parte, sem a expressa autorização do editor. Caso deseje obter esclarecimentos adicionais sobre o assunto contacte Prof. Diogo Leite de Campos - e.mail: dlc@plmj.pt; tel: (351) 213 197 357; fax: (351) 213 197 450.

Lisboa

Avenida da Liberdade n.º 224
1250-148 Lisboa

Tel: (351) 21.319 73 00
Fax: (351) 21 319 74 00

email geral: plmj@plmj.com

Porto

Avenida da Boavista n.º 2121, 4.º- 407
4100-137 Porto

Tel: (351) 22 607 47 00
Fax: (351) 22 607 47 50

Faro

Rua Pinheiro Chagas, 16, 2.º Dto. (à Pç. da Liberdade)
8000 - 406 Faro

Tel: (351) 289 80 41 37
Fax: (351) 289 80 35 88

Coimbra

Rua João Machado nº 100
Edifício Coimbra, 5.º Andar, Salas 505, 506 e 507
3000-226 Coimbra

Tel: (351) 239 85 19 50
Fax: (351) 239 82 53 66

Escritórios em Angola, Brasil e Macau (em parceria com Firmas locais)