



MARCELA DALIA CARNEIRO

**ALÉM DAS IMPRECIÇÕES METODOLÓGICAS: uma análise dos
Acórdãos do Tribunal de Justiça da União Europeia sobre a
caracterização de *tax ruling practices* como auxílios de Estado.**

Dissertação com vista à obtenção do grau de Mestre em Direito
na especialidade de Direito Público.

Orientadora:

Doutora Rita Calçada Pires, Professora da Universidade NOVA de Lisboa.

Co-Orientadora:

Mestre Carla Valério

Setembro/2022



MARCELA DALIA CARNEIRO

**ALÉM DAS IMPRECISÕES METODOLÓGICAS: uma análise dos
Acórdãos do Tribunal de Justiça da União Europeia sobre a
caracterização de *tax ruling practices* como auxílios de Estado.**

Dissertação com vista à obtenção do grau de Mestre em Direito
na especialidade de Direito Público.

Orientadora:

Doutora Rita Calçada Pires, Professora da Universidade NOVA de Lisboa.

Co-Orientadora:

Mestre Carla Valério

Setembro/2022



ALÉM DAS IMPRECISÕES METODOLÓGICAS: uma análise dos
Acórdãos do Tribunal de Justiça da União Europeia sobre a
caracterização de *tax ruling practices* como auxílios de Estado.

Setembro
2022

Declaração antiplágio

Declaro por minha honra que o trabalho que apresento é original e que todas as minhas citações estão corretamente identificadas. Tenho consciência de que a utilização de elementos alheios não identificados constitui uma grave falta ética e disciplinar.

Marcela Dalia Carneiro

Anti plagiarism statement

I hereby declare that the work I present is my own work and that all my citations are correctly acknowledged. I am aware that the use of unacknowledged extraneous materials and sources constitutes a serious ethical and disciplinary offence.

Marcela Dalia Carneiro

DECLARAÇÃO DO NÚMERO DE CARACTERES

O corpo desta dissertação, incluindo espaços e notas de rodapé, ocupa um total de 189.896 caracteres.

NOTA: a presente dissertação foi escrita ao abrigo do novo acordo ortográfico de português vigente no Brasil. Ressalvam-se as obras citadas.

DECLARATION OF THE NUMBER OF CHARACTERS

The body of this dissertation, including spaces and footnotes, occupies a total of 189.896 characters.

NOTE: this dissertation was written under the new Portuguese orthographic agreement in force in Brazil. With the exception of the works cited.

RESUMO

A manipulação dos preços de transferência é problema antigo do Direito Internacional Tributário, contudo, ele vem adquirindo novas feições com a globalização e a predominância dos grupos multinacionais. Para agregar segurança jurídica e assegurar o pagamento do montante devido de tributação, vêm sendo criadas diversas *tax ruling practices* que envolvem a Administração Fiscal e o contribuinte, determinando previamente o tratamento fiscal relativo a este, inclusive no que diz respeito aos preços de transferência.

Todavia, estas práticas, dentre as quais cabe destacar as decisões fiscais antecipadas e os acordos prévios sobre preços de transferência, podem estar sendo desvirtuadas para favorecer o contribuinte. Este desvirtuamento seria causado pela concorrência fiscal entre os Estados que, almejando atrair grupos multinacionais para seu território, lhes confeririam um tratamento mais benéfico do que o oferecido aos demais contribuintes pelo seu ordenamento jurídico, distorcendo a concorrência entre as empresas.

No âmbito da União Europeia, este tipo de benefício que ameaça a concorrência salutar entre as empresas pode se enquadrar no regime dos auxílios de Estado, previsto no art. 107º do Tratado de Funcionamento da União Europeia. Nesta sina, a Comissão Europeia, responsável pela fiscalização do cumprimento deste regime, investigou diversos casos de possíveis favorecimentos de grupos multinacionais através das *tax rulings practices*, concluindo pela caracterização de um auxílio de Estado ilegal em diversos deles. Estas decisões foram questionadas perante o Tribunal de Justiça da União Europeia, resultando, até o princípio da elaboração da presente dissertação, em quatro Acórdãos que serão devidamente analisados.

Como conclusão desta análise se extrai que, embora o Tribunal tenha reconhecido a competência da Comissão para fiscalizar tais medidas e estabelecido que as empresas autônomas e associadas devem ser tratadas igualmente em ordenamentos que não estabeleçam uma diferença de tratamento entre ambas, o ônus probatório hercúleo associado à configuração da vantagem vem impedindo a atuação da Comissão permitida pelo próprio Tribunal.

Palavras-chave: Preços de transferência; *Tax ruling practices*; Auxílio de Estado; Tribunal de Justiça da União Europeia.

ABSTRACT

The manipulation of transfer pricing is an old issue for International Tax Law, however it is acquiring new features with the globalization and the predominance of multinational enterprises in the economy. To add legal certainty and assure the payment of the due amount of taxation, the tax administration is developing tax ruling practices that previously determine the proper tax treatment for the taxpayer – which also involves transfer pricing. Among the tax practices developed, it is important to mention the advance pricing agreements and the individual tax rulings issued by the administration.

Nevertheless, those tax practices may be used to favor the taxpayer instead of assuring the proper amount of taxation. The misuse of those instruments is motivated by the harmful tax competition among States that are willing to grant a more beneficial tax treatment to a specific company in order to attract it to their territory, which distorts the competition among enterprises.

In the European Union those kind of benefits may be characterized as a State aid, which is forbidden in the terms of the art. 107^o of the Treaty on the Functioning of the European Union. The Commission – responsible for assuring that the Treaty dispositions are followed by the Member-States – started to investigate numerous cases involving the possible favoring of multinational groups through tax ruling practices, concluding for the existence of illegal state aid in many of them. Those decisions were questioned before the Court of Justice of the European Union, resulting in four judgements until the beginning of the elaboration of this paper, which aims to analyze them in order to identify the posture adopted by the Court and point possible developments for the future decisions.

The conclusion is that, although the Court recognizes that the Commission has competence to supervise those practices and that stand-alone companies are considered in a similar situation regarding transfer pricing, the burden of prove of the advantage imposed by the Court is making the role of the Commission almost impossible.

Key-words: Transfer pricing; tax rulings practices; State aid; Court of Justice of the European Union.

SIGLAS E ABREVIATURAS

art..	Artigo
APP	Acordo Prévio sobre Preços de Transferência
BEPS	Base Erosion and Profit Shifting Action Plan
DFA	Decisão Fiscal Antecipada
JTPF	EU Joint Transfer Pricing Forum
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
PMEs	Pequenas e Médias Empresas
TFUE	Tratado de Funcionamento da União Europeia
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
EU	União Europeia

Índice

1. INTRODUÇÃO	10
2. AS TAX RULING PRACTICES E SUA POSSÍVEL CONFIGURAÇÃO COMO AUXÍLIOS DE ESTADO NO ÂMBITO DA UNIÃO EUROPEIA.	17
2.1. <i>Tax ruling practices</i> : Acordos Prévios sobre Preços de Transferência (APPs) e Decisões Fiscais Antecipadas (DFAs).....	17
2.2. O regime dos auxílios de Estado no âmbito da União Europeia.....	23
2.3. A desvirtuação das <i>tax ruling practices</i> e a atuação da Comissão.	29
3. ANÁLISE DOS ACÓRDÃOS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA.	38
3.1. Processos T-755/15 e T-759/15: Grão Ducado do Luxemburgo e Fiat Chrysler Finance Europe (FFT), apoiados pela Irlanda, contra Comissão Europeia.	38
3.2. Processos T-760/15 e T-636/16: Reino dos Países Baixos, Starbucks Corp. e Starbucks Manufacturing Emea BV (SMBV), apoiados pela Irlanda, contra a Comissão Europeia.	42
3.3. Processos T-778/16 e T-892/16: Irlanda, Apple Sales Internacional (ASI) e Apple Operations Europe (AOE), apoiados pelo Grão-Ducado de Luxemburgo, contra a Comissão Europeia, apoiada pela República da Polónia e o Órgão de Fiscalização da EFTA.....	48
3.4. Processos T-816/17 e T-318/18: Grão Ducado de Luxemburgo, Amazon EU Sàrl e Amazon. com, Inc., apoiados pela Irlanda, contra a Comissão Europeia.....	56
4. ANÁLISE DA POSTURA DO TRIBUNAL NOS ACÓRDÃOS.....	66
5. CONCLUSÃO	74
REFERÊNCIA	77

1. Introdução

É atribuída a MARSHALL MCLUHAN a criação do conceito da aldeia global, percussor do que entendemos atualmente como o processo de globalização. Ainda em 1960, o filósofo teria vislumbrado as mudanças que estavam por vir, proferindo a célebre frase *“Ours is a brand-new world of allatonceness. “Time” has ceased, “space” has vanished. We now live in a global village...a simultaneous happening”* (McLuhan, 1967, P. 63).

O acelerado desenvolvimento tecnológico das últimas décadas provou verdadeira a percepção de Marshall, pois a conceção de tempo e de espaço se alteraram significativamente com a facilitação da circulação de pessoas, de informações e de capitais, que alavancaram o processo de globalização a olhos vistos. Contudo, períodos marcados pela rutura advinda de mudanças abruptas representam grandes desafios à sociedade devido à desconexão do contexto atual com o sistema posto – problema que se torna evidente ao analisar a estruturação dos sistemas tributários nacionais diante da globalização.

Alguns dos principais desafios a serem enfrentados por estes sistemas estão associados à atual organização da economia mundial, centrada nos grupos multinacionais¹, que ocupam uma posição de total primazia no contexto de globalização econômica (Santos, 2018, P. 155). Estes grupos normalmente se organizam de maneira descentralizada, tanto no que diz respeito à produção quanto à própria estrutura organizacional, que conta com diversas pessoas jurídicas distintas sediadas em países diferentes, para além dos estabelecimentos permanentes. Para dimensionar a importância das multinacionais no contexto atual e compreender a relevância desta nova forma de estruturação organizacional, em 2008, já se estimava que em torno de 70% das operações internacionais fossem realizadas entre empresas associadas a um mesmo grupo empresarial (Hamaekers, 2008, P. 7).

Esta descentralização permite maximizar o lucro do grupo como um todo, haja vista que diferentes empresas do grupo podem se fixar nos países mais benéficos para

¹ Para os objetivos do presente trabalho, não será utilizada a distinção – bastante controversa – entre multinacionais e transnacionais, que, em termos gerais, representam diferentes níveis de internacionalização da administração do grupo empresarial no qual as multinacionais representariam um menor nível de internacionalização do que as transnacionais.

cada etapa de produção, reduzindo os custos com matéria-prima e mão-de-obra, por exemplo. Contudo, os fatores que influenciam nesta escolha empresarial não são de ordem estritamente econômica, mas também se baseiam nos regimes tributários, haja vista que, evidentemente, menores gastos com tributação influenciam diretamente no aumento do lucro.

A sanha empresarial pela maximização de lucros, entretanto, pode comprometer a sustentação de gastos essenciais para o Estado Social e permitir uma descomunal concentração de renda. Neste cenário, os Estados – que estão restritos aos seus espaços territoriais e, na maioria das vezes, têm menos poder e recursos financeiros do que os grupos multinacionais² – se tornam reféns dos interesses empresariais, concedendo-lhes condições cada vez mais benéficas, disputando investimentos com os demais países em uma autêntica corrida ao fundo do poço (*race to the bottom*) (Dowbor, 2017, P. 84-86).

Esta situação, para além de representar um perigo à manutenção do bem-estar da população, que necessita da estrutura governamental em áreas basilares (como bem evidenciou a pandemia no contexto da saúde pública), é prejudicial para a própria economia por praticamente inviabilizar a existência de pequenas e médias empresas em diversos setores, diminuindo significativamente a concorrência e criando cenários tão extremos que motivaram a criação de uma nova nomenclatura para os descrever: o oligopólio sistêmico (Dowbor, 2017, P. 77-80).

Uma pesquisa de 2011 do Instituto Federal Suíço de Pesquisa e Tecnologia, denominada “A Rede de Controle Corporativo Global”, constatou que as 43 mil corporações mais importantes do banco de dados da Orbis 2007 se relacionam em um modelo de “gravata borboleta” (*bow-tie*) no qual as poucas corporações localizadas no “nó” da gravata controlam um enorme número de empresas das ramificações. A pesquisa concluiu que apenas 737 dos principais atores (*top-holders*) acumulam 80% do controle sobre os valores de todas as empresas multinacionais, sendo $\frac{3}{4}$ destes atores intermediários financeiros (Dowbor, 2017, P. 44-45). Nas palavras do próprio estudo, traduzido para o português por Ladislau Dowbor:

Descobrimos que as corporações transnacionais formam uma gigantesca estrutura em forma de gravata borboleta (*bow-tie*), e que uma grande parte do controle flui para um núcleo (*core*) pequeno e fortemente articulado de

² Um levantamento de 2018 demonstra a importância de alguns destes grupos ao concluir que o valor de mercado das 5 maiores empresas do mundo superam o PIB de todos os países do globo, exceto dos Estados Unidos, da China, da Alemanha e do Japão (Neate, 2018).

instituições financeiras. Este núcleo pode ser visto como uma ‘superentidade’ (*super-entity*), o que levanta questões importantes tanto para pesquisadores como para os que traçam políticas (Dowbor, 2017, P. 42).

Uma das conclusões importantes do estudo diz respeito à fragilidade sistêmica gerada por este modelo, pois uma rede financeira densamente conectada aumenta a sujeição ao risco sistêmico devido à tendência que, em bons tempos, a rede pareça robusta, mas, ao passar por uma dificuldade, as empresas entrem em desespero simultaneamente. Ademais, esta configuração faz com que, evidentemente, não exista concorrência real a nível global – o que, novamente, mostra a inadequação do sistema posto ao contexto atual, haja vista que as principais políticas voltadas ao controle de cartéis operam a nível nacional (Dowbor, 2017, P. 47-48)

Por fim, este grupo pequeno e influente tem o poder para exercer enorme pressão sobre os Estados, principalmente levando em consideração os mecanismos de “ricos-ficam-mais-ricos” (*rich-get-richer*) e o fenômeno de clube dos ricos (*rich-club phenomenon*) que este tipo de estrutura denota. Assim:

Estamos acostumados a dizer que os grandes grupos financeiros são demasiado grandes para quebrar. Ao ver como estão interconectados, a imagem muda. É o sistema que é grande e poderoso demais para que não sejamos todos obrigados a manter os seus privilégios. (...) Sobretudo, sempre que os interesses convergem, não é necessária nenhuma conspiração para que os membros deste “clube de ricos” sejam defendidos solidariamente. Exemplos não faltam. Um deles é a batalha, já mencionada, para se reduzir os impostos que pagam os muito ricos, para evitar taxaço sobre transações financeiras, ou ainda para evitar o controle dos paraísos fiscais (Dowbor, 2017, P. 48-50)

Portanto, a soberania dos países – e, conseqüentemente, o próprio sistema democrático – vai perdendo o poder sobre os grupos multinacionais, que pressionam cada vez mais por uma “liberdade de mercado” que implique na ausência de regulações e na diminuição da tributação, o que enfraquece ainda mais o poder estatal, configurando um ciclo vicioso. Em agravamento a este quadro, as tentativas de reação dos Estados são muitas vezes classificadas como absurdas, agressivas ou nacionalistas, como será demonstrado adiante.

A busca por reduzir os valores pagos a título de tributação resulta muitas vezes na manipulação dos lucros auferidos pelas empresas dentro do grupo para que os maiores lucros sejam contabilizados nas entidades localizadas em países com sistemas tributários mais benéficos, inclusive paraísos fiscais. Esta manipulação frequentemente ocorre através dos preços de transferência, que são os preços praticados nas operações entre empresas pertencentes a um mesmo grupo. Para que se tenha uma dimensão do tamanho

do problema, segundo dados do *Global Financial Integrity*, a manipulação dos preços de transferência por transnacionais é responsável por 77,8% dos fluxos ilícitos de capital que saem dos países em desenvolvimento, prejudicando substancialmente a arrecadação (Sparnjers; Kar, 2014).

A utilização de preços nas operações intragrupo tem justificativas econômicas, permitindo avaliar as performances de cada entidade e tomar decisões quanto às vantagens financeiras de vender determinado produto para outra entidade pertencente ao grupo ou para uma empresa não associada (Hamaekers, 2008, P. 11-12). Contudo, se não refletirem a realidade econômica, os preços de transferência podem servir à manipulação dos lucros entre empresas associadas.

Para impedir esta forma de manipulação das bases tributáveis, a OCDE implantou um regime próprio baseado no critério da entidade separada (*Separate Entity Approach*) e no princípio da plena concorrência (*arm's length principle*).³ Este regime – que não é seguido apenas pelos membros da OCDE, consistindo em uma verdadeira referência internacional – prescreve que as empresas pertencentes a um grupo devem ser analisadas como entidades separadas e praticar nas relações entre si os preços que praticariam em situação de mercado com empresas com as quais não estivessem associadas. Nos casos em que estas regras não forem seguidas, o artigo 9º do MC-OCDE (*OECD Model Convention*) prevê que o Estado tribute o lucro como se as condições estabelecidas na relação intragrupo não existissem, adequando-as às condições de mercado. Todavia, o mesmo dispositivo prescreve que, para que não ocorra dupla tributação econômica, tal adequação deve ser acompanhada de um reajuste no Estado que tenha tributado o lucro de acordo com as condições previamente estabelecidas.

Assim, embora a terminologia “preços de transferência” seja comumente utilizada em sentido pejorativo, designando a prática de valores intragrupo destoantes daqueles que ocorreriam em situação de mercado,⁴ ela designa apenas “os preços pelos quais uma empresa transfere bens corpóreos, activos incorpóreos ou presta serviço a outra entidade

³ Cabe ressaltar que o regime implantado pela OCDE se baseia em experiências anteriores, havendo registros da utilização do princípio da concorrência em tratados entre o Reino Unido e os EUA desde os anos 1920 (Hamaekers, 2008, P. 14).

⁴ Por exemplo, HUCK elenca como característica dos preços de transferência a manipulação decorrente do controle de ambas as pontas da operação – a compra e a venda – por um mesmo grupo, compreendendo o benefício decorrente como uma das características essenciais do fenômeno (Huck, 1997, P. 255).

com a qual esteja em situação de relações especiais” (Pires, 2006, P. 24), ou, na nomenclatura adotada pela OCDE, uma empresa associada.

Entretanto, a tarefa de atribuir o preço praticado nas operações de livre mercado é árdua e, muitas vezes, imprecisa. Para operacionalizar o seu regime, a OCDE elaborou o “*OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*”, adiante denominada como “Orientações da OCDE”, documento que serve como base para o *EU Joint Transfer Pricing Forum* (JTPF), criado em 2002 para ajudar a Comissão a propor soluções práticas para os problemas gerados pelos preços de transferência no âmbito da UE, já que esta matéria ainda não foi harmonizada por meios legislativos. Sobre a JTPF:

It works within the framework of the OECD TPG and operates on the basis of consensus to propose to the Commission pragmatic, non-legislative solutions to practical problems posed by transfer pricing practices in the EU. Consequently, the EU Commission has initiated a set of co-ordinated measures, either guidance or recommendations, all subsequently endorsed by the EU Council. They now constitute a recognised congruent and efficient enabling TP framework in the EU. They cover all steps of the TP process, from the determination and documentation stage, the TP audit and, finally, the dispute resolution phase.⁵

O trabalho deste Fórum resultou em diversos documentos importantes, como o código de conduta sobre a documentação dos preços de transferência de 2006 (2006/C 176/01), que, embora represente apenas um compromisso político dos Estados-membros, teve grande influência nas obrigações documentais; um guia para os Acordos Prévios sobre Preços de Transferência, adotado pela Comissão em 2007 (COM(2007)71); e o relatório sobre uso de preços comparáveis no âmbito da UE, de 2017 (JTPF/007/2016/FINAL/EN).

As Orientações da OCDE preveem uma miríade de métodos voltados à determinação do famigerado “preço de mercado” – métodos estes que, evidentemente, levam a resultados distintos, provocando acirradas discussões quanto ao método mais adequado a cada caso. Para além da dificuldade na escolha do método adequado ao caso em tela, a própria OCDE reconhece que suas sugestões são limitadas, ressaltando a importância da atuação das autoridades tributárias para efetuar os ajustes marginais, e admite que as empresas se utilizem de métodos diferentes dos sugeridos em suas

⁵ JTPF – EU Joint Transfer Pricing Forum. [em linha] . [Consult. 02 fev. 2022]. Disponível em: https://ec.europa.eu/taxation_customs/joint-transfer-pricing-forum_pt.

Orientações, desde que satisfaçam o princípio da plena concorrência (OECD, 2022, P. 95).

Na verdade, a própria primazia das multinacionais praticamente impossibilita a aplicação do princípio da plena concorrência, afinal, esta primazia se deve à configuração de situações de oligopólio (ou mesmo de monopólio) que fazem com que os “preços de mercado” não passem de paródias, estando mais próximos de uma ficção jurídica do que de uma realidade econômica. Desta forma, é comum que não haja uma situação comparável que permita a clara identificação de um preço diferenciado entre as empresas associadas, seja porque a margem residual do grupo multinacional é tão elevada a ponto de eliminar os competidores, seja porque o grupo lida com produtos específicos que são comercializados apenas entre as entidades associadas, não sendo possível arbitrar o exato preço que eles teriam ao serem comercializados com empresas não associadas (Oliveira; Holmes, 2021, P. 622-623).

Além disso, os métodos para a aplicação do princípio da plena concorrência não são os ideais para refletir a realidade econômica, pois a organização das multinacionais se dá em função da minimização dos custos de transação, de maneira que sua eficiência decorre da integração da produção no grupo, não do custo isolado de cada etapa. Portanto, há um valor residual que não pode ser atribuído a uma parte isolada da cadeia, de forma que qualquer regra de preço de transferência se revela incorreta – ou, em certa medida, uma ficção, o que configura o chamado *continuum price problem*.

Moreover, the very existence of integrated multinationals is evidence that the ALS does not reflect economic reality. The predominant explanation for the existence of multinationals is the internalization theory which posits that, like any organization, multinationals exist because of market and non-market advantages that are derived from their structure. The multinational's structure allows it to avoid (internalize) transaction costs, which increases efficiency in raising capital, advertising products, achieving economies of scale, and protecting valuable intangibles. Thus, if one applies a market rate of return separately to each of the components of the multinational, the result is less than the actual return of the organization as a whole. This residual, the result of the interaction among the constituent parts of the organization, cannot be assigned to any component. Any transfer pricing rule which arbitrarily assigns the residual to one part of the organization distorts economic reality. No single correct transfer price exists in this situation; instead, there is a continuum which depends on how the residual is split among the parties, and any price on this continuum is correct (Avi-Yonah, 2007, P. 24-25).

Estas inadequações da própria concepção do princípio da plena concorrência ao contexto econômico atual e seus reflexos na aplicação prática dos métodos utilizados para adequar os preços de transferência aos preços de mercado fazem com que as todas as

soluções adotadas pela autoridade tributária sejam, em certa medida, arbitrárias, municiando os grupos multinacionais para variadas reclamações – principalmente sobre a insegurança quanto ao método que será aplicado e a dupla tributação que pode ocorrer devido à aplicação de métodos diferentes pelos países. Inclusive, como pontua DOURADO, era esperado que o BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting Action Plan*) reconhecesse o fracasso do princípio da plena concorrência e reformasse o sistema, o que não ocorreu com a amplitude desejável, haja vista que o princípio não foi abandonado ou reformulado (Dourado, 2018, P. 157).

Dentre os meios que vêm sendo adotados pelos Estados para reduzir o risco de manipulação através dos preços de transferência, cabe destacar a instituição de regulamentos que estabelecem obrigações documentais aos grupos multinacionais, obrigando-os a manter e apresentar à autoridade tributária diversos documentos concernentes às operações entre empresas associadas. Adicionalmente, para detetar as possíveis fraudes e desencorajar o comportamento em desacordo às normas, os Estados há vários anos aumentaram o número de auditorias realizadas nos grupos multinacionais e tornaram as penas mais severas (Markham, 2012, P. 5-6). Neste cenário, a probabilidade de uma controvérsia com a autoridade tributária é bastante elevada: uma pesquisa realizada com 877 multinacionais operantes em 25 Estados concluiu que 2/3 foram alvos de auditorias em 2010 e que 1/5 destas auditorias resultou na aplicação de uma pena material, ao passo que em 2005 esta proporção era de 1/25 (Markham, 2012, P. 18-19).

Alguns estudiosos criticam a nova postura adotada pelos países, caracterizando-a como uma medida desesperada e agressiva em busca de arrecadação. Um antigo membro do Comitê Norte-Americano sobre Taxação (*U.S. Joint Committee on Taxation*) fez até mesmo uma metáfora esdrúxula – mas que reflete de maneira bastante ilustrativa a forma como uma parte dos especialistas enxerga o tema – comparando os Estados a “hienas raivosas” dividindo a carne de um antílope morto na busca por aumentar a parte que lhes cabia na taxação dos lucros das multinacionais (Markham, 2012, P. 13). Essa cobrança pela parte justa dos tributos ainda é classificada por especialistas como uma demanda nacionalista, que iria de encontro à racionalidade econômica (Markham, 2012, P. 10-11).

Pois bem, apesar das críticas, é reconhecido que a nova postura adotada pelos Estados está fazendo com que os – não tão – finados antílopes que controlam a economia mundial estejam sendo mais transparentes com as autoridades tributárias e buscando maior certeza na forma como podem adotar práticas de preços de transferência hígdas,

valorizando a cooperação com as autoridades para atender aos parâmetros aceitos. Neste cenário, cresceu a procura pelas *tax ruling practices*, que serão abordados no próximo capítulo.

2. As *tax ruling practices* e sua possível configuração como auxílios de Estado no âmbito da União Europeia.

2.1. *Tax ruling practices*: Acordos Prévios sobre Preços de Transferência (APPs) e Decisões Fiscais Antecipadas (DFAs).

Os APPs representam tentativas de prevenir disputas entre as autoridades tributárias e os contribuintes através da determinação prévia dos critérios utilizados para a aplicação do princípio da plena concorrência, das situações comparáveis, dos ajustes cabíveis e até premissas sobre as condições econômicas que afetarão as operações futuras (*critical assumptions*). Devido à sua especificidade, que representa uma das suas maiores vantagens, não obrigatoriamente um APP terá todos os elementos supracitados – ou poderá ter até mais, dependendo da complexidade das operações abrangidas e do objetivo do acordo. Segundo a definição da OCDE, que também é adotada pelo JTPF, os APPs são:

An arrangement that determines, in advance of controlled transactions, an appropriate set of criteria (e.g. method, comparable and appropriate adjustment thereto, critical assumptions as to future events) for the determination of the transfer pricing for those transactions over a fixed period of time (OCDE, 2022, P. 213).

O primeiro APP bilateral foi firmado em 1991 entre a Autoridade Tributária dos Estados Unidos, a Autoridade Tributária da Austrália e a *Apple Computer Company*, de maneira que, embora os APPs sejam um instrumento bastante difundido na atualidade, sua criação remonta há apenas 30 anos atrás (Markham, 2012, P. 24).

Já em 1995, a OCDE publicou o supracitado “*OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*” com orientações aos grupos multinacionais e às autoridades tributárias para elaborar os APPs – orientações estas que se tornaram mais específicas com a atualização do documento em 1999, responsável pela adição de um anexo devotado aos APPs no âmbito do *Mutual Agreement Procedure*. Contudo, devido à fase embrionária em que os programas de APPs se encontravam, a

OCDE advertiu no supracitado documento que os Acordos Prévios sobre Preços de Transferência seriam suplementares aos instrumentos tradicionais e que deveriam ser monitorados cuidadosamente para promover maior consistência entre os países que os adotassem.⁶

A aprovação da OCDE não tardou, afinal, em 2007, no “*OECD Manual on Effective Mutual Agreement Procedures*”, os APPs foram apontados como o melhor instrumento a ser adotado pelos países no âmbito dos preços de transferência, pois diminuiriam o número de disputas internacionais e confeririam maior segurança simultaneamente às autoridades tributárias e aos contribuintes (Markham, 2012, P. 23).

Os APPs podem envolver mais de uma empresa – como é bastante comum, haja vista que os preços de transferência normalmente envolvem empresas associadas – e mais de uma jurisdição, sendo classificados de acordo com este último critério em APPs unilaterais, bilaterais (entre duas jurisdições) ou multilaterais (englobam mais de um acordo bilateral acordados mutuamente). Ademais, o APP pode cobrir todas as operações de um contribuinte ou abarcar apenas as operações com uma determinada empresa associada ou algum tipo específico de transação. Apesar de se aplicarem apenas às operações que ocorrerão no futuro, sendo claros exemplos de um instrumento preventivo de redução de riscos, os APPs podem ser utilizados para solucionar casos pendentes entre a autoridade tributária e o contribuinte se ambos concordarem, adquirindo o chamado efeito *roll-back* (OCDE, 2022, P. 213-216).

As premissas sobre as condições econômicas que afetarão as operações futuras têm especial relevo para a elaboração dos APPs, haja vista que o acordo costuma durar entre três e cinco anos, o que torna vital sua adaptabilidade às situações vindouras, de maneira que a forma como as premissas são elaboradas afeta diretamente a qualidade do APP. Ademais, mesmo que as premissas tenham sido bem elaboradas, há a possibilidade que as circunstâncias econômicas se alterem radicalmente no futuro, devendo haver a previsão de revisão ou cancelamento do acordo nestes casos (OCDE, 2022, P. 216).

O processo de elaboração dos APPs apresenta algumas diferenças de acordo com a jurisdição, entretanto, para o escopo do presente trabalho, não cabe adentrar em uma

⁶ OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico [em linha] Paris: OECD Publishing. [Consult. 05 fev. 2022]. Disponível em: <https://www.oecd.org/ctp/transfer-pricing/guidelinesforapa.htm>.

descrição pormenorizada do procedimento adotado, bastando uma noção geral de suas quatro fases. Primeiramente, pode haver um estágio prévio no qual o contribuinte consulte informalmente (e, em alguns países, anonimamente) a autoridade tributária acerca da viabilidade do acordo e da documentação necessária. O processo de negociação é formalmente iniciado pelo contribuinte no estágio denominado de aplicação formal, seguido pela fase de avaliação e negociação do acordo, que, finalmente, culmina na conclusão do APP (Hamaekers, 2008, P. 136-137). Devido à sua complexidade, este procedimento costuma ter uma longa duração, levando anos para ser concluído.

Após a conclusão do acordo, o contribuinte pode elaborar relatórios anuais demonstrando o cumprimento dos termos estipulados e a autoridade tributária pode continuar fazendo auditorias, mas de maneira simplificada, voltada à averiguação da obediência do acordo – o que permite que a autoridade poupe recursos e, quiçá, invista-os na fiscalização de outros contribuintes, aumentando a arrecadação (OCDE, 2022, P. 216-217).

A OCDE sugere que os APPs não sejam realizados unilateralmente para que todas as jurisdições envolvidas na operação concordem com os critérios utilizados para o cumprimento do princípio da plena concorrência, de maneira que tais acordos eliminem também o risco de dupla tributação e garantam uma distribuição equitativa da tributação entre os países. Ademais, a Organização ressalta que, caso seja firmado um APP unilateral, mas a autoridade tributária de outra jurisdição aplique um critério distinto do que baseou o acordo, a autoridade tributária que firmou o APP faça os ajustes devidos para eliminar a dupla tributação, pois o APP não pode ser encarado como um “acordo irreversível” que não se adapte às circunstâncias (OCDE, 2022, P. 214-205).

Contudo, apesar do benefício da eliminação da dupla tributação trazido pelos APPs bilaterais e multilaterais, o JTPF registra que a esmagadora maioria dos APPs firmados são unilaterais, fato que se atribui, principalmente, à dificuldade de negociação entre os países e à complexidade deste tipo de acordo (JTPF, 2018).

Os APPs vêm se provando menos custosos e demorados do que os processos judiciais, permitindo que a administração tributária e o contribuinte poupem recursos. Ademais, os APPs não têm a mesma exposição pública de um processo judicial e, por serem prévios, oferecem maior segurança para ambas as partes e permitem uma melhor relação entre elas ao passo em que evitam controvérsias (Markham, 2012, P. 282-285).

MARKHAN destaca que a ausência de um confronto entre as partes também faz com que a autoridade tributária não tenha uma ideia pré-concebida em relação ao método a ser aplicado, permitindo que exista um diálogo com o contribuinte para compreender melhor seu modelo de negócio (Markham, 2012, P. 283-284). Neste processo, o contribuinte pode sugerir o método que considere mais adequado para aplicar o princípio da plena concorrência às suas operações, elaborando uma justificativa bem fundamentada que pode ser aceite pela autoridade tributária (OCDE, 2022, P. 215). Para além dos benefícios evidentes para o contribuinte, a OCDE destaca que essa forma de negociação permite que a autoridade tributária compreenda melhor a estrutura das multinacionais, ganhando *know-how* para situações futuras (OCDE, 2022, P. 219).

Um especialista ouvido por MARKHAN traduziu bem as vantagens advindas da cooperação necessária para a elaboração do APP: “*the mere fact that you are willing to lay your soul bare to the governments means that you are the good guys*” (Markham, 2012, P. 283). Essa imagem de “*good guy*” também interfere positivamente na opinião pública e, à medida que cresce a demanda dos consumidores por um maior compromisso moral das empresas, este ponto ganha cada vez mais relevância. Afirma-se desde já – aproveitando o gancho da discussão moral – que a tentativa de transmitir uma imagem cooperativa e socialmente responsável para os consumidores torna ainda mais pífida a desvirtuação destes acordos para o pagamento de menos tributos, como será explicado em breve.

A última das vantagens a ser mencionada é evidente a partir da própria conceituação dos APPs, que são acordos factuais e específicos. Estas características fazem com que os termos acordados se adequem às operações do contribuinte, permitindo que – ao menos em tese – ele pague exatamente a tributação devida. Contudo, esta vantagem, de certa forma, acarreta uma das desvantagens mais comumente apontadas nos APPs: a demora e a quantidade de informações requeridas para a conclusão do acordo.

Para elaborar um APP específico, é necessário ter acesso a uma vasta gama de informações acerca das operações da empresa, de sua estrutura, de seu modelo de negócio como um todo. Embora não se pretenda afirmar que a demora para a conclusão do APP decorre exclusivamente de fatores intrínsecos ao próprio procedimento, é certo que a análise de todas estas informações com a diligência apropriada demanda tempo e mão-de-obra extremamente qualificada, que é um recurso escasso.

Muitos especialistas – e a própria OCDE – criticam as obrigações documentais para a conclusão de APPs em muitas jurisdições, afirmando que a quantidade de informações requeridas pela autoridade tributária é demasiado onerosa, superior à necessária para o exame dos preços de transferência em outro contexto (OCDE, 2022, P. 221). Contudo, a autoridade tributária necessita de mais informações do que necessitaria em uma auditoria normal para firmar um acordo de tamanha complexidade, no qual pode precisar até mesmo elaborar previsões bem embasadas de acordo com o modelo de negócios do contribuinte. Além disso, como afirmado anteriormente, após a conclusão do acordo, as auditorias à empresa não deverão ser tão abrangentes, de maneira que a autoridade tributária precisa ter certeza de que os termos acordados são justos e satisfazem o princípio da plena concorrência.

Ademais, levando em consideração o perfil das empresas que costumam procurar estes acordos na atualidade, principalmente grupos multinacionais, não parece que as obrigações documentais constituam um fardo desproporcionalmente oneroso. Para as pequenas e médias empresas (PMEs) que busquem firmar um APP pode ser adotado um sistema simplificado com obrigações documentais condizentes, tendo em vista o tamanho da empresa e o volume de operações, como já existe em várias jurisdições, como nos próprios Estados Unidos, berço dos APPs.

O JTPF pontua que, enquanto alguns Estados-membros creem que a ausência de um procedimento especial para as PMEs seria discriminatório, pois impediria seu acesso aos APPs devido à falta dos recursos necessários, outros creem que a criação destes procedimentos especiais representariam uma discriminação em favor destas empresas, que estariam em posição de vantagem diante das multinacionais. Nesta questão, o Fórum pontua que tanto as multinacionais quanto as PMEs devem se sentir encorajadas a firmar um APP, dando algumas sugestões de possíveis simplificações no procedimento para estas últimas, mas priorizando a elaboração de procedimentos comuns que podem ser aplicados a ambas (JTPF, 2016).

Contudo, os APPs não são os únicos instrumentos jurídicos que envolvem a autoridades tributárias e os contribuintes na busca por uma maior segurança jurídica para o problema dos preços de transferência. Um exemplo bastante recorrente diz respeito às Decisões Fiscais Antecipadas (DFAs), que consistem em esclarecimentos emitidos pela autoridade tributária diante de questionamentos do contribuinte, vinculando a autoridade

à opinião exprimida. Tais questionamentos, embora digam respeito aos mais variados assuntos, também podem abarcar os preços de transferência, como será observado no capítulo terceiro.

Levando em consideração que as feições das DFAs podem variar de acordo com o ordenamento jurídico – variando também a nomenclatura que as designam – deixa-se registrado desde já o termo DFA será adotado devido à sua utilização pelo TJUE nos Acórdãos que são o objeto principal do presente trabalho. Ademais, será adotada a nomenclatura *tax ruling practices* para remeter tanto aos APPs quanto às DFAs.

Em termos gerais, apesar de agregarem segurança à situação do contribuinte, as DFAs não apresentam algumas das vantagens dos APPs, afinal, são procedimentos menos dialógicos, engessados pelo questionamento dirigido à autoridade tributária. Justamente pela limitação à questão posta e pela menor margem de “criatividade”, as DFAs costumam ser fruto de procedimentos menos complexos, apesar de que a autoridade tributária deve se portar com igual responsabilidade, haja vista que as verbas públicas serão igualmente impactadas por esta medida fiscal. Ademais, tendo em vista que as opiniões expressadas pelas autoridades não vinculam outras jurisdições, é importante pontuar que a adoção destas decisões não previne a dupla tributação, dependendo da concordância da outra jurisdição com a opinião emitida.

Tanto os APPs quanto as DFAs, entretanto, podem padecer de uma falha essencial, uma autêntica desvirtuação do seu próprio propósito: sua utilização para o pagamento de menos tributo que o devido. Nestes casos, as *tax ruling practices* não levariam ao pagamento da tributação devida, mas sim de um valor inferior ao que decorreria da aplicação do princípio da plena concorrência, servindo como uma forma de benefício ao contribuinte. Este benefício visa atrair investimentos ao país, configurando uma hipótese da já abordada concorrência fiscal prejudicial entre os Estados. Contudo, enquanto este problema tem uma resolução difícil no âmbito internacional ao passo em que os países têm soberania para conceder benefícios às empresas que desejarem, no âmbito da União Europeia a questão vem sendo enfrentada através do regime dos auxílios de Estado, que será abordado no tópico seguinte.

2.2. O regime dos auxílios de Estado no âmbito da União Europeia.

A versão originária do Tratado de Roma já previa um regime de controlo pelas instâncias europeias da intervenção do Estado na economia – uma restrição à soberania estatal justificada pela preservação da concorrência e a criação do mercado interno. Estas normas se mantiveram intactas no essencial até a atual versão do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE), na qual se localizam nos artigos 107º e 108º, destinados aos auxílios de Estado (Gorjão-Henriques, 2014, P. 688-689).

JOÃO SÉRGIO RIBEIRO pontua que esta proibição serve a um duplo propósito: evitar o desperdício de recursos público com a concessão de benefícios ineficientes e impedir que os investimentos eficientes assumam posições dominantes, ameaçando a existência de um mercado competitivo e aberto (Ribeiro, 2018, P. 123).

O artigo 107º/1 do TFUE prevê uma proibição geral aos auxílios que, cumulativamente, cumpram os seguintes requisitos: **a)** sejam conferidos pelos Estados ou provenientes de recursos estatais; **b)** confirmem uma vantagem seletiva; **c)** afetem as trocas comerciais entre Estados membros; e **d)** falseiem ou ameacem falsear a concorrência.

O conceito de “Estado” utilizado para o primeiro requisito é bastante amplo, interpretado teleologicamente para também abarcar as ações estatais, mesmo que executadas através de uma entidade privada (Machado, 2014, P. 471-473). Ademais, o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) consagrou no Acórdão *Preussen Elektra* (C-379/98) que os auxílios devem, cumulativamente, ser conferidos pelo Estado e ser provenientes de recursos estatais, importando um sacrifício financeiro atual ou potencial, expressado através do não recebimento de receita ou do aumento de despesa (Gorjão-Henriques, 2014, P. 690-697).

Sobre o critério da vantagem seletiva, a jurisprudência comunitária esclareceu nos Acórdãos dos casos *Adria-Wien Pipeline e Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke* (C-143-99) e *3M Italia* (C-417/10), que a seletividade não está presente se o auxílio é indistintamente aplicável a todos os operadores económicos, mas o recebimento do auxílio apenas por empresas que cumprem determinados requisitos não comprova automaticamente a seletividade, pois esta distinção pode estar fundada nos objetivos gerais do sistema fiscal, como seus princípios fundamentais. Assim, por exemplo, medidas que prestigiem a progressividade de determinado tributo ou prevejam isenções

para empresas sem fins lucrativos ou cooperativas podem configurar auxílios compatíveis com o mercado interno (Ribeiro, 2018, P. 125-127).

A Comissão elaborou uma análise de três passos para avaliar a seletividade da medida (*three-step analysis*). Primeiramente, deve ser identificado o sistema de referência, o regime geral normalmente aplicado; após esta identificação, deve ser avaliado se a medida representa uma derrogação do sistema de referência na medida em que diferencia operadores econômicos em situações comparáveis por uma perspectiva legal e factual; por fim, se ficar caracterizada a derrogação, deve ser perquirido se ela é justificada pela natureza ou pelos princípios gerais do sistema de referência, hipótese na qual não incidirá a proibição do artigo 107º/1 (Comunicação C 262/1, 2016, P. 22-23).

A interferência nas trocas comerciais entre Estados-membros também pode ser atual ou potencial, restando configurada mesmo que não estejam envolvidas operações transfronteiriças, afinal, a concessão de um auxílio pode tornar a empresa mais apta para concorrer no mercado intracomunitário posteriormente (Ribeiro, 2018, P. 125). Desta forma, a interferência nas trocas comerciais só não será caracterizada em casos muito pontuais nos quais, devido à natureza ou à localização, a empresa dificilmente atraia investimentos e clientes estrangeiros (Gorjão-Henriques, 2014, P. 705).

Por fim, o último requisito é cumprido de maneira praticamente automática diante da configuração dos demais, afinal, na interpretação utilizada pela Comissão Europeia, os auxílios públicos que privilegiem certos operadores econômicos interferirão na igualdade de oportunidades e na equidade econômica, alterando – ou ameaçando alterar – as condições de concorrência (Gorjão-Henriques, 2014, P. 705).

O que se pode depreender desta breve análise dos requisitos é que, como JÓNATAS MACHADO pontua com exatidão, a interpretação utilizada pelo TJUE é aberta, teleológica e privilegia a substância sobre a forma (Machado, 2014, P. 471). Assim, para além da interpretação ampla dos conceitos utilizados, é considerado cumprido o requisito tanto em situações atuais quanto potenciais, preferindo a cautela à remediação de danos. O âmbito de aplicação dos requisitos é tão amplo que RIBEIRO afirma que a seletividade seria o critério decisivo, porque os demais se verificariam quase sempre – o que faz com que a seletividade precise ser analisada com cautela redobrada, como já teria alertado a própria jurisprudência do TJUE (Ribeiro, 2018, P. 140-141).

Contudo, a *mens legis* da norma é a proibição de auxílios estatais que possam causar distorções injustas na concorrência em favor de determinados operadores econômicos, não a extinção total da capacidade de fomento do Estado. Portanto, algumas situações consideradas “justas” configuram exceções à proibição dos auxílios de Estado, previstas no próprio TFUE e em outros instrumentos normativos, como o Regulamento (UE) 2015/1588 e o Regulamento (UE) 651/2014. Assim, são permitidas, por exemplo, as isenções de categoria e os auxílios públicos de emprego, de desenvolvimento regional, de inovação e jovens empresas, de ambiente e de PMEs. Ademais, por questões práticas, foi estabelecido um limiar mínimo de relevância econômica do auxílio.

Cabe à Comissão assegurar o cumprimento das normas a nível europeu, fiscalizando a postura dos Estados-membros de maneira coerente e promovendo uma harmonização entre os países. Assim, a primazia da Comissão – a guardiã dos Tratados – no regime dos auxílios de Estado é “crucial para garantir a coerência, a uniformidade e a credibilidade das normas” (Machado, 2014, P. 470).

Neste âmbito, a Comissão tem competência para declarar a compatibilidade dos auxílios com o mercado interno, contando com uma vasta margem de apreciação nesta análise devido aos motivos supracitados, quais sejam, a amplitude dos conceitos utilizados, a interpretação teleológica adotada e a necessária primazia da substância sobre a forma. Esta vasta margem de apreciação visa reduzir as possibilidades de êxito de estratégias que busquem burlar a proibição, prestigiando sobretudo a finalidade da norma – afinal, “a letra mata, mas o espírito vivifica”. Contudo, para alguns especialistas, esta liberdade conferida à Comissão caracterizaria um poder discricionário (Gorjão-Henriques, 2014, P. 711).

A concessão de auxílios está sujeita a uma obrigação de notificação do Estado à Comissão, em prestígio ao princípio da transparência, e a uma proibição de execução, que evita que o auxílio produza efeitos antes da análise da Comissão. Esta proibição de execução configura uma cláusula suspensiva com aplicabilidade direta, que permite que concorrentes lesados questionem imediatamente a concessão do auxílio perante os tribunais nacionais. Nos casos em que não seja respeitada a obrigação de informação prévia, a Comissão não ficará sujeita aos prazos para a análise do auxílio, enquanto, nos casos em que é cumprido o dever de informação, o auxílio considera-se autorizado caso o prazo seja desrespeitado. Cabe também à Comissão aprovar os Regulamentos que

prevejam as categorias de auxílios que estão dispensadas do dever de notificação e da proibição de execução (Machado, 2014, P. 479-480).

Para além de decidir sobre a compatibilidade do auxílio, a Comissão efetua um exame permanente dos auxílios existentes, verificando se eles ainda são compatíveis com o mercado interno, cabendo aos Estados-membros enviar relatórios anuais sobre os auxílios vigentes. Caso a Comissão conclua pela incompatibilidade do auxílio, poderá ainda sugerir modificações que permitiriam sua conformidade com o mercado interno. Se o Estado não aceitar a decisão da Comissão, esta deverá iniciar um procedimento de investigação ao final do qual, caso mantenha a decisão de incompatibilidade, o auxílio não poderá mais ser executado (Ribeiro, 2018, P. 133).

Por fim, pode surgir uma investigação sobre a concessão de um auxílio não notificado a partir de informações prestadas por Estados-membros ou de uma denúncia de qualquer parte interessada. Estes auxílios são comumente chamados de “auxílios ilegais”, muito embora não sejam automaticamente considerados incompatíveis com o mercado interno só por não terem sido notificados. A partir da informação ou da denúncia, a Comissão pode concluir que não há motivos para investigar ou decidir dar início ao procedimento de investigação, que tem duração de 18 meses, mas pode ser prorrogado.

No curso do procedimento de investigação, o Estado tem o dever de prestar as informações requeridas, sob pena de ser objeto de uma injunção para prestação de informações. Durante este período, a Comissão também pode determinar a suspensão do auxílio ou até mesmo sua recuperação provisória, caso estejam preenchidos alguns critérios: que não haja dúvida sobre seu caráter de auxílio, que esteja caracterizada a urgência e que haja risco de prejuízos substanciais e irreparáveis a um concorrente. Caso o Estado se recuse a cumprir qualquer uma destas determinações, a Comissão pode, no curso da própria investigação, recorrer ao TJUE para uma declaração de incumprimento, que constitui uma violação aos Tratados. Ao final da investigação, evidentemente, a Comissão se pronunciará acerca da compatibilidade do auxílio (Ribeiro, 2018, P. 136-137).

Nos casos em que o auxílio foi executado de maneira indevida, sem a autorização da Comissão, a recuperação dos valores – incluindo os juros devidos – será efetuada imediatamente, pois a distorção causada na concorrência só poderá ser remediada através da restauração do *status quo ante*, estando excecionadas apenas as situações nas quais

sejam postos em causa princípios gerais da União Europeia, como as legítimas expectativas dos beneficiários ou a segurança jurídica (Gorjão-Henriques, 2014, P. 711).

As decisões da Comissão, naturalmente, podem ser questionadas no TJUE, que também tem competência para julgar os processos de incumprimento impostos pela Comissão ou por qualquer interessado caso o Estado-membro não cumpra a decisão adotada. A construção da jurisprudência do Tribunal é de extrema importância para a compreensão dos conceitos utilizados e da interpretação a ser aplicada aos dispositivos do TFUE, contudo, a decisão do TJUE é limitada em diversos aspetos, como no caso das exceções discricionárias previstas no artigo 107º/3, nas quais cabe manifestação judicial apenas em caso de erro manifesto ou desvio de poder (Machado, 2014, P. 476).

Como enunciado na introdução, a existência de uma concorrência salutar está conectada à inibição da concorrência fiscal prejudicial. Esta conexão se torna evidente na medida em que, na ânsia por atrair investimentos, os Estados conferem benefícios a algumas empresas, favorecendo-as em detrimento de suas concorrentes. Assim, embora nem toda concorrência fiscal caracterize um auxílio de Estado – afinal, o Estado-membro tem soberania para, dentro de certos parâmetros, implementar regimes tributários mais benéficos – algumas situações de concorrência fiscal poderão ser enquadradas neste regime, principalmente se restar caracterizada a vantagem seletiva, que, como dito anteriormente, seria o critério decisivo.

No caso *Gibraltar*, o TJUE esclareceu a distinção entre medidas que se proponham a evitar a concorrência fiscal prejudicial e o regime dos auxílios de Estado no âmbito da União Europeia: enquanto as primeiras visam impedir o favorecimento de empresas estrangeiras através de uma tributação significativamente inferior, o segundo visa proteger a concorrência entre empresas, impedindo a distorção da concorrência no mercado interno. O TJUE deixa claro que o combate à concorrência fiscal não seria abrangido pelo regime dos auxílios de Estado, afirmando que o objetivo legítimo de lutar contra a estas medidas não pode justificar uma desvirtuação do quadro jurídico da União quanto aos auxílios, mas reconheceu que alguns casos poderiam caracterizar tanto um auxílio incompatível com o mercado interno quanto uma medida de concorrência fiscal prejudicial (TJUE, 15 de novembro de 2011, casos C-106/09P e C-107/09P, par. 131-134).

Além dos casos mais evidentes de auxílios de Estado conferidos através da tributação, vários autores já haviam suscitado sua possível configuração no âmbito da aplicação de tratados e de decisões das autoridades tributárias. PANAYI pontua que a eliminação ou redução da dupla tributação através de tratados pode caracterizar um auxílio de Estado caso estes tratados sejam aplicados de maneira distinta a contribuintes em situações comparáveis – portanto, seletivamente (Panayi, 2007, P. 169-173). BEN TERRA e PETER WATTEL, por sua vez, se aprofundam na questão da interpretação, defendendo que as decisões individuais proferidas pelas autoridades tributárias não constituiriam auxílios de Estado se decorressem da aplicação da norma geral ao caso concreto ou de mera interpretação, mas que poderiam ser enquadradas neste regime caso fossem fruto de uma decisão discricionária (Terra; Wattel, 2001, P. 199-200). Contudo, é sabido que o limiar entre uma mera interpretação e uma discricionariedade não é sempre claro, despertando controvérsias.

Na Comunicação da Comissão sobre a noção de auxílio estatal nos termos do artigo 107º/1 de junho de 2016 (Comunicação C 262/1, 2016), foram abordadas as questões da discricionariedade, da seletividade e da concessão de auxílios por acordos e decisões da autoridade tributária.

O documento esclarece que as medidas que *prima facie* são aplicáveis a todos os sujeitos, mas que, na realidade, são (ou podem ser) limitadas por poderes discricionários são consideradas seletivas. Assim, nos casos em que o preenchimento dos critérios estabelecidos não é o bastante para que o sujeito seja beneficiário da medida, ou mesmo nos casos nos quais os critérios são vagos ou implicam em uma avaliação discricionária da autoridade, estaria caracterizada a seletividade da medida (Comunicação C 262/1, 2016, P. 21-22). Ademais, o TJUE mitigou a dificuldade na configuração da seletividade através do caso *Mol* (CJEU, 4 de junho de 2015, caso C-15/14 P, Comissão v. MOL, EU:C:2015:362, par. 60), no qual foi consignado que uma medida fiscal individual que proporcione uma vantagem é considerada presumidamente seletiva – entretanto, em relação à caracterização da vantagem o problema continua, como será observado no capítulo seguinte. Na medida em que a utilização de conceitos abertos e a complexidade dos casos suscitam dúvidas acerca da aplicação “normal” do sistema tributário, a configuração da vantagem vem sendo um obstáculo à atuação da Comissão.

2.3. A desvirtuação das *tax ruling practices* e a atuação da Comissão.

Como mencionado anteriormente, os APPs foram criados nos EUA há pouco mais de trinta anos, se expandindo rapidamente por todo o mundo. Contudo, o crescimento exponencial da procura por este instrumento nos EUA nos anos seguintes à sua criação suscitou suspeitas dentre vários setores da sociedade, afinal, como explicado no primeiro tópico deste capítulo, apesar de trazer diversos benefícios aos contribuintes, a elaboração dos APPs também pode trazer desvantagens. Então, em 2003, após a elaboração de um documento (*review*) que visava investigar se os grupos multinacionais estariam pagando o montante devido a título de tributação, dois senadores do Congresso norte-americano começaram a perquirir sobre a forma de estruturação do programa de APPs vigente no país, questionando se estes acordos – tão almejados por grupos multinacionais – poderiam estar sendo utilizados para viabilizar o pagamento de menos tributos do que os devidos por estes contribuintes (Markham, 2012, P. 47).

Estas investigações levaram à elaboração de um relatório (*draft report*) concluído em junho de 2005, mas jamais divulgado. Assim, as conclusões sobre a higidez dos APPs firmados no país inventor destes acordos permanecem um mistério, o que motivou a suspeita de que, para proteger os interesses inapropriados de grupos poderosos que firmam APPs, a investigação foi abafada, “assassinada”. MARKHAM discorda destas alegações, afirmando que o programa de APPs estaria sendo vítima de seu próprio sucesso, que motivou uma desconfiança infundada. Para a autora, a questão mais importante a ser levantada talvez não dissesse respeito aos motivos que fizeram a investigação não render frutos, mas sim aos motivos que fizeram o programa ser investigado (Markham, 2012, P. 49).

Todavia, levando em consideração que o programa de APPs tem impacto nas verbas públicas, influenciando diretamente na arrecadação de receita, é de se crer que ele esteja sempre sujeito a investigações que comprovem sua higidez, que é de responsabilidade estatal. Neste ponto, como bem diz o ditado, “quem não deve, não teme” – e, diante da gravidade da suspeita de que as autoridades tributárias estejam engajando em acordos escusos que favorecem multinacionais em detrimento do interesse público, parece que a investigação seja um verdadeiro dever dos representantes do povo reunidos no Congresso.

No caso da União Europeia, o favorecimento de multinacionais através de acordos com as autoridades tributárias virou até mesmo um escândalo mediático: o *Luxembourg Leaks*, de 2014. Em termos gerais, o escândalo foi fruto da investigação de diversos jornalistas, que descobriram a existência de centenas de informações prévias vinculativas da autoridade tributária luxemburguesa que permitiam que multinacionais evitassem o pagamento de tributos em outros sistemas legais e se aproveitassem indevidamente do regime mais benéfico do país (Ribeiro, 2018, P. 129).

O escândalo deu maior notoriedade a este tipo de esquema, contudo, a Comissão Europeia já estava atenta à situação desde 2013, quando começou a investigar as práticas das autoridades tributárias em informações vinculativas e acordos (*tax ruling practices* em geral). Em 2014, a Comissão iniciou investigações referentes a três multinacionais que poderiam ter recebido auxílios de Estado incompatíveis com o mercado interno através da atuação das autoridades tributárias: a *Apple* na Irlanda, a *Starbucks* na Holanda e a *Fiat* e a *Amazon* em Luxemburgo. Nos anos seguintes, a Comissão demandou que todos os Estados-membros reportassem as *tax ruling practices* referentes ao período entre 2010 e 2013 a fim de verificar se haviam outros casos que configurassem auxílios de Estado incompatíveis, o que resultou em mais investigações sobre o tema (Panayi, 2018, P. 280-281).

Neste ponto, vale insistir que a Comissão deixa claro, tanto através da sua atuação quando na própria fundamentação dos casos, que uma DFA ou um APP que apenas confirme o valor do imposto devido não configura uma vantagem, meramente conferindo certeza ao contribuinte quanto ao montante cabível, o que seria benéfico para ambas as partes. O problema reside justamente na diferenciação do que consistiria em uma mera interpretação da norma ao caso concreto ou em uma atitude discricionária que se afasta do regime geral, haja vista que o valor do imposto devido é, em muitos casos, incerto.

Diante da importância agigantada do critério da vantagem seletiva na caracterização da incompatibilidade do auxílio, as maiores discussões giram em torno da análise de três passos explicitada no tópico anterior. CACHIA sintetiza a configuração dos demais critérios nos casos investigados: a imputabilidade estatal estaria caracterizada pela participação da autoridade tributária nos *rulings* e APPs; estes instrumentos gerariam uma perda de receita na medida em que conferem um tratamento tributário mais favorável; e, levando em consideração que as empresas objeto de investigação são ativas globalmente e presentes em diversos Estados-membros, a (ameaça de) distorção da concorrência no

mercado interno restaria evidente (Cachia, 2017, P. 31). Como será analisado no capítulo seguinte, a síntese de CACHIA vem se comprovando na análise do TJUE.

A primeira controvérsia quanto ao critério da seletividade diz respeito à identificação do regime de referência, haja vista que a Comissão defende que as empresas associadas deveriam seguir os preços praticados em condições de livre concorrência nas operações intragrupo, caso contrário, estariam em situação de vantagem diante das empresas autônomas (*stand-alone companies*). Desta forma, a Comissão utiliza o princípio da plena concorrência para delimitar o regime de referência, considerando que as empresas associadas estariam em condições factuais e jurídicas semelhantes às empresas autônomas, de maneira que sua taxaçoão deveria obedecer aos mesmos parâmetros, o que só poderia ser alcançado através da prática de preços de mercado nas operações intragrupo. Portanto, como bem sintetiza ANA PAULA DOURADO, “o princípio da plena concorrência é assim uma expressão da proibição de auxílios de Estado” (Dourado, 2018, P. 156).

Os Recorrentes nos casos analisados posteriormente alegam que este raciocínio não poderia ser aplicado porque as empresas associadas não estariam em condições factuais e jurídicas comparáveis às empresas autônomas, haja vista que as regras de preço de transferência nem sequer seriam aplicáveis a estas. Contudo, este argumento não se sustenta, afinal, as regras de preço de transferência existem justamente para aplicar as condições de livre concorrência às empresas associadas, fazendo com que estas sejam tratadas da mesma forma das empresas autônomas.

O raciocínio utilizado pela Comissão também foi bastante criticado pela doutrina. A mais recorrente das críticas diz respeito à aplicação do princípio da plena concorrência a Estados que não o tenham incorporado ao ordenamento nacional. Nesta seara, PANAYI destaca que, tendo em vista que este princípio não seria pertencente ao direito europeu, a sua incorporação ao ordenamento do Estado-membro seria vital para sua aplicação; ademais, a Comissão estaria utilizando as Orientações da OCDE para embasar sua análise mesmo que o Estado não a tivesse adotado à época da medida fiscal concedida, o que implicaria que a Comissão está aplicando regras de preços de transferência retroativamente (Panayi, 2018, P. 278).

CACHIA concorda que seria problemático afirmar que o princípio da plena concorrência integra o sistema de referência dos Estados em que sequer existem normas

referentes aos preços de transferência, atitude que apenas seria justificada caso se considere que existe um sistema internacional tributário composto por determinados princípios que seriam inerentes a todos os ordenamentos jurídicos, opinião expressada por uma minoria doutrinária e que normalmente não é levada em consideração na prática (Cachia, 2017, P. 34).

GUNN E LUTS concordam com a visão de que a Comissão estaria pecando na identificação do sistema de referência e categorizam três formas como as Orientações da OCDE poderiam ser utilizadas nas investigações: **a)** como ponto de partida que indica a necessidade de uma investigação, mas a decisão final será tomada com base estritamente no ordenamento nacional, o que não configuraria uma atuação problemática da Comissão; **b)** como parte do ordenamento nacional, o que, na visão dos autores, só se justificaria nos casos em que as Orientações tivessem sido incorporadas pelo Estado-membro, haja vista que este documento guia a aplicação do artigo 9º do MC-OCDE, que não é *self-executing*; **c)** como um *framework* relevante de referência, mas não como parte do direito nacional, visão que se distancia das construções atuais sobre auxílio de Estado, podendo gerar controvérsias (Gunn; Luts, 2015, P. 122-123).

Todavia, estas críticas não parecem contrapor de forma convincente o raciocínio utilizado pela Comissão. De acordo com este raciocínio, o princípio da plena concorrência não seria pertencente a um sistema tributário internacional, mas sim ao próprio Tratado de Funcionamento da União Europeia, decorrendo da interpretação do próprio artigo 107º/1. Nas palavras da própria Comissão:

O princípio da plena concorrência faz necessariamente parte da apreciação efetuada pela Comissão das medidas fiscais concedidas a empresas de um grupo nos termos do artigo 107º, nº 1, do Tratado, independentemente de um Estado-Membro ter incorporado este princípio no seu sistema jurídico nacional e sob que forma. É utilizado para determinar se os lucros tributáveis de uma empresa de um grupo para efeitos do imposto sobre o rendimento das sociedades foram determinados com base numa metodologia que produz uma aproximação fiável dos resultados baseados no mercado. Uma decisão fiscal que subscreva essa metodologia assegura que essa empresa não é tratada favoravelmente ao abrigo das regras gerais de tributação dos lucros das sociedades no Estado-Membro em causa comparativamente a empresas autónomas que são tributadas sobre os seus lucros contabilísticos, o que reflete os preços determinados no mercado negociados em condições de plena concorrência. O princípio da plena concorrência aplicado pela Comissão para apreciar as decisões relativas à fixação dos preços de transferência ao abrigo das regras em matéria de auxílios estatais é, por conseguinte, uma aplicação do artigo 107º, nº 1, do Tratado, que proíbe as desigualdades de tratamento em matéria de tributação de empresas na mesma situação factual e jurídica. Este princípio vincula os Estados-Membros, e as regras fiscais nacionais não estão excluídas do seu âmbito de aplicação (Comunicação C 262, 2016, par. 172).

Segundo o argumento utilizado pela Comissão nas decisões dos casos investigados, o próprio TJUE já teria exprimido a opinião de que, caso o princípio da plena concorrência não fosse cumprido, resultando em uma tributação inferior à devida, o contribuinte teria uma vantagem seletiva. Este entendimento teria sido adotado desde 2006 no julgamento do caso *Bélgica e Fórum 187/Comissão* (TJUE, 22 de junho de 2006, C-182-03 e C 217-03), referente ao regime fiscal dos centros de coordenação – empresas que cumpriam determinados critérios e, após a acreditação mediante decreto real, estavam sujeitas a diversos benefícios fiscais. Este regime, inicialmente autorizado pela Comissão, foi considerado incompatível com o mercado interno alguns anos depois, motivando um procedimento de investigação.

Dentre os benefícios identificados nesta investigação, cabe destacar a utilização de um método – inspirado no método “*cost plus*” preconizado pela OCDE – segundo o qual o lucro tributável seria estabelecido a partir de um montante presumido, calculado sobre um percentual do total de despesas e dos custos de funcionamento, excluídas as despesas com pessoal e encargos financeiros. De acordo com a conclusão do TJUE, esta exclusão não permitiria obter preços de transferência próximos aos que seriam praticados em condições de mercado, estando suscetível a proporcionar uma vantagem econômica aos referidos centros (TJUE, 22 de junho de 2006, C-182-03 e C 217-03, par. 96-97).

PANAYI afirma que o TJUE não teria feito uma manifestação tão radical sobre a caracterização de uma vantagem seletiva nos casos em que não foi cumprido o princípio da plena concorrência, não fazendo sequer uma referência a este princípio e se limitando a uma análise mais tradicional dos auxílios de Estado (Panayi, 2018, P. 269). Contudo, apesar de não ter se manifestado categoricamente em relação ao princípio da plena concorrência, o TJUE parece ter exprimido a opinião de que a aplicação de condições de livre concorrência (núcleo duro do princípio da plena concorrência) seria decorrente do regime de auxílios de Estado previsto no TFUE ao passo em que o distanciamento destas condições pode gerar uma vantagem seletiva a determinados contribuintes, *vide*:

Ora, a este respeito, as despesas com pessoal e os encargos financeiros assumidos no âmbito de actividades de gestão de tesouraria ou de financiamento representam elementos que contribuem de forma preponderante para a realização dos rendimentos dos centros de coordenação, uma vez que estes fornecem serviços, em particular de natureza financeira. Consequentemente, a exclusão destas despesas e encargos, que servem para a determinação dos rendimentos tributáveis dos referidos centros, não permite obter preços de transferência próximos dos que seriam praticados em condições de livre concorrência. Conclui-se que esta exclusão é susceptível de

proporcionar uma vantagem económica aos referidos centros (TJUE, 22 de junho de 2006, C-182-03 e C 217-03, par. 96-97).

Compreender que a aplicação das condições de livre concorrência não integra a análise da compatibilidade de auxílios de Estado com o mercado interno implica em afirmar que, caso o Estado-membro não tenha incorporado o princípio da plena concorrência ao seu ordenamento nacional, este Estado poderia livremente conferir um tratamento mais benéfico às empresas associadas, gerando uma indubitável distorção da concorrência no mercado interno. Tendo em vista que a avaliação das condições de livre mercado decorre naturalmente da comparação com operações de empresas autónomas, a *ratio decidendi* utilizada pelo TJUE confirma exatamente a lógica defendida pela Comissão.

Para discutir as críticas associadas à utilização das Orientações da OCDE nas investigações, é necessário remeter à miríade de métodos previstos e os problemas que concernem a escolha do método a ser aplicado. Como estes vários métodos implicarão em resultados diferentes, levando a preços bastante díspares, é natural que alguns métodos não sejam cabíveis diante das circunstâncias concretas do contribuinte em questão, de forma que sua aplicação resultaria em preços significativamente diferentes daqueles que seriam praticados em condições de livre concorrência. Portanto, embora a Comissão utilize as Orientações como um parâmetro relevante para a avaliação do método selecionado, a mera utilização de um dos métodos previstos não basta, sendo necessário que ele resulte em uma aproximação verossímil dos resultados de mercado.

Ao examinar se uma decisão relativa à fixação dos preços de transferência é conforme com o princípio da plena concorrência inerente ao artigo 107º, nº 1, do Tratado, a Comissão pode ter em conta as orientações fornecidas pela Organização de Cooperação e de Desenvolvimento Económicos («OCDE»), em especial os «Princípios da OCDE em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às administrações fiscais». Estes princípios não tratam de questões de auxílios estatais per se, mas captam o consenso internacional em matéria de fixação de preços de transferência e fornecem orientações úteis para administrações fiscais e empresas multinacionais sobre a forma de assegurar que a metodologia de fixação dos preços de transferência produz resultados em conformidade com as condições de mercado. Por conseguinte, se um acordo de fixação dos preços de transferência estiver em conformidade com as orientações fornecidas pelos Princípios da OCDE em matéria de preços de transferência, incluindo as orientações sobre a escolha do método mais apropriado, e conduzir a uma aproximação fiável de resultados baseados no mercado, uma decisão fiscal que subscreva esse acordo não é suscetível de constituir um auxílio estatal (Comunicação C 262, 2016, par. 173) (grifos nossos).

Assim, a Comissão não estaria propriamente aplicando as Orientações da OCDE – seja retroativamente ou não – mas sim utilizando-as como um dos parâmetros para

identificar um tratamento favorável, distante das condições de mercado. Como bem expressa WATTEL sobre a utilização do princípio da plena concorrência e das Orientações pela Comissão:

The Commission describes the arm's length principle as 'a general principle of equal treatment in taxation'. Therefore, no matter how closely an OECD endorsed method has technically been accorded to, the Commission will check whether the result of its application best approximates a market-based outcome that obtains for stand-alone companies in otherwise comparable circumstances (Wattel, 2020, P. 120).

Todavia, neste ponto regressamos aos problemas inerentes à própria conceção do princípio da plena concorrência na atualidade e as consequentes dificuldades na determinação dos preços que seriam praticados nas famosas “condições de livre concorrência”. Ademais, a complexa distinção entre discricionariedade e interpretação novamente se faz presente, afinal, as DFAs e os APPs são normalmente requeridos em situações nas quais a aplicação da lei não é óbvia e é necessária a utilização de normas abertas, que conferem às autoridades tributárias uma maior margem de apreciação (Gunn; Luts, 2015, P. 121). A Comissão leva em consideração a incerteza gerada por estes fatores para identificar as situações que se distanciam das condições de livre concorrência.

A procura de uma «aproximação fiável dos resultados baseados no mercado» significa que qualquer desvio em relação à melhor estimativa de resultados baseados no mercado tem de ser limitado e proporcional à incerteza inerente ao método de fixação dos preços de transferência escolhido ou às ferramentas estatísticas utilizadas para esse exercício de aproximação (Comunicação C 262/1, 2016, par. 171).

Para ajudar na identificação dos métodos incabíveis, a Comissão criou o critério do operador de mercado prudente e independente, que, em termos gerais, prescreve que a autoridade tributária deve se portar como um ator hipotético de mercado, não aceitando preços de transferência diferentes dos que seriam aceites por este ator. Este critério, portanto, seria apenas uma expressão do núcleo material do princípio da plena concorrência, afinal, os preços praticados em situação de livre concorrência são aqueles que poderiam ser praticados entre atores de mercado. Embora este exercício hipotético não gere um resultado exato, pois há uma margem de preços que poderiam ser verossimilmente aceites, é certo que ele se coloca como um parâmetro útil, excluindo situações absurdas nas quais a autoridade aceita métodos que conduzem aos menores resultados possíveis. Na decisão referente ao caso *Apple* de 11 de junho de 2014, a Comissão expressou de maneira bastante clara o raciocínio que se aplica para este critério:

The OECD Guidelines are a reference document recommending methods for approximating an arm's length pricing outcome and have been retained as

appropriate guidance for this purpose in previous Commission decisions. The different methods explained in the OECD Guidelines can result in a wide range of outcomes as regards the amount of the taxable basis. Moreover, depending on the facts and circumstances of the tax-payer, not all methods approximate a market outcome in a correct way. When accepting a calculation method the a taxable basis proposed by the taxpayer, the tax authorities should compare that method to the prudent behavior of a hypothetical market operator, which would require a market conform remuneration of a subsidiary or a branch, which reflect normal conditions of competition. For example, a market operator would not accept that its revenues are based on a method which achieves the lowest possible outcome if the facts and circumstances of the case could justify the use for other, more appropriate methods. (SA.38373 (2014/C), 11 de junho de 2014, par. 56)

DOURADO aponta que a posição da Comissão nesta questão evoluiu bastante, afinal, no *Draft Notice* de 2014 sobre a interpretação do artigo 107º/1 do TFUE não havia referência a um princípio de plena concorrência nem a qualquer critério voltado à avaliação da compatibilidade das informações vinculativas com o Direito Europeu, mas já na supracitada Comunicação de 2016 tanto o princípio autônomo da plena concorrência quanto um critério assentado na aproximação fiável dos preços de mercado foram mencionados (Dourado, 2018, P. 157-158).

A utilização deste critério também rendeu fortes críticas, principalmente sob a alegação de que a Comissão não poderia introduzir um critério novo, mais rígido do que o próprio princípio da plena concorrência da forma tratada pela OCDE. Ademais, por se tratar de uma novidade que não conta com muita literatura ou jurisprudência a respeito, o critério do operador de mercado prudente e independente geraria muita insegurança jurídica.

Nesta sina, PANAYI aponta que a Comissão estaria introduzindo seus próprios *standards* de preços de transferência e demonstrando preferência por determinados métodos para a identificação dos preços comparáveis, substituindo as decisões das autoridades por seu julgamento “*slightly too willingly*” (Panayi, 2018, P. 277). CACHIA, por sua vez, pontua que a adoção deste critério poderia ser desnecessária, haja vista que a aplicação das condições de livre concorrência já estariam previstas no método de plena concorrência (Cachia, 2017, P. 35).

As críticas relacionadas à atuação da Comissão nos casos concretos serão retomadas nos próximos capítulos com o esmiuçar das investigações, contudo, é de se pontuar desde já que a Comissão deixou claro em suas justificações que a utilização de um método *per se* não configura um auxílio, não expressando uma preterição *a priori* por qualquer um dos métodos, analisando em cada caso se a aplicação do método escolhido

resultou em preços diferentes dos que seriam praticados em livre concorrência. A bem da verdade, a Comissão já havia estabelecido isto desde o Relatório sobre a implementação da Comunicação da Comissão sobre a aplicação das regras relativas aos auxílios estatais às medidas que respeitam à fiscalidade directa das empresas (09 de fevereiro de 2004, C(2004)434) e da fundamentação do supracitado caso *Bélgica e Fórum 187/Comissão* (TJUE, 22 de junho de 2006, C-182-03 e C 217-03, par. 57).

Para refletir sobre a alegada desnecessidade da criação do critério do operador de mercado prudente e independente, escusado está relembrar a célebre frase de Sartre: “a existência precede a essência” (Sartre, 1978, P. 5). Como afirmado anteriormente, é certo que este critério não se distancia da essência do princípio da plena concorrência, contudo, a acentuada flexibilidade prática admitida na aplicação deste princípio e expressada nos documentos que o concernem faz com que sua existência tenha se afastado de sua essência – e, como a existência precede a essência, a introdução deste novo critério que recobra a essência do princípio pode não ser desnecessária. Resta a nós saber como se dará no plano da existência a trajetória do critério do operador de mercado prudente e independente.

Outra crítica frequente à atuação da Comissão diz respeito à agenda política que ela poderia estar supostamente pondo em prática através da proibição dos auxílios de Estado. É argumentado que a Comissão poderia estar tentando reverter o impacto das decisões do TJUE que promovem as liberdades econômicas com pouca preocupação com a evasão fiscal e fazendo com que a proibição também servisse ao BEPS, reduzindo a erosão das bases fiscais.

A doutrina pontua que a atuação baseada no regime dos auxílios de Estado só será admitida quando tiver como objetivo final a integração do mercado interno (Cachia, 2017, P. 25), não sendo possível tirar de mente que este regime diz respeito a um problema jurídico, não político (Gunn; Luts, 2015, P. 119). Além disso, como estas questões estão relacionadas à soberania fiscal dos Estados-membros e afetam também a ligação com Estados terceiros, é de se esperar que a atuação gere vários imbrólios (Ribeiro, 2018, P. 139-141)

ANA PAULA DOURADO, contudo, vê a questão com olhos mais amigáveis, afirmando que o regime dos auxílios de Estado está sendo utilizado para combater a erosão de bases fiscais, mas que isto não configura um problema, ao menos *a priori*

(Dourado, 2018, P. 155). Esta postura parece bastante equilibrada, afinal, as constantes inovações no mundo da economia e a recente mudança de mentalidade em relação aos problemas fiscais podem fazer com que a atuação da Comissão se atualize, desde que não perca de vista os parâmetros legais.

3. Análise dos Acórdãos do Tribunal de Justiça da União Europeia.

Como afirmado anteriormente, as investigações efetuadas pela Comissão levaram-na a identificar diversos casos de auxílios de Estado ilegais, dentre os quais quatro foram julgados pelo Tribunal Geral. Levando em consideração a importância do posicionamento do TJUE para a própria compreensão do TFUE e, conseqüentemente, do regime dos auxílios de Estado, este tópico será devotado a analisar a *ratio decidendi* que vem sendo adotada pelo Tribunal.

Tendo em vista a extensão e a complexidade dos casos – para além do próprio escopo do presente trabalho – não serão esmiuçados todos os fundamentos que suportam os Acórdãos, assim como não serão analisados todos os argumentos dos litigantes, cabendo focar apenas no raciocínio adotado pelo Tribunal em questões que não sejam meramente específicas dos contribuintes em causa, denotando a visão do TJUE acerca do papel da Comissão na fiscalização dos auxílios e sua interpretação dos próprios requisitos do art. 107º, TFUE. Ademais, tendo em vista este objetivo principal de apresentar o raciocínio que vem sendo adotado pelo TJUE, os argumentos e fundamentos repetitivos nas decisões analisadas serão explicitados apenas uma vez.

Assim, serão abarcados os pontos problemáticos suscitados no capítulo anterior e como estas questões estão se desenrolando aos olhos do Tribunal, compreensão vital para o vislumbre do regime de auxílios de Estado no futuro da União Europeia.

3.1. Processos T-755/15 e T-759/15: Grão Ducado do Luxemburgo e Fiat Chrysler Finance Europe (FFT), apoiados pela Irlanda, contra Comissão Europeia.

Em março de 2012, o consultor fiscal da FFT enviou uma carta à Autoridade Fiscal luxemburguesa a fim de solicitar uma decisão fiscal antecipada (DFA) em matéria de tributação. A Autoridade, que concordou com a análise dos preços de transferência efetuada pela empresa, adotou a DFA em setembro do mesmo ano, consignando que os preços apresentados respeitariam o princípio da plena concorrência de acordo com o ordenamento nacional. A DFA em causa seria vinculativa pelo período de cinco anos.

Em junho de 2013, a Comissão pediu a Luxemburgo informações detalhadas acerca das práticas nacionais em matéria de decisões antecipadas e, em junho do ano seguinte, foi iniciado um procedimento formal de investigação nos moldes previamente expostos. Por fim, em 21 de outubro de 2015, a Comissão adotou a Decisão (EU) 2016/2326 considerando que a DFA concedida à FFT caracterizaria um auxílio de Estado ilegal. A referida decisão foi impugnada no TJUE, resultando no Acórdão proferido pela Sétima Secção alargada em 24 de setembro de 2019.⁷

No que diz respeito às discussões do capítulo anterior, é importante mencionar que a questão a ser solucionada pelo TJUE nos quatro casos analisados diz respeito à configuração da vantagem seletiva, de maneira que a postura do Tribunal sobre os demais requisitos é praticamente idêntica: em termos gerais, o APP ou a DFA seria imputável ao Estado-Membro; estaria hábil a causar uma perda de recursos estatais devido à redução do imposto a ser pago pelo contribuinte; seria suscetível a afetar as trocas na UE, já que as empresas atuam em diversos Estados-Membros; e falsearia ou ameaçaria falsear a concorrência ao melhorar a posição financeira das mesmas.

Diante do argumento das Recorrentes de que a Comissão estaria fazendo uma harmonização fiscal disfarçada ao ignorar as normas luxemburguesas e invocar normas não pertencentes ao ordenamento nacional – qual seja, as Orientações da OCDE – o TJUE é perentório ao afirmar que a Comissão pode concluir pela caracterização de uma medida como auxílio de Estado mesmo que esta medida diga respeito à fiscalidade direta, desde que estejam presentes os requisitos elencados pelo TFUE. Ademais, o Tribunal deixa claro que a Comissão não teria competência para definir a tributação “normal” de forma autônoma, desconsiderando as regras nacionais, contudo, não teria sido isto o que ocorreu

⁷ Acórdão Luxemburgo e Fiat Chrysler Finance Europe v. Comissão, de 24 setembro 2019, proc. T-755/15 e T-759/15 adiante denominado “Caso Fiat”.

no caso em pauta, haja vista que o ordenamento nacional teria embasado a análise acerca da existência de uma vantagem. Sobre as Orientações da OCDE, o Tribunal mantém que:

Embora a Comissão tenha referido, com razão, que não está formalmente vinculada pelas Orientações da OCDE, não é menos verdade que estas orientações se baseiam em trabalhos importantes realizados por grupos de peritos de renome, refletem o consenso alcançado à escala internacional em relação aos preços de transferência e revestem, deste modo, uma importância prática indubitável na interpretação das questões relativas aos preços de transferência, como reconheceu a Comissão no considerando 87 da decisão impugnada. (Caso Fiat, par. 147)

O TJUE também não dá provimento à alegação de que a atuação da Comissão estaria gerando uma insegurança jurídica que poria em causa todas as decisões antecipadas existentes, afinal, esta atuação estaria voltada apenas aos casos em que estivessem preenchidos os requisitos legais que caracterizam os auxílios de Estado. Em matéria conexa, referente à proteção da legítima confiança, o Tribunal consigna que a FFT não demonstra – nem sequer alega – ter recebido garantias da Comissão de que a DFA não configuraria um auxílio de Estado, de maneira que não há de se falar em uma quebra de confiança.

É ponto inconteste que o direito luxemburguês engloba o princípio da plena concorrência, porém, as partes discordam quanto ao conteúdo deste princípio. Em síntese, os Recorrentes alegam que inexistiria um princípio da plena concorrência próprio do Direito da União com os contornos atribuídos pela Comissão, de maneira que esta estaria violando a autonomia fiscal dos Estados-Membros em sua atuação. Contudo, o TJUE discorda desta linha de raciocínio, destacando que a Comissão utiliza o sistema nacional como referência para afirmar que as sociedades associadas e autônomas devem ser tratadas da mesma forma. Assim, analisando o objetivo do sistema geral de imposto sobre as sociedades, que seria tributar todas as sociedades residentes em Luxemburgo, a Comissão concluiu que as sociedades associadas estariam em uma situação jurídica e factual comparável às autônomas.

Ademais, o Tribunal concorda com o posicionamento da Comissão ao defender que o princípio da plena concorrência seria parte obrigatória da análise dos auxílios por consistir em um instrumento para a apreciação do nível de preços nas transações intragrupo e representar um princípio geral de igualdade de tratamento em matéria de tributação, ressaltando, contudo, que a caracterização da vantagem apenas ocorre nos casos nos quais a discrepância supera as imprecisões inerentes aos métodos aplicados. Nesta sina, o Tribunal deixa claro que “resulta, portanto, da decisão impugnada que o

princípio da plena concorrência, conforme descrito pela Comissão, é um instrumento utilizado, legalmente, no âmbito do exame feito ao abrigo do artigo 107º, nº 1, TFUE” (Caso Fiat, par. 151).

Ademais, o TJUE confirma a interpretação conferida pela Comissão ao supracitado Acórdão *Bélgica e Fórum 187/Comissão* e admite que, para analisar se a empresa obteve uma vantagem, a Comissão pode utilizar o método que considerar apropriado, devendo, todavia, justificar sua escolha metodológica. Quanto à visão sobre seu próprio papel de fiscalização da atuação da Comissão, o Tribunal julga que:

A este respeito, há que salientar que, conforme resulta do artigo 263º TFUE, o objeto do recurso de anulação é a fiscalização da legalidade dos atos adotados pelas instituições da União nele enumeradas. Assim, a análise dos fundamentos invocados no âmbito desse recurso não tem por objeto nem por efeito substituir uma instrução completa do processo efetuada no âmbito de um procedimento administrativo (v., neste sentido, Acórdão de 2 de setembro de 2010, Comissão/Deutsche Post, C 399/08 P, EU:C:2010:481, nº 84). No que respeita ao domínio dos auxílios de Estado, há que recordar que o conceito de auxílio de Estado, tal como definido no TFUE, é um conceito jurídico e deve ser interpretado com base em elementos objetivos. Por esta razão, o juiz da União deve, em princípio e tendo em conta tanto os elementos concretos do litígio que lhe foi submetido como o caráter técnico ou complexo das apreciações feitas pela Comissão, exercer uma fiscalização integral relativamente à questão de saber se uma medida entra no âmbito de aplicação do artigo 107º, nº 1, TFUE (...) A fiscalização do Tribunal Geral tende, portanto, a verificar se os erros identificados na decisão impugnada, com base nos quais a Comissão concluiu pela existência de uma vantagem, vão além das imprecisões inerentes à aplicação de um método destinado a obter uma aproximação fiável de resultados baseados no mercado. (Caso Fiat, par. 205-207)

O TJUE afirma que, em princípio, seria papel da Comissão comprovar a existência de uma vantagem, passando, portanto, a analisar o mérito da questão. O Tribunal concorda com a análise efetuada pela Comissão de que a segmentação de capitais baseada nos capitais hipotéticos regulamentares para basear o cálculo da matéria coletável se assentaria em uma análise puramente artificial dos fundos da FFT, *vide*:

Com efeito, conforme resulta dos considerandos 247 e 286 da decisão impugnada, ao proceder a uma segmentação dos capitais próprios em vez de considerar a totalidade dos capitais próprios como base a partir da qual a rentabilidade do capital é calculada, o Grão Ducado do Luxemburgo negligencia o facto de a totalidade dos capitais próprios ser necessária para assegurar as funções de financiamento e, se for o caso, absorver as perdas ligadas às atividades de financiamento. (...) Com efeito, os fundos próprios regulamentares não são um indicador apropriado dos lucros obtidos por um banco ou uma instituição financeira, mas apenas o cumprimento de uma obrigação prudencial imposta a esses estabelecimentos. Os fundos próprios regulamentares hipotéticos, determinados pela aplicação por analogia do Quadro de Basileia II, não podem, a fortiori, constituir um indicador apropriado para determinar a remuneração do risco a que estão expostos os capitais da FFT. (...) À luz do acima exposto, há que constatar que a Comissão considerou com razão que o Grão Ducado do Luxemburgo não devia ter

adotado como base para o cálculo da remuneração do risco os capitais regulamentares hipotéticos da FFT (Caso Fiat, par. 240-263).

Ademais, o Tribunal ressalta que Luxemburgo não teria dado qualquer explicação convincente para justificar a incoerência da metodologia aplicada. Quanto à alegação de que os capitais ligados às participações da FFT na FFC e na FFNA deveriam ter sido considerados no cálculo da remuneração das atividades de financiamento e de tesouraria da FFT, o TJUE dá razão à Comissão novamente, determinando que a totalidade dos capitais próprios da FFT deveria ter sido tida em conta para o cálculo da remuneração da FFT e que uma taxa única deveria ter sido aplicada. Assim, o Tribunal conclui que:

Nestas circunstâncias, há que referir que o método aprovado pelo Grão Ducado do Luxemburgo minimizou a remuneração da FFT, com base na qual é determinado o imposto por ela devido, sem que seja necessário examinar as alegações do Grão Ducado do Luxemburgo relativas ao quinto erro identificado pela Comissão, que incide sobre a taxa de rendimento. Com efeito, a simples constatação de que o montante dos capitais a remunerar foi subestimado basta, no caso vertente, para demonstrar a existência de uma vantagem (Caso Fiat, par. 280).

Nesta sina, o Tribunal conclui que a Comissão comprovou que a DFA conferia uma vantagem à FFT, negando provimento ao Recurso. Para examinar a questão exaustivamente, o Acórdão trata ainda sobre o raciocínio invocado a título subsidiário, que, levando em consideração o escopo do presente trabalho, não merece ser esmiuçado. Contudo, importante pontuar que, no decorrer da análise, o TJUE confirmou que a vantagem e a seletividade podem ser analisadas concomitantemente e reafirmou a jurisprudência de que há uma presunção de seletividade quando a medida configura um auxílio individual e confere uma vantagem.

3.2. Processos T-760/15 e T-636/16: Reino dos Países Baixos, Starbucks Corp. e Starbucks Manufacturing Emea BV (SMBV), apoiados pela Irlanda, contra a Comissão Europeia.

A SMBV é uma filial do grupo Starbucks estabelecida nos Países Baixos e controlada indiretamente pela Alki, outra filial do mesmo grupo, residente no Reino Unido. A Alki e a SMBV celebraram um acordo de torrefação prevendo que esta efetue àquela o pagamento de royalties pelo uso de seus direitos de propriedade intelectual (PI).

Em abril de 2007, a Autoridade Fiscal neerlandesa celebrou um acordo prévio (APP) com a SMBV a fim de determinar sua remuneração pelas atividades de produção e distribuição descritas no instrumento de acordo com o princípio da plena concorrência, que faz parte do ordenamento nacional e é reafirmado no preâmbulo do próprio APP. O

acordo, que englobava o supracitado pagamento de royalties pelas tecnologias de torrefação, seria válido no período de 01 de outubro de 2007 a 31 de dezembro de 2017 – ou seja, por aproximadamente 10 anos.

Em julho de 2013, a Comissão enviou um pedido de informação ao Reino dos Países Baixos, dando início ao procedimento formal de investigação em junho do ano seguinte. Em 21 de outubro de 2015, a Comissão adotou a Decisão (UE) 2017/502 concluindo que o APP conferido à SMBV configuraria um auxílio de Estado ilegal, decisão esta que foi impugnada perante o TJUE, resultando no Acórdão proferido pela Sétima Secção alargada em 24 de setembro de 2019.⁸ Vos sintetiza o problema identificado pela Comissão:

The European Commission argues that SMBV's payment of the variable royalty 'wrongly caused a shift of taxable profits from SMBV to Alki LP, which were subsequently not subject to Dutch or UK corporate income tax'. The royalty payment is, with respect to SMBV, tax deductible for Dutch corporate income tax purposes. The royalty revenues of Alki LP are neither subject to UK corporate income tax, since Alki LP as 'Limited Partnership' is considered fiscally transparent. This double non-taxation or tax avoidance of corporate income tax appears a thorn in the side of the European Commission (Vos, 2018, P. 114-115).

O problema, novamente, gira em torno da configuração da vantagem seletiva, sendo aplicáveis as observações feitas no caso anterior no que diz respeito aos demais requisitos. O TJUE segue o mesmo raciocínio do Acórdão anterior, determinando que, quando o ordenamento nacional não faz distinção entre as empresas associadas e autônomas para efeitos de sujeição ao imposto sobre as sociedades, o lucro daquelas deve ser tributado como se as transações fossem efetuadas a preços de mercado, de forma que a análise da Comissão deve fazer uso do princípio da plena concorrência, como teria sido afirmado no caso *Bélgica e Fórum 187/Comissão*. Ademais, o Tribunal mantém o posicionamento de que, embora a Comissão não esteja formalmente vinculada às Orientações da OCDE, elas têm importância na análise efetuada por representarem o consenso de especialistas a nível internacional. Por fim, o Tribunal recobra que só será caracterizada uma vantagem nos casos em que a discrepância supere a inerente incerteza dos métodos utilizados e que o ônus probatório quanto à existência desta vantagem é da Comissão.

⁸ Acórdão Reino dos Países Baixos, Starbucks Corp. e Starbucks Manufacturing Emea BV v. Comissão, de 24 de setembro de 2019, proc. T-760/15 e T-636/16669 adiante denominado Caso Starbucks.

Ao tratar sobre as alegações relativas ao pagamento de royalties, o TJUE deixa claro que a mera inobservância de prescrições metodológicas não resulta necessariamente em uma diminuição da carga fiscal, sendo necessário que a Comissão comprove que a inobservância resultou em uma vantagem. Nesta sina, o Tribunal dá razão às alegações das Recorrentes, determinando que a ausência de uma análise separada dos royalties no Relatório Sobre os Preços de Transferência não implicaria em uma vantagem à SMBV.

Quanto à aplicação do CUP⁹ ao invés do MMLT¹⁰, o TJUE afirma que, embora a Comissão tenha o direito de examinar a compatibilidade do preço dos royalties com o art. 107º, TFUE, o argumento suscitado no caso em tela não leva em consideração que, na verdade, o preço dos royalties não foi estabelecido de acordo com a aplicação de qualquer destes métodos, *vide*:

No que respeita à tese da Comissão segundo a qual o método CUP deveria ter sido privilegiado em detrimento do MMLT, uma vez que esse primeiro método era aplicável no caso em apreço, há que, antes de mais, observar que, no caso vertente, o APPT aceitou a utilização do MMLT para determinar a margem operacional para as atividades de produção e de distribuição da SMBV. Ora, o APPT aceitou que os royalties fossem determinados como sendo, em substância, a diferença entre os lucros de exploração realizados no âmbito da função de produção e distribuição e a margem operacional. Daqui resulta que o APPT não prevê diretamente a utilização de um método de determinação dos preços de transferência para o cálculo do nível dos royalties, que são definidos como sendo um valor puramente residual. (Caso Starbucks, par. 206)

Contudo, embora reconheça que o pagamento dos royalties suscite dúvidas quanto à sua racionalidade econômica e que os Recorrentes não ofereceram uma justificativa plausível para sua escolha, o TJUE afirmou que a Comissão teria falhado em comprovar que esta metodologia conferiria uma vantagem ao contribuinte (Caso Starbucks, par. 366). Contudo, como bem analisa WATTEL acerca da questão:

It is true that, first, the net profit was fixed, and only then was the main debit item, the royalty, calculated as whatever remained of the operational profit after deduction of the operational cost and the theoretical net profit margin. This means that all surplus profit went to Alki in the UK where it was also not taxed. Admittedly, this does raise the question of whether an independent coffee roaster would accept such an arrangement. Indeed, either it is only a contract roaster and, therefore, receives a fixed margin, e.g. per ton of roasted beans, but then it does not pay any royalty as, in that case, the roasting process is a mere product specification prescribed by the principal, and the Commission would have a point that the royalty should be zero. Or it is an

⁹ O método compara o preço utilizado em uma operação controlada com o preço utilizado em operações não controladas em situações comparáveis (OECD, 2022, P. 99).

¹⁰ O MMLT é um método indireto de determinação dos preços de transferência que consiste em determinar, a partir de uma base adequada, o lucro líquido realizado por um contribuinte no âmbito de uma transação controlada. Assim, o MMLT implica identificar uma parte na transação para a qual o indicador é testado e escolher o indicador do nível de lucro que representa esta base adequada, tal como os custos, as vendas ou os ativos (Caso Starbucks, par. 407).

independent roasting company that roasts and sells on its own account and at its own risk to third parties; in that case, it would certainly have to pay a royalty for the use of the roasting know-how but, in that case, it would almost certainly keep the surplus profit for itself (Wattel, 2020, P. 120).

Ainda sobre os royalties, o Tribunal esclarece que é inconteste que os mesmos seriam um encargo dedutível no direito fiscal neerlandês e que representariam uma operação intragrupo, havendo discordância apenas no que diz respeito a seu valor em condições de livre concorrência. A Comissão defende que a SMBV não usufruiria do valor da propriedade intelectual em matéria de torrefação, que seria usufruído apenas pelas lojas que vendessem os produtos sob a marca Starbucks ao consumidor final. Assim, “no caso da SMBV, o saber fazer e as curvas de torrefação pareciam constituir uma especificação técnica segundo a qual a torrefação devia ocorrer, devido a uma preferência ou a uma escolha da empresa adquirente” (Caso Starbucks, par. 253). Ademais, a Comissão pontua que a torrefação de café não gerava lucros suficientes para permitir o pagamento dos royalties, de maneira que este pagamento era financiado por outras atividades da SMBV. Assim, a Comissão conclui que os royalties “pareciam servir estruturalmente o objetivo exclusivo de transferir os lucros provenientes da função de revenda da SMBV para a Alki” (Caso Starbucks, par. 268). Todavia, o TJUE discorda do raciocínio da Comissão, alegando que:

Com efeito, em primeiro lugar, é pacífico entre as partes que a propriedade intelectual em matéria de torrefação era, em princípio, suscetível de representar um valor económico. Em segundo lugar, é também ponto assente entre as partes que a SMBV é um torrefador que era obrigado a utilizar a propriedade intelectual em matéria de torrefação para torrar o seu café. Em terceiro lugar, a Comissão sustenta que as lojas Starbucks, coligadas ou independentes, são obrigadas a comprar café torrado à SMBV e que, por conseguinte, a SMBV também é o vendedor do café torrado. Neste contexto, há que referir que a Comissão focou erradamente a sua análise na premissa de que o valor da propriedade intelectual em matéria de torrefação só é explorado quando os produtos são vendidos aos clientes finais. A questão de saber quem suporta, afinal, as despesas que correspondem à compensação do valor da propriedade intelectual utilizada para a produção do café é bem distinta da questão de saber se a propriedade intelectual em matéria de torrefação era necessária para permitir à SMBV produzir café torrado de acordo com os critérios exigidos pelas lojas Starbucks, às quais vende, por conta própria, o café. Na hipótese de a SMBV vender o café que torrou a lojas Starbucks que exigem que o café tenha sido torrado conforme as especificações da Starbucks, é plausível que, sem o direito de utilização, ou — para retomar a terminologia da decisão impugnada — de exploração da propriedade intelectual da torrefação, a SMBV não fosse capaz de produzir e fornecer café torrado de acordo com as especificações da Starbucks às lojas com o mesmo nome. Há que concluir que, contrariamente ao que sustenta a Comissão, o pagamento dos royalties pela SMBV pela utilização da propriedade intelectual em matéria de torrefação não é desprovido de racionalidade económica. A propriedade intelectual era efetivamente necessária para o exercício da atividade económica da SMBV, a saber, a produção de café torrado de acordo com as especificações da Starbucks. Daqui decorre que a SMBV retira efetivamente uma mais-valia da

utilização da propriedade intelectual em matéria de torrefação, sem a qual não poderia, em seguida, revender o café torrado às lojas Starbucks. (Caso Starbucks, par. 259-262)

Ademais, o Tribunal pontua que a Comissão não demonstrou que as regras neerlandesas preveem que a obrigação de pagar royalties é dependente da rentabilidade da atividade e não demonstrou a previsibilidade da situação de perdas, tendo em conta que este cenário apenas se iniciou em 2010.

Por fim, a Comissão defendeu que os acordos de produção celebrados pela Starbucks com terceiros e alguns contratos celebrados entre os concorrentes da Starbucks e torrefatores terceiros não previam o pagamento de royalties pela propriedade intelectual na matéria de torrefação. Contudo, o TJUE acolheu o argumento dos Recorrentes, tecendo diversos comentários sobre as comparações efetuadas, dentre os quais:

Em síntese, decorre daí que a Comissão não logrou demonstrar, com base na sua comparação com os contratos celebrados com as dez empresas transformadoras não filiadas, que o valor dos royalties deveria ter sido igual zero. Com efeito, os contratos celebrados com as empresas transformadoras 1, 3, 4, 7, 8, 9 e 10 não filiadas foram celebrados posteriormente à adoção do APPT. Os contratos celebrados com as empresas transformadoras 5, 6 e 7 não filiadas dizem respeito, por sua vez, a empresas que não torram café. Os contratos celebrados com as empresas transformadoras 1, 4, 8, 9 e 10 não filiadas não são contratos de revenda. Os contratos celebrados com as empresas transformadoras 1, 5, 6, 7, 8 e 9 não filiadas são referentes a produtos que não o café torrado e o contrato celebrado com a empresa transformadora 3 não filiada estipula a possibilidade de pagamento de royalties. No que respeita à análise do contrato celebrado com a empresa transformadora 2 não filiada, os argumentos sucintos e especulativos da Comissão não bastam para demonstrar que essa empresa não pagava nenhuma remuneração ao grupo Starbucks pela utilização da propriedade intelectual em matéria de torrefação. (Caso Starbucks, par. 345)

Quanto ao argumento de que, mesmo que não fosse zero, o valor dos royalties seria menos elevado do que o nível aprovado no APPT, o TJUE afirmou que, na decisão impugnada, a Comissão construiu sua argumentação apenas face aos motivos pelos quais o valor dos royalties deveria ser considerado zero, de forma que os Recorrentes não tiveram argumentos identificáveis para rebater no processo.

Em relação à linha de raciocínio referente ao preço dos grãos de café verde, a Comissão alegou que tais valores deveriam ter sido analisados no APPT para determinar se estariam muito elevados, o que conduziria a uma redução do lucro tributável da SMBV. Assim, a falta de análise sobre estes valores no Relatório Sobre Preços de Transferência implicaria que a metodologia adotada para a determinação dos lucros tributáveis conferia uma vantagem seletiva à empresa. Contudo, novamente, o TJUE não concorda com o raciocínio da Comissão:

Ora, uma decisão antecipativa, como o APPT, não abrange necessariamente a totalidade dos aspetos do tratamento fiscal de um contribuinte, mas pode limitar-se a tratar de determinadas questões precisas. Aliás, decorre da página 28 do Relatório sobre os preços de transferência que o consultor fiscal do Grupo Starbucks considerou que as transações relativas ao café verde eram diferentes daquelas para as quais o APPT tinha sido solicitado. Ora, por um lado, a Comissão não apresentou nenhum elemento indicativo de que, em direito neerlandês, que é o direito pertinente a este respeito, deveria ter sido analisada no APPT a questão de saber se o nível do preço dos grãos de café verde pago pela SMBV à SCTC era de plena concorrência. Por outro lado, o simples facto de o APPT não predeterminar um nível de preços de transferência para os grãos de café verde não significa, em si, que o APPT, ao fixar o método para a determinação da remuneração da SMBV, teria conferido uma vantagem à SMBV para as suas atividades de produção e de distribuição. (...) Ademais, foi exposto no n.º 248, supra, que o APPT podia ser revogado ou alterado durante o seu período de validade, compreendido entre 2007 e 2017. Há que assinalar que, na decisão impugnada, a Comissão não considerou que o facto de as autoridades neerlandesas não terem revogado ou alterado o APPT durante o seu período de vigência, devido aos custos excessivos dos grãos de café verde, tinha conferido uma vantagem à SMBV. Por conseguinte, há que julgar procedente a alegação segundo a qual a terceira linha de raciocínio incide sobre um elemento dos custos da SMBV que estava fora do alcance da medida controvertida. (Caso Starbucks, par. 383-391)

Como raciocínio subsidiário, a Comissão defende que, mesmo supondo que o MMLT fosse apropriado, a forma como este método foi aplicado no APPT seria inadequada, haja vista que a escolha da SMBV como parte a ser testada seria incorreta e, mesmo que fosse considerado legítimo que a SMBV fosse a parte testada, a escolha dos custos de exploração como indicador do nível de lucro seria inapropriada, assim como os ajustamentos aplicados à margem de lucro a fim de aumentar a comparabilidade com as empresas comparáveis.

Todavia, o TJUE concluiu que o raciocínio referente à entidade a testar estaria equivocado, pois as Orientações da OCDE nas quais a Comissão se embasou não preveem uma regra estrita sobre a identificação desta entidade. Ademais, a Comissão teria falhado em comprovar que o erro na identificação da entidade a testar teria conferido uma vantagem à SMBV.

O TJUE também discorda do argumento de que as vendas seriam um melhor indicador de nível de lucro devido à função principal da SMBV, que seria a revenda de produtos, não a torrefação. Para o Tribunal, o fato de que a maior parte dos rendimentos fosse auferida da revenda de produtos não basta para condenar a escolha do APPT em relação ao indicador do nível de lucro. Ademais, o TJUE afirma que a análise de comparabilidade efetuada pela Comissão – voltada à comprovação da existência de uma vantagem partindo do pressuposto de que a principal função da empresa seria a revenda de produtos – careceria de fiabilidade.

Por fim, o TJUE considerou que a Comissão não conseguiu provar que os ajustes conferiram uma vantagem à SMBV. Nesta sina, o TJUE decide anular na íntegra a decisão da Comissão que havia considerado que o APP conferia um auxílio de Estado ilegal.

3.3. Processos T-778/16 e T-892/16: Irlanda, Apple Sales Internacional (ASI) e Apple Operations Europe (AOE), apoiados pelo Grão-Ducado de Luxemburgo, contra a Comissão Europeia, apoiada pela República da Polónia e o Órgão de Fiscalização da EFTA.

No interior do grupo Apple, existe a Apple Inc., que detém 100% da Apple Operations International, que detém 100% da AOE, que, por sua vez, detém 100% da ASI. A atividade global do grupo é administrada a nível central a partir de executivos sediados nos EUA, de maneira que parte significativa dos membros dos conselhos de administração da AOE e da ASI eram diretores da Apple Inc. estabelecidos nos EUA.

Enquanto a AOE é responsável pelo fabrico e montagem de diversos produtos informáticos na Irlanda, a ASI tem como principais funções a compra, venda e distribuição de produtos da marca Apple, além das operações logísticas e da exploração dos serviços pós-venda. Embora tanto a ASI quanto a AOE sejam sociedades de direito irlandês, nenhuma é considerada residente fiscal na Irlanda.

A Apple Inc., por um lado, e a ASI e a AOE, por outro, estavam vinculadas por um acordo de partilha de custos inicialmente assinado em 1980, mas alterado diversas vezes. Resumidamente, o acordo estabelecia que a ASI e a AOE aceitariam partilhar os custos e riscos ligados à investigação e ao desenvolvimento dos produtos e serviços do grupo Apple em troca de uma licença livre de taxas, de forma que, embora a Apple Inc. continuasse a ser a proprietária legal dos bens incorpóreos cujos custos foram partilhados, a ASI e a AOE poderiam fabricar e vender os produtos sem mais custos associados no território que lhes tinha sido atribuído – qual seja, o mundo todo, excluído apenas o continente americano. Em 2008, a ASI também firmou um contrato de serviços de marketing com a Apple Inc. no qual esta se obrigava a prestar serviços de comercialização à ASI mediante o pagamento de uma taxa correspondente a uma percentagem das “despesas razoáveis suportadas” pela Apple Inc. por esses serviços, acrescida de uma margem.

A Autoridade Fiscal irlandesa adotou duas decisões fiscais antecipadas (DFAs) em relação aos lucros tributáveis da ASI e da AOE: a primeira em 29 de janeiro de 1991

e a segunda em 23 de maio de 2007, sendo a última DFA aplicada até o exercício fiscal de 2014. Vale pontuar que o trâmite com os consultores fiscais do grupo foi bastante breve: no caso da ASI, a carta inicial foi enviada à Autoridade Fiscal em 16 de janeiro de 1991 e, já no dia 29, foram confirmados os termos enviados pela empresa; quanto à DFA de 2007, que abrange tanto a ASI quanto a AOE, em 23 de maio foram confirmadas as propostas contidas na carta das entidades, datada do dia 16 do mesmo mês. Também merece destaque que a primeira DFA em causa foi aplicada por quinze anos sem revisão.

Por ofício de 12 de junho de 2013, a Comissão pediu à Irlanda informações a respeito das DFAs concedidas no país, em especial as referentes ao grupo Apple. Em 11 de junho de 2014, foi iniciado o procedimento formal de investigação, que culminou na Decisão (UE) 2017/1283 de 30 de agosto de 2016 que concluiu pela existência de um auxílio de Estado ilegal. A decisão, questionada pelas partes, foi levada ao TJUE e julgada pela Sétima Secção alargada do Tribunal Geral em 15 de julho de 2020¹¹.

Mais uma vez, a questão gira em torno da vantagem seletiva. Contudo, este caso apresenta uma diferença na análise de três etapas, pois a Irlanda alega que o princípio da plena concorrência não estaria incorporado ao ordenamento nacional no período em que as DFAs foram adotadas. A Comissão, como previamente explicado, adota o raciocínio de que a aplicação deste princípio independeria da incorporação ao ordenamento do Estado-Membro, afinal, o princípio seria um critério de referência para analisar a existência de uma vantagem. Todavia, a Comissão também defende que, para a legislação irlandesa, as sociedades residentes e as não residentes que exercem atividades na Irlanda estariam em situação comparável.

Primeiramente, o TJUE pontua que a questão gira em torno da determinação dos lucros imputáveis às sucursais de sociedades não residentes que exercem atividades na Irlanda, se diferenciando um pouco das análises prévias relacionadas aos preços de transações intragrupo. Porém, o Tribunal conclui que o raciocínio seria similar:

É certo que a imputação de lucros a uma sucursal numa sociedade pode prestar-se à aplicação analógica dos princípios aplicáveis aos preços de transações intragrupo no seio de um grupo de empresas. Com efeito, da mesma forma que os preços das transações intragrupo efetuadas por sociedades integradas no seio de um mesmo grupo de empresas não são determinados em condições do mercado, a imputação de lucros a uma sucursal, no seio de uma mesma sociedade, não se efetua em condições de mercado (Caso Apple, par. 206).

¹¹ Acórdão Irlanda, Apple Sales International e Apple Operations Europe v. Comissão, 15 de julho de 2020, proc. T-778/16 e T-892/16 adiante denominado Caso Apple.

Quanto ao argumento de que as sociedades residentes e as não residentes estariam em situação comparável de acordo com o sistema fiscal irlandês, o TJUE concorda com o raciocínio da Comissão, apoiando a aplicação do princípio da plena concorrência, mas utilizando como referência o ordenamento nacional.

Contudo, mesmo na falta de uma incorporação formal desse princípio no direito irlandês, como acima se acaba de referir nos n.os 209 e 210, a Irlanda confirmou que a aplicação pelas Autoridades Fiscais irlandesas do artigo 25.o do TCA 97 exigia, por um lado, que se identificassem as atividades reais das sucursais irlandesas em causa e, por outro, que se determinasse o valor dessas atividades em função do valor de mercado desse tipo de atividades. Além disso, não se pode deixar de observar que resulta do Acórdão da High Court (Tribunal Superior), no processo *Belville Holdings v. Cronin* [1985] I. R. 465, invocado pela Comissão na sua resposta escrita às questões do Tribunal e cujo alcance foi debatido pelas partes na audiência, que, já em 1984, as Autoridades Fiscais irlandesas consideravam que, quando o valor declarado de uma transação entre empresas coligadas não correspondesse ao que teria resultado do comércio, esse valor devia ser ajustado de forma a corresponder a um valor de mercado. Ora, essa abordagem, validada quanto ao princípio pela High Court (Tribunal Superior), implicava ajustamentos equivalentes aos que são propostos, com base no princípio da plena concorrência, nomeadamente no âmbito das orientações da OCDE em matéria de preços de transferência. (Caso *Apple*, par. 218-219)

Nesta sina, o Tribunal deixa claro que o princípio da plena concorrência não existiria independentemente da incorporação ao direito nacional:

Em quinto lugar e em contrapartida, a Comissão não pode sustentar, como acertadamente alegam a Irlanda, a ASI e a AOE, que existe uma obrigação autónoma de aplicar o princípio da plena concorrência que resulta do artigo 107º TFUE e que obriga os Estados Membros a aplicarem esse princípio de forma horizontal e em todos os domínios do seu direito fiscal nacional. (Caso *Apple*, par. 221)

Como raciocínio a título principal, a Comissão argumentou que as licenças de PI estavam sendo incorretamente imputadas às sedes da ASI e da AOE, afinal, as funções referentes a estas licenças não poderiam ser exercidas unicamente através dos seus conselhos de administração – fato demonstrado pela própria ausência de referência a estas discussões nas atas das reuniões. Portanto, o lucro resultante da utilização destas licenças deveria ter sido imputado às sucursais, que estariam em condições de exercer efetivamente estas funções, possuindo inclusive funcionários, ao contrário das sedes das empresas. Ademais, a Comissão pontua que tanto a ASI quanto a AOE seriam apátridas fiscais, haja vista que ambas as empresas existem apenas no papel fora da Irlanda.

Para a compreensão desta questão, vale pontuar que, no direito irlandês, as sociedades não residentes que exercem sua atividade no país por intermédio de uma sucursal são tributadas unicamente sobre os lucros provenientes das atividades direta ou

indiretamente imputáveis a esta sucursal, contudo, a legislação não prevê um método específico que permita determinar quais seriam os lucros imputáveis.

Quanto à imputação do lucro às sucursais, o TJUE examina o Acórdão *Dataproducts*, julgado pelo Tribunal Superior da Irlanda, segundo o qual os lucros provenientes de ativos controlados por uma sociedade não residente, mesmo que postos à disposição da sucursal irlandesa, não podem ser considerados enquanto lucros imputáveis à sucursal, na medida em que o pessoal e os diretores da sucursal não têm controlo sobre o ativo em questão. Esta situação não se altera mesmo se apenas a sucursal irlandesa empregar trabalhadores e tiver ativos físicos, desde que a sociedade não residente exerça o controlo efetivo dos ativos através dos órgãos de direção.

Ao considerar que as licenças de PI deveriam ser imputadas às sucursais devido ao fato de que as sedes não têm empregados ou presença física que assegure a gestão dos ativos, a Comissão estaria fazendo uma imputação de lucros “por exclusão”, sem sequer tentar demonstrar que estes rendimentos decorriam de atividades efetivamente realizadas pelas sucursais, o que estaria em desconformidade com a legislação irlandesa. Ademais, o TJUE também afirma que a Comissão não teria aplicado corretamente a abordagem da OCE ao efetuar esta análise:

Contudo, o facto de a abordagem autorizada da OCDE insistir na análise das funções realmente exercidas no estabelecimento estável contradiz a abordagem adotada pela Comissão que consiste, por um lado, em identificar as funções exercidas pela sociedade no seu conjunto, sem proceder a uma análise mais detalhada das funções realmente exercidas pelas sucursais, e, por outro, em presumir que as funções tinham sido exercidas pelo estabelecimento estável quando não pudessem ser imputadas à sede central da própria sociedade. (Caso Apple, par. 242)

Ao tratar sobre várias funções desempenhadas pela ASI e a AOE, o TJUE sustenta que a imputação “por exclusão” às sucursais não poderia ser aceite e que a ausência de pessoal não influenciaria nesta análise. Quanto aos processos próprios e à peritagem no âmbito das atividades de fabrico, o Tribunal afirma que, mesmo que estes processos pudessem se beneficiar de certos direitos de propriedade intelectual, seria de um domínio restrito e específico das atividades da sucursal irlandesa da AOE, não justificando a imputação de todas as contribuições a esta sucursal.

A título subsidiário, a Comissão defendeu que, mesmo que a Autoridade Fiscal tivesse razão ao aceitar que as licenças de PI não fossem imputadas às sucursais irlandesas, os métodos de imputação de lucros aprovados nas DFAs, que consistiriam em

métodos semelhantes ao MMLT previamente explicado, subavaliariam o lucro anual tributável da ASI e da AOE. Os três erros quanto ao método diriam respeito à escolha das sucursais irlandesas da ASI e da AOE como “parte testada”; à escolha dos custos de exploração como indicador do nível de lucros; e aos níveis de remuneração aceites.

Assim como nos demais julgados analisados, o Tribunal deixa claro que o mero incumprimento de prescrições metodológicas não basta para concluir pela existência de uma vantagem. Nesta sina, o TJUE afirma que, na decisão recorrida, a Comissão apenas afirmou que o erro na entidade a testar teria diminuído o lucro tributável das empresas, sem efetivamente demonstrar esta redução. Ademais, o Tribunal ressalta que as Orientações da OCDE não impõem necessariamente a escolha da entidade menos complexa, meramente aconselhando que seja escolhida a entidade em relação à qual existem mais dados fiáveis. Assim, desde que as funções da parte testada tenham sido corretamente identificadas e a remuneração destas funções tenha sido corretamente calculada, o facto de uma parte ou outra ter sido escolhida se torna irrelevante. Ainda sobre as falhas metodológicas, o TJUE reconhece que no caso em tela:

O conteúdo dessas trocas é bastante vago e revela que as discussões entre as Autoridades Fiscais irlandesas e os consultores fiscais do grupo Apple, em dois encontros, foram decisivas para efeitos da determinação do lucro tributável dessas sociedades, sem que tenha sido documentada uma análise objetiva e detalhada sobre as funções das sucursais e sobre a avaliação dessas funções. Assim, ao contrário dos relatórios ad hoc que foram apresentados pela Irlanda e pela Apple Inc. ex post facto no âmbito do procedimento administrativo, não foi fornecido às Autoridades Fiscais irlandesas qualquer relatório sobre a imputação dos lucros nem nenhuma informação suplementar antes da adoção das rulings fiscais controvertidas. Por outro lado, como confirmado na audiência, as informações relativas às atividades das sucursais irlandesas da ASI e da AOE fornecidas em preparação da ruling fiscal de 1991 não foram completadas de forma significativa antes da adoção da ruling fiscal de 2007 nem foram posteriormente atualizadas. Esta falta de provas apresentadas às Autoridades Fiscais irlandesas relativamente às funções efetivamente executadas pelas sucursais irlandesas e à avaliação destas para efeitos da determinação do lucro imputável às referidas sucursais pode ser considerada uma falha metodológica na aplicação do artigo 25.o do TCA 97, que exige, desde logo, a execução de uma análise das funções exercidas, dos ativos utilizados e dos riscos assumidos pelas sucursais. Contudo, por muito lamentável que seja esta falha metodológica, a Comissão, em sede de controlo dos auxílios de Estado ao abrigo do artigo 107.o TFUE, não pode, por seu turno, limitar-se a alegar que a escolha das sucursais irlandesas da ASI e da AOE como partes testadas na aplicação do método de imputação de lucros foi errada, sem provar que as funções efetivamente exercidas por essas sucursais constituíam funções particularmente complexas, únicas ou dificilmente individualizadas, de modo que não tivessem sido identificados ou fiáveis dados comparáveis e que, portanto, a imputação daí resultante fosse necessariamente errada. (Caso Apple, par. 344-348)

Quanto à utilização dos custos de exploração da sucursal como indicador do nível de lucros, a Comissão afirma que seria mais apropriada a utilização das vendas da ASI, de forma que estaria configurada a concessão de uma vantagem.

No que respeita especificamente à sucursal irlandesa da ASI (considerando 336 da decisão recorrida), a Comissão considerou que era inadequado basear-se nos custos de exploração, que são «em geral» indicados para analisar os lucros de distribuidores de baixo risco. Sustentou que a sucursal irlandesa da ASI não era um distribuidor desse tipo, na medida em que essa sucursal tinha assumido riscos ligados ao volume de negócios, às garantias e aos terceiros contratantes. Refira-se, desde logo, que a Comissão não indicou especificamente em que fonte se baseava para essa afirmação. Além disso, a utilização da expressão «em geral» indica que não excluía a possibilidade de os custos de exploração serem utilizados como indicador do nível dos lucros em determinadas situações. Para além da falta de precisão da tese defendida pela Comissão, refira-se que essa tese não respeita as orientações da OCDE em matéria de preços de transferência, nas quais a Comissão se baseou no seu raciocínio a título subsidiário, como acertadamente sustentam a Irlanda, a ASI e a AOE. Com efeito, decorre do ponto 2.87 dessas orientações que o indicador do nível dos lucros deve centrar-se no valor das funções da parte testada, tendo em conta os seus ativos e os seus riscos. Por conseguinte, segundo essas orientações, a escolha do indicador do nível dos lucros não está fixada para qualquer tipo de funções, desde que esse indicador reflita o valor das funções em questão (Caso Apple, par. 355-357).

Ademais, o TJUE pontua que a Comissão não demonstrou que os custos de exploração da sucursal não poderiam refletir o valor com que esta sucursal tinha contribuído para as atividades da sociedade, levando em consideração as funções, os riscos e os ativos pelos quais era efetivamente responsável.

Quanto à sucursal da AOE, o TJUE conclui que o argumento da Comissão de que um indicador de nível dos lucros que incluía os custos totais seria mais adequado não prosperaria, pois os custos totais teriam em conta os custos da propriedade dos materiais utilizados, dos produtos em curso de fabrico e dos produtos acabados de propriedade da AOE, não da sucursal. Contudo, o Tribunal deixa claro que:

A esse respeito, o Tribunal Geral verifica que nem as trocas de correspondência que precederam a adoção das rulings fiscais controvertidas nem a Irlanda, a ASI e a AOE, interrogadas sobre este ponto no âmbito do presente processo, puderam explicar de forma bastante qual era a justificação para as incoerências detetadas nas referidas rulings no que respeita aos custos de exploração, tomados como base para o cálculo do lucro tributável das sucursais na ruling fiscal de 1991 e que já não foram incluídas como base para o cálculo do lucro tributável de 2007. Todavia, mesmo em presença de incoerências que revelem deficiências na metodologia do cálculo dos lucros tributáveis, efetuada no âmbito das rulings fiscais controvertidas, há que recordar as considerações acima expostas no n.º 348, segundo as quais a Comissão não se pode limitar a invocar um erro metodológico, antes tendo que provar que foi efetivamente concedida uma vantagem, na medida em que esse erro tenha conduzido efetivamente a uma redução da carga fiscal das sociedades em questão relativamente àquela que teriam suportado em aplicação das regras normais de tributação. Ora, há que precisar ainda que a Comissão não sustentou na decisão

recorrida que a exclusão de certas categorias de custos de exploração considerados como base para o cálculo do lucro imputado às sucursais da ASI e da AOE tivesse dado origem a uma vantagem na aceção do artigo 107º, nº 1, TFUE. (Caso Apple, par. 415-416)

Ademais, a Comissão defende que os relatórios referentes aos níveis de remuneração das sucursais elaborados pelos consultores fiscais do grupo Apple e da Irlanda não teriam se embasado em situações realmente comparáveis. Portanto, a Comissão efetua sua própria avaliação utilizando as mesmas sociedades que embasaram o relatório apresentando, mas tomando como indicador do nível dos lucros, no que respeita à ASI, o volume de negócios e, no que respeita à AOE, os custos totais – chegando a um resultado praticamente 20 vezes superior ao obtido no relatório. Contudo, o Tribunal pontua que:

É certo que as explicações dadas pelo grupo Apple às Autoridades Fiscais irlandesas sobre a justificação dos níveis de remuneração propostos, conforme reproduzidas no considerando 64 da decisão recorrida, eram sumárias. (...) Há que lembrar ainda que o grupo Apple reconheceu junto das Autoridades Fiscais irlandesas que a sua proposta não assentava em nenhum fundamento científico, mas que considerava que essa proposta conduzia a um montante de lucros tributáveis suficientemente alto. A este respeito, o Tribunal Geral refere que nem as trocas de correspondência que precederam a adoção das rulings fiscais controvertidas nem a Irlanda, a ASI e a AOE, interrogadas sobre este ponto no âmbito do presente processo, souberam explicar de forma suficiente qual era a justificação exata dos indicadores e dos números tidos em conta no cálculo dos lucros tributáveis da ASI e da AOE. Assim, nenhuma prova concreta e contemporânea explica as razões que justificam as percentagens dos custos de exploração tidas em conta nas rulings fiscais controvertidas e ainda menos a sua evolução ao longo do tempo. Contudo, não se pode deixar de observar que, para além do facto de suscitar a falta de relatórios sobre a imputação dos lucros, a Comissão não levou a cabo a sua análise para demonstrar que, por força do referido cálculo, os impostos efetivamente pagos pela ASI e pela AOE com base nas rulings fiscais controvertidas eram inferiores aos que deveriam ter sido pagos se não existissem essas rulings, em aplicação das regras normais de tributação. (...) Em segundo lugar, a Comissão acusou as Autoridades Fiscais irlandesas de terem aceite, sem justificação, um limiar para os lucros tributáveis da AOE, a saber, [confidencial], para além do qual os lucros tributáveis já não correspondiam a 65 % dos custos de exploração da sucursal irlandesa, mas sim a [confidencial] desses custos. Segundo a Comissão, um operador económico racional não teria aceite uma remuneração mais baixa, renunciando a uma parte dos seus lucros, quando os seus custos de exploração aumentavam, o que indicava um crescimento do volume das suas atividades, mesmo que essa remuneração tivesse sido suficiente para cobrir os seus custos e para obter um certo lucro. A Comissão alega que esse limiar constituía uma redução fiscal concedida com base em critérios alheios ao sistema de tributação, tais como considerações relativas ao emprego, e que, por conseguinte, se considerava que proporcionava uma vantagem seletiva. (Caso Apple, par. 432-437)

Diante destes argumentos, o TJUE consignou que:

Em primeiro lugar, refira-se que, embora seja certo que já se decidiu no sentido de que, quando as autoridades competentes dispunham de um poder discricionário alargado de determinar nomeadamente as condições da medida

concedida com fundamento em critérios alheios ao sistema fiscal, tais como a manutenção do emprego, se podia considerar que o exercício desse poder dava origem a uma medida seletiva (Acórdão de 18 de julho de 2013, P, C-6/12, EU:C:2013:525, n.º 27), não é menos verdade que, para determinar se as medidas estatais podem constituir auxílios de Estado, são essencialmente os efeitos dessas medidas no respeitante às empresas beneficiárias que devem ser tidos em consideração (v. Acórdão de 13 de setembro de 2010, Grécia e o./Comissão, T-415/05, T-416/05 e T-423/05, EU:T:2010:386, n.º 212 e jurisprudência aí referida). De qualquer forma, a simples alusão, nas trocas prévias à ruling fiscal de 1991 entre as Autoridades Fiscais irlandesas e o grupo Apple, ao facto de este ser um dos maiores empregadores da região onde as sucursais irlandesas da ASI e da AOE estavam estabelecidas não prova que os lucros tributáveis da ASI e da AOE tenham sido determinados com base nas questões ligadas ao emprego. (...) Em segundo lugar, refira-se que o limiar em questão nunca foi atingido e que, por conseguinte, os lucros da sucursal irlandesa da AOE nunca foram imputados com base na percentagem mais reduzida prevista pela ruling fiscal de 1991. (...) Em terceiro lugar, mesmo que o argumento da Comissão viesse a ser entendido no sentido de que os níveis de remuneração aceites pelas Autoridades Fiscais irlandesas eram demasiado baixos para as funções exercidas pelas sucursais, tendo em conta os ativos e os riscos relativos a essas funções, esse argumento não pode ser acolhido na falta de melhor prova. (Caso Apple, par. 439-445)

Ademais, o Tribunal faz várias críticas à análise efetuada pela Comissão e ressalta que, segundo esta própria análise, os lucros imputados estariam em intervalos de plena concorrência. Contudo, o TJUE reconhece que a análise mostra diversas deficiências nos métodos utilizados para calcular os lucros tributáveis – embora não sejam o bastante para comprovar a existência de uma vantagem.

Por fim, como raciocínio alternativo, a Comissão alega que o princípio da plena concorrência seria inerente à aplicação do artigo 25º do TCA e que, mesmo que não fosse compreendido que este dispositivo abarcava o princípio em causa, deveria ser considerado que as DFAs concediam uma vantagem na medida em que eram consequência de um poder discricionário exercido pela Autoridade Fiscal. Porém, este raciocínio também não foi acolhido pelo TJUE, afinal, como analisado anteriormente, o Tribunal concluiu que a Comissão não conseguiu comprovar a existência de uma vantagem concedida por meio das DFAs – assim, não haveria um desrespeito comprovado ao princípio da plena concorrência ou um privilégio concedido através da medida discricionária. Contudo, para enfrentar a totalidade dos argumentos da Comissão, o TJUE pontua que:

É certo que, no caso, a aplicação do artigo 25.º do TCA 97 pelas Autoridades Fiscais irlandesas no quadro das rulings fiscais controvertidas não foi suficientemente documentada. Com efeito, como acima se observa nos n.ºs 347 e 433, as informações e a prova em apoio dessa aplicação foram muito sucintas. É certo que essa falta de análise documentada constitui uma falha metodológica lamentável no âmbito do cálculo dos lucros tributáveis da ASI e da AOE, avalizado pelas rulings fiscais controvertidas. Todavia, tal deficiência, por si só, não pode demonstrar que as rulings fiscais controvertidas

foram a consequência do exercício de um poder discricionário alargado pelas Autoridades Fiscais irlandesas. Em terceiro lugar, as onze rulings fiscais relativas à imputação de lucros às sucursais irlandesas de sociedades não residentes, examinadas pela Comissão nos considerandos 385 a 395 da decisão recorrida, não são suscetíveis de demonstrar a existência de um poder discricionário alargado das Autoridades Fiscais irlandesas que leve a favorecer as sociedades beneficiárias em relação a outras sociedades em situação comparável. Com efeito, como resulta dos considerandos 385 a 395 da decisão recorrida, cada uma dessas onze rulings fiscais incide sobre sociedades com atividades completamente diferentes. Ora, como a própria Comissão refere no considerando 88 da decisão recorrida, a imputação de lucros entre várias sociedades associadas depende das funções exercidas, dos riscos assumidos e dos ativos utilizados por cada sociedade. Há que concluir, portanto, que o simples facto de as onze rulings fiscais validarem métodos de repartição dos lucros diferentes assenta precisamente no facto de as situações dos contribuintes serem diferentes. Assim, o facto de essas diferentes situações terem sido tidas em conta na adoção das rulings em questão de modo nenhum demonstra qualquer poder discricionário das Autoridades Fiscais irlandesas. (Caso Apple, par. 500-502)

Nesta sina, o TJUE decide anular na íntegra a decisão da Comissão que havia considerado as DFAs em causa auxílios de Estado ilegais.

3.4. Processos T-816/17 e T-318/18: Grão Ducado de Luxemburgo, Amazon EU Sàrl e Amazon. com, Inc., apoiados pela Irlanda, contra a Comissão Europeia.

Em 2006, as atividades europeias do grupo Amazon, que eram previamente geridas a partir dos Estados Unidos, foram reestruturadas a partir de duas sociedades estabelecidas em Luxemburgo: a Amazon Holding Technologies SCS (LuxSCS) e a Amazon EU Sàrl (LuxOpCo). Para tanto, a LuxSCS celebrou diversos acordos com entidades do grupo estabelecidas nos EUA, inclusive acordos de licença e cessão dos direitos de PI existentes e um acordo de partilha de custos (APC). Posteriormente, a LuxSCS celebrou com a LuxOpCo um acordo de licença relativo aos supracitados ativos incorpóreos mediante o pagamento de royalties. Por fim, a LuxSCS celebrou um acordo de licença e de cessão de direitos de propriedade intelectual com a Amazon.co.uk Ltd, a Amazon.fr SARL e a Amazon.de GmbH, ao abrigo do qual a LuxSCS recebeu algumas marcas e os direitos de propriedade intelectual dos sítios da Internet europeus. Em 2014 ocorreu uma nova reestruturação e as disposições contratuais mencionadas deixaram de se aplicar.

Na preparação para a reestruturação de 2006, a Amazon.com requereu à Administração Fiscal luxemburguesa a adoção de uma decisão fiscal antecipada (DFA) acerca do rendimento das pessoas coletivas envolvidas, apresentando um cálculo do nível

de royalties a serem pagos de acordo com o relatório de preços de transferência elaborado pelos consultores fiscais do grupo. Alguns dias depois, em carta redigida por outro consultor fiscal, a Amazon.com solicitou a confirmação do tratamento fiscal concedido à LuxSCS, às suas associadas estabelecidas nos Estados Unidos e aos dividendos recebidos pela LuxOpCo no âmbito desta estrutura. Nesta carta era explicado que, enquanto sociedade de comandita simples, de acordo com o direito luxemburguês, a LuxSCS não teria personalidade fiscal distinta das suas associadas, de maneira que não estaria sujeita ao imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas ou ao imposto sobre patrimônio.

A Administração Tributária aceitou o conteúdo de ambas as cartas em menos de um mês e, em 2010, prorrogou a validade da DFA em causa, que foi aplicada até a estrutura europeia do grupo Amazon ser alterada, em junho de 2014.

Precisamente em 24 de junho de 2014, a Comissão solicitou que fossem fornecidas informações referentes à DFA concedida ao grupo Amazon em Luxemburgo e, em outubro do mesmo ano, foi iniciado o procedimento formal de investigação que, em outubro de 2017, culminou na Decisão (UE) 2018/859. A decisão consignou que o método de fixação dos preços de transferência aprovado na DFA permitia à LuxOpCo determinar sua dívida do imposto sobre o rendimento de pessoas coletivas e afetava também a subsequente declaração de imposto de renda, gerando um auxílio de Estado ilegal. Esta decisão foi questionada perante o TJUE, levando ao Acórdão da Sétima Secção alargada do Tribunal Geral de 12 de maio de 2021.¹²

Assim como no caso anterior, a Comissão destacou que a LuxSCS não tinha presença física ou trabalhadores em Luxemburgo, intervindo apenas como detentora de ativos incorpóreos, concessora de empréstimos intragrupo e parte em alguns acordos. Por outro lado, a LuxOpCo, filial 100% detida pela LuxSCS, era a operadora principal das atividades de venda e retalho do grupo Amazon na Europa, realizando uma vasta gama de funções especificadas pela Comissão na decisão recorrida. Estas funções teriam sido confirmadas pelo próprio relatório de preços de transferência apresentado pela Amazon, no qual consta que as principais funções da LuxSCS eram limitadas às de uma sociedade detentora de ativos incorpóreos, participando no desenvolvimento dos ativos através do acordo de partilha de custos, enquanto a LuxOpCo seria responsável pela tomada de

¹² Acórdão Grão-Ducado do Luxemburgo, Amazon EU Sàrl e Amazon.com, Inc. v. Comissão, de 12 de maio de 2021, proc. T-816/17 e T-318/18 adiante denominado Caso Amazon.

decisões estratégicas e pelas principais componentes físicas relativas às vendas e à prestação de serviços dos sítios da Internet europeus.

Mais uma vez, a celeuma gira em torno na configuração da vantagem seletiva. O TJUE faz as mesmas considerações quanto à competência da Comissão para fiscalizar os auxílios de Estado; às limitações dos Estados-Membros na tributação direta; à utilização do princípio da plena concorrência quando o país não fizer uma distinção entre empresas associadas e autônomas (se embasando no julgado *Bélgica e Fórum 187/Comissão*); às imprecisões geradas pelos métodos para o estabelecimento dos preços de transferência; à importância das Orientações da OCDE; aos erros metodológicos, que não bastam para comprovar o auxílio de Estado; ao ônus da prova, cabendo à Comissão fazer prova da existência do auxílio; e ao papel do Tribunal Geral, que é de fiscalização da legalidade e não tem por objetivo substituir o procedimento administrativo. Quanto às versões das Orientações da OCDE utilizadas pela Comissão, o Tribunal faz uma observação importante:

No caso em apreço, resulta de um determinado número de notas da decisão impugnada que a Comissão baseou, ainda que parcialmente, as suas apreciações relativas à existência de uma vantagem na aceção do artigo 107º, nº 1, TFUE não só nas Orientações da OCDE na versão de 1995, como também nas referidas orientações nas versões de 2010 e de 2017. No que respeita às versões de 1995, 2010 e 2017 das Orientações da OCDE, há que observar que estas divergem em vários pontos e numa medida diferente. Estas diferenças vão das simples precisões, sem incidência na substância das versões anteriores, a ampliações inéditas, a saber, recomendações que não constavam, nem mesmo de forma implícita, nas versões anteriores. Uma das ampliações inéditas das Orientações da OCDE que só surgiu na versão de 2017 é o método de análise das funções DEMPE (v. n.o 148, supra). No contexto da constatação principal da existência de uma vantagem económica, a Comissão focou-se, nomeadamente, neste método de análise. (...) Tendo em conta estes elementos, há que declarar que a Comissão podia fundamentar as suas apreciações relativas à existência de uma vantagem com base nas diretrizes — que, aliás, mais não são do que um instrumento não vinculativo — que resultavam das Orientações da OCDE, na versão de 1995. Em contrapartida, na medida em que a Comissão se baseou na versão de 2010 das Orientações da OCDE, esta última versão não é pertinente, a menos que se trate de uma clarificação útil, sem outra ampliação, das diretrizes já estabelecidas em 1995. De resto, pelo facto de terem sido publicadas após o período considerado e na medida em que as recomendações que nelas figuram evoluíram bastante em relação às diretrizes de 1995, as Orientações da OCDE, na sua versão de 2017, não têm pertinência no caso vertente. (Caso Amazon, par. 152-154)

Segundo a Comissão, o MMLT seria o método mais adequado para avaliar o pagamento dos royalties pela LuxOpCo e a parte a testar deveria ser a LuxSCS, haja vista que a LuxOpCo exerceria funções únicas e de valor. Para comprovar a existência de uma vantagem, a Comissão efetuou sua própria aplicação do MMLT na decisão recorrida. Luxemburgo e a Amazon não contestam a escolha do método da Comissão, todavia,

contestam a forma como ele foi aplicado, discordando da análise funcional efetuada pela Comissão e a consequente escolha da LuxSCS como parte a testar; da escolha do indicador do nível de lucro e da margem percentual adotada; e da fiabilidade do resultado obtido.

Quanto à escolha da parte a testar, o TJUE adota a mesma posição do Acórdão Apple, destacando que as Orientações da OCDE aplicáveis à época não impõem necessariamente a escolha da entidade menos complexa, meramente aconselhando que seja escolhida a entidade em relação à qual existem mais dados fiáveis.

Por outro lado, embora, como sugeriu a Comissão na nota 681 da decisão impugnada, segundo as Orientações da OCDE na versão de 2017, um detentor passivo não possa ser a parte mais complexa e possa, portanto, ser a parte a testar no âmbito da aplicação do MMLO, é forçoso constatar que não era assim no período considerado, que deve ser examinado no caso vertente apenas à luz das Orientações da OCDE, na versão de 1995. No ponto 83 da contestação no processo T-318/18, a Comissão parece querer insistir no facto de, segundo o ponto 3.43 dos princípios da OCDE, na versão de 1995, ser apenas «frequentemente» que a escolha da parte a testar implica escolher a empresa associada que é a «menos complexa das empresas envolvidas na transação e que não possui ativos incorpóreos de valor ou ativos únicos», sem que, todavia, se trate de uma regra absoluta a este respeito. Uma vez que a Comissão pretende afirmar que a regra contida no ponto 3.43 das Orientações da OCDE, na versão de 1995, não é uma regra absoluta, mas uma regra que pode ser excluída se for justificado por circunstâncias específicas relativas à transação controlada em causa, é forçoso constatar que a Comissão não explicou, na decisão impugnada, por que razão essa recomendação devia, no caso vertente, ser excluída. (Caso Amazon, par. 195-196)

Ademais, o TJUE pontua que a Comissão considerou erradamente que a LuxSCS não teria exercido nenhuma função ativa e crítica relacionada com os ativos incorpóreos além da manutenção de sua propriedade intelectual.

Em primeiro lugar, no que respeita à distinção feita pela Comissão entre a detenção dita «passiva» (considerandos 418 e 430 da decisão impugnada) e a detenção «ativa» dos ativos incorpóreos, bem como entre funções «ativas» e «passivas» (considerando 548 da decisão impugnada), há que observar, à semelhança do Grão-Ducado do Luxemburgo e da Amazon, que as Orientações da OCDE pertinentes no caso em apreço não preveem essa distinção. Com efeito, as Orientações da OCDE, na versão de 1995, limitam-se a indicar, no seu ponto 1.20, que, em geral, quando há que determinar o carácter de plena concorrência de uma remuneração estabelecida no âmbito de uma transação controlada, importa examinar se essa remuneração corresponde «às funções assumidas por cada empresa» e «comparar as funções exercidas pelas partes». É certo que não está excluído que o ponto 1.20 das Orientações da OCDE, na versão de 1995, possa ser interpretado no sentido de que o termo «exercidas» remete para funções ditas «ativas». Todavia, não decorre claramente do ponto 1.20 das Orientações da OCDE, na versão de 1995, que apenas as funções «ativas» possam ser tidas em conta para efeitos da análise funcional das partes na transação. Também não resulta deste ponto que uma entidade não possa ser considerada como «assumindo» ou «exercendo» funções quando detém determinados ativos e se limita a financiar, por exemplo, o seu desenvolvimento ou as suas melhorias. (...) Além disso,

contrariamente ao que alega a Comissão, não era necessário que a LuxSCS tivesse os seus próprios trabalhadores para contribuir para o desenvolvimento contínuo dos ativos incorpóreos. Com efeito, a LuxSCS contribuía para ele com a sua participação financeira no APC. Em terceiro lugar, a conclusão mencionada no n.º 211, supra, não é posta em causa pelo argumento da Comissão segundo o qual a contribuição financeira da LuxSCS para o desenvolvimento dos ativos incorpóreos era, por sua vez, puramente artificial, pois o financiamento do desenvolvimento dos ativos incorpóreos provinha das contas da LuxOpCo, o que significa que a LuxOpCo exerceu todas as funções atribuídas pelo APC à LuxSCS. Com efeito, a origem do capital utilizado pela LuxSCS para cumprir as obrigações financeiras que lhe incumbiam por força do APC, e, portanto, o facto de esse capital provir do pagamento dos royalties pela LuxOpCo, é irrelevante. As Orientações da OCDE, na versão de 1995, não exigem que o capital investido provenha de uma fonte específica. Não se exclui que esse capital tenha a sua origem em royalties, como os que estão em causa, ou provenha de outra fonte de rendimentos, como, por exemplo, um empréstimo. (Caso Amazon, par. 198-220)

O TJUE ainda afirma que, de acordo com o acordo de cessão, a LuxSCS suportaria todos os riscos ligados à existência dos ativos incorpóreos, enquanto a LuxOpCo apenas suportaria os riscos associados às suas próprias atividades de retalhista e, em especial, os riscos ligados às vendas e aos serviços de praça de mercado. Para abarcar a questão com completude, o Tribunal também analisa a existência de uma vantagem a partir do pressuposto de que a LuxSCS seria a parte a testar. Neste ponto, o TJUE trata também sobre a afirmação da Comissão de que a LuxSCS teria sido criada por razões puramente fiscais, *vide*:

A Comissão recorda, neste contexto, que, em seu entender, a razão da existência da LuxSCS era puramente fiscal. O acordo de licença não foi celebrado diretamente entre as entidades americanas e a LuxOpCo, mas entre a LuxSCS e a LuxOpCo, para evitar que os royalties fossem sujeitos a imposto nos Estados Unidos. Se a LuxSCS não existisse, a ATI e a A 9 teriam celebrado um acordo de partilha de custos com a LuxOpCo (e não um acordo de licença), de modo a que só a LuxOpCo devesse efetuar pagamentos. Além disso, a atividade da LuxSCS limitou-se à mera detenção dos ativos incorpóreos. A LuxSCS não exerceu, ela própria diretamente, funções de desenvolvimento da propriedade intelectual e, portanto, não devia ter recebido remunerações a esse título. (Caso Amazon, par. 259)

Contudo, o TJUE não concorda com o raciocínio da Comissão:

Tendo em conta o que precede, a circunstância de a LuxSCS não ter, ela própria, exercido diretamente as funções de desenvolvimento não põe em causa a conclusão de que o montante dos royalties pagos pela LuxOpCo deve refletir o valor dos ativos incorpóreos. (...) Todavia, mesmo que se devesse considerar que a LuxSCS era uma simples intermediária, isto é, que tinha sido interposta entre a LuxOpCo e as entidades americanas ATI e A 9, e que não tinha exercido funções de desenvolvimento, não é menos verdade que o montante dos royalties que a LuxOpCo devia pagar, e, assim, a remuneração da LuxSCS, devia ter refletido o valor de mercado dos ativos incorpóreos disponibilizados nos termos do acordo de licença. Ora, a simples repercussão do pagamento ao abrigo do APC, invocada pela Comissão, corresponde tão somente ao reembolso dos custos que a LuxSCS devia suportar para efeitos do desenvolvimento dos ativos incorpóreos e não reflete o valor de mercado dos

referidos ativos. (..) Além disso, não está demonstrado que, se o contrato de licença tivesse sido diretamente celebrado pela LuxOpCO com as entidades americanas, sem a interposição da LuxSCS entre essas sociedades, o montante dos royalties pagos às referidas entidades teria sido diferente do montante dos royalties devidos à LuxSCS. (...) Com efeito, é forçoso constatar que em nenhuma parte da decisão impugnada a Comissão pôs em causa a existência da LuxSCS, enquanto tal, nem a validade, à luz do direito luxemburguês, da montagem resultante da celebração do APC e do acordo de licença, com o fundamento de que essa montagem permitiu diminuir a dívida fiscal da LuxOpCo. Com efeito, a Comissão limitou-se a contestar o montante dos royalties devidos pela LuxOpCo à LuxSCS. Em terceiro lugar, a conclusão mencionada no n.º 269, supra, não é posta em causa pelo argumento suscitado pela Comissão na audiência, segundo o qual a LuxSCS foi criada por razões puramente fiscais. O simples facto de uma entidade pertencer a um grupo de sociedades ter sido criada apenas para efeitos de otimização fiscal e de a mesma receber royalties pelos ativos incorpóreos gerados no seio do grupo de sociedades em questão não basta, enquanto tal, para concluir que o devedor dos royalties obteve uma vantagem fiscal na aceção do artigo 107º, nº 1, TFUE e, conseqüentemente, não demonstra necessariamente a existência de um auxílio de Estado a favor desse devedor. É certo que, no presente caso, o tratamento fiscal variável da LuxSCS entre o Luxemburgo (onde a LuxSCS era «fiscalmente transparente») e os Estados Unidos (onde a LuxSCS era «fiscalmente não transparente») deve-se a uma «assimetria híbrida», isto é, a uma diferença nas regulamentações fiscais aplicáveis no Luxemburgo e nos Estados Unidos no que respeita à identificação do contribuinte. No entanto, como salientou a própria Comissão na nota 16, que acompanha o ponto 13 da contestação no processo T 816/17, as conseqüências desta assimetria (a não tributação dos lucros) não são objeto da decisão impugnada. A questão pertinente no âmbito do presente recurso não é, portanto, a de saber se a razão de ser da LuxSCS é puramente fiscal, nem, por outro lado, se os rendimentos que gerou foram efetivamente tributados nos Estados Unidos nas mãos dos seus associados, mas a de saber se a LuxOpCo pagou royalties cujo montante foi sobreavaliado e se, deste modo, a remuneração da LuxOpCo e, portanto, a sua matéria coletável, foram artificialmente reduzidas. Em quarto lugar, a conclusão mencionada no n.º 269, supra, não é posta em causa pela afirmação feita pela Comissão na audiência, supondo a demonstrada, segundo a qual a LuxSCS era uma sociedade «fictícia». A este respeito, há que observar que a LuxSCS tinha efetivamente uma existência jurídica, o que a Comissão não põe em causa. A LuxSCS tinha sede no Luxemburgo e figurava no registo comercial do Grão Ducado do Luxemburgo como sociedade luxemburguesa. (Caso Amazon, par. 268-283)

Sobre a segunda componente da remuneração da LuxSCS, a Comissão defende que, com base em um relatório do JTPF, a margem de plena concorrência deveria ser 5% dos custos externos. As Recorrentes argumentam que tal relatório não teria valor no ordenamento luxemburguês; teria sido adotado posteriormente à DFA em causa; e que esta margem seria arbitrária por não se embasar especificamente na prática luxemburguesa, mas sim nas práticas observadas pelas administrações fiscais dos Estados-Membros em geral. O TJUE, apesar de afirmar que o uso do relatório não suscita dificuldades de ordem metodológica, conclui que ele não poderia ser utilizado no caso em pauta por estar baseado em serviços intragrupo de baixo valor acrescentado, o que não seria o caso da LuxSCS.

No que diz respeito às constatações subsidiárias, o TJUE explica que tais constatações não visariam determinar exatamente a remuneração de plena concorrência apropriada, mas sim demonstrar que a DFA provocaria uma redução do lucro tributável. Neste ponto, o Tribunal recobra que a Comissão precisaria provar que a discrepância excederia as imprecisões inerentes à aplicação do método e que a mera inobservância de prescrições metodológicas não seria o bastante, mas faz uma ressalva:

Importa salientar, a este respeito, que, embora caiba à Comissão demonstrar de forma concreta que o erro metodológico conduziu a uma diminuição da carga fiscal do beneficiário da decisão fiscal antecipada, o Tribunal Geral não excluiu que, em determinados casos, o erro metodológico seja tal que não permita chegar a uma aproximação de resultados de plena concorrência e que conduza necessariamente a uma subavaliação da remuneração que deveria ter sido recebida em condições de mercado. Essa leitura do Acórdão de 24 de setembro de 2019, Países Baixos e o./Comissão (T-760/15 e T-636/16, EU:T:2019:669), resulta da utilização da expressão «em princípio» nos n.os 201 e 211, bem como do n.o 212 desse acórdão, no qual é especificado que, nesse processo, a Comissão não tinha invocado nenhum elemento que permitisse concluir, sem que fosse efetuada uma comparação com o resultado que teria sido obtido com a aplicação do método por ela preconizado, que a escolha do método aprovado na decisão fiscal antecipada em causa conduzia, necessariamente, a um resultado demasiado baixo. (Caso Amazon, par. 310-313)

A Comissão também considerou que era errada a utilização do MMLT para determinar o montante dos royalties e a remuneração da LuxOpCo, sendo cabível no caso o método de repartição dos lucros na variante da análise das contribuições, que seria mais apropriada para os casos nos quais as duas partes na transação controlada fazem contribuições únicas e de valor e não existem transações menos complexas cujos preços devam ser estabelecidos separadamente. Neste ponto, o Tribunal relembra que a Comissão é livre para utilizar um método distinto do aprovado pelas Autoridades Fiscais para verificar o cumprimento do princípio da plena concorrência, cabendo, contudo, justificar sua escolha metodológica. Continua afirmando que:

No caso em apreço, devido à existência de determinadas funções únicas e de valor tanto para a LuxSCS como para a LuxOpCo, a Comissão não pode ser acusada de ter considerado que o método de repartição dos lucros podia, de modo geral, ser adequado para examinar a transação controlada. No entanto, a conclusão da Comissão com vista à adoção da análise das contribuições não convence. Com efeito, a este respeito, como resulta implícita, mas necessariamente, dos considerandos 256, 567 e 568 da decisão impugnada, a Comissão partiu da constatação de que a circunstância de as partes na transação controlada exercerem funções únicas e de valor, bem como funções de rotina, apelava a uma aplicação do método de repartição dos lucros na variante da análise residual, ao passo que o método de repartição dos lucros na variante da análise das contribuições só seria adequado caso as empresas em causa exercessem apenas funções únicas e de valor. Ora, conforme resulta dos n.os 488 e 489, supra, embora tivesse razão quando entendeu que algumas das funções da LuxOpCo relacionadas com os ativos incorpóreos eram únicas e de

valor, a Comissão considerou erradamente que as funções da LuxOpCo relacionadas com as atividades comerciais eram únicas e de valor. Além disso, também não demonstrou que não havia elementos comparáveis às atividades comerciais da LuxOpCo nem que a remuneração dessas funções não podia ser comprovada separadamente. Ademais, resulta implícita, mas necessariamente dos pontos 3.6 e 3.8 das Orientações da OCDE, na versão de 1995, que a escolha do método de repartição dos lucros, incluindo na variante da análise das contribuições, depende de forma decisiva do facto de serem identificados dados externos provenientes de empresas independentes para determinar o valor da contribuição de cada empresa associada às transações. Ora, a Comissão não procurou identificar se esses dados fiáveis estavam disponíveis para poder concluir que o método de repartição dos lucros na variante da análise das contribuições podia ser escolhido no caso vertente. (Caso Amazon, par. 502-504)

Quanto à demonstração de que a remuneração da LuxOpCo deveria ser mais elevada devido ao método adotado, o TJUE consigna, dentre outras coisas, que:

Neste contexto, importa salientar que, ainda que determinadas funções não tenham sido corretamente identificadas nem tidas em conta no âmbito do cálculo da remuneração, é provável que essas funções fossem objeto de remuneração e que, devido à não tomada em consideração dessas funções adicionais, a remuneração da empresa em causa devesse ser mais elevada. No entanto, a Comissão não pode chegar a essas conclusões sem examinar, de forma concreta, se, no caso em apreço e à luz das especificidades da transação em causa, o erro identificado na análise funcional podia ter conduzido a uma remuneração adicional. (...) Embora a Comissão não tivesse, na verdade, de indicar números precisos, devia pelo menos fornecer indícios verificáveis a este respeito. No caso vertente, a Comissão limitou-se a referir na decisão impugnada que, se tivesse sido utilizado o método de repartição dos lucros na variante da análise das contribuições, a LuxOpCo teria recebido uma remuneração mais elevada, sem procurar aplicar esse método. (...) Nestas condições, há que concluir que a Comissão não demonstrou a existência de uma vantagem, mas, quando muito, a probabilidade de existência de uma vantagem. (...) É certo que a Comissão afirmou, nas suas respostas às questões do Tribunal Geral e na audiência, que, em aplicação da DFA em causa, a LuxOpCo recebeu apenas cerca de 20% dos lucros combinados da LuxOpCo e da LuxSCS e que, se o método de repartição dos lucros na variante da análise das contribuições lhe fosse aplicado, tendo em conta as suas funções únicas e de valor, teria necessariamente recebido uma parte maior destes lucros combinados. No entanto, em primeiro lugar, importa salientar que a afirmação de que a LuxOpCo só teria recebido cerca de 20 % dos lucros combinados não consta da parte da decisão impugnada relativa à primeira constatação subsidiária, nem mesmo em toda a decisão impugnada. Esse valor pode, quando muito, ser calculado com base nos diferentes dados numéricos contidos na decisão impugnada. A este respeito, importa salientar que o valor de cerca de 20% dos lucros combinados da LuxOpCo e da LuxSCS corresponde aos lucros de exploração da LuxOpCo após dedução dos royalties pagos à LuxSCS nos termos da DFA em causa. Em segundo lugar, a Comissão não apresenta nenhum elemento concreto na decisão impugnada que seja suscetível de demonstrar que o facto de cerca de 80% dos lucros combinados da LuxOpCo e da LuxSCS serem atribuídos à LuxSCS, a fim de remunerar a sua contribuição, concretamente, a disponibilização dos ativos incorpóreos, é contrário à plena concorrência, nem que a atribuição de cerca de 20% dos lucros combinados não seja uma remuneração suficiente à luz das contribuições efetuadas pela LuxOpCo. Em terceiro lugar, conforme salientado pela Amazon na audiência, a Comissão não afirmou, na decisão impugnada, que uma remuneração adicional devia ser atribuída à LuxOpCo para além da remuneração calculada em aplicação do MMLO. Com efeito, a

constatação de que devia ser aplicado o método de repartição dos lucros com análise das contribuições implica excluir a remuneração inicialmente calculada com base na aplicação do MMLO e proceder a um novo cálculo. Ora, não está excluído que a remuneração da LuxOpCo calculada em aplicação do método de repartição dos lucros com análise das contribuições seja inferior à remuneração calculada em aplicação do MMLO, tal como aprovada pela DFA em causa (Caso Amazon, par. 514-526).

Assim, o TJUE afirma que não teria procedência a primeira contestação subsidiária. Quanto à segunda, que consiste no raciocínio de que, mesmo que as autoridades fiscais luxemburguesas tivessem aceitado justificadamente o pressuposto de que a LuxSCS exercia funções únicas e de valor relacionadas com os ativos incorpóreos, e mesmo que tivessem, em seguida, considerado justificadamente que a LuxOpCo exercia apenas funções de gestão correntes, a escolha de um indicador de lucro baseado nos encargos de exploração no método de fixação dos preços de transferência aprovado pela DFA em causa não era adequada, *vide*:

Em apoio da sua segunda constatação subsidiária da existência de uma vantagem, a Comissão recordou o facto de o método aprovado pela DFA em causa considerar os encargos de exploração como indicador do nível de lucro, ao passo que o relatório sobre os preços de transferência de 2003, no qual se baseava o pedido de DFA, utilizou os custos totais como indicador do nível de lucro. Em seguida, a Comissão indicou que, durante o procedimento administrativo, a Amazon tinha reconhecido que havia uma incoerência entre o método aprovado na DFA em causa e o método proposto pelo relatório sobre os preços de transferência de 2003. A este respeito, a Amazon limitou-se a afirmar que esta incoerência não tinha incidência no resultado, na medida em que os custos de exploração representavam a parte mais importante dos custos totais das empresas comparáveis examinadas no relatório sobre os preços de transferência de 2003 (considerando 571 da decisão impugnada). Em resposta a estes argumentos, a Comissão expôs, por um lado, que a escolha de empresas comparáveis que tinham baixos custos de mercadorias, quando esses custos representavam a maior parte dos custos da LuxOpCo, «denot[ou]» uma má escolha das empresas comparáveis. Por outro lado, a Comissão salientou que várias empresas comparáveis consideradas para a análise de comparabilidade tinham custos significativos de mercadorias, matérias-primas e consumíveis (considerando 572 da decisão impugnada). A Comissão concluiu que, uma vez que os custos totais constituíam uma base mais importante do que os encargos de exploração, o rendimento tributável da LuxOpCo teria sido mais elevado se os custos totais tivessem sido mantidos — à semelhança do que fizeram os autores do relatório sobre os preços de transferência de 2003 — como indicador do nível de lucro (considerando 574 da decisão impugnada) (Caso Amazon, par. 540-541).

Para exemplificar esta constatação, a Comissão compara na decisão recorrida o lucro tributável da LuxOpCo em aplicação da DFA com o lucro da LuxOpCo com o percentual confidencial dos custos totais sem limitações, constatando que a diferença resultava em milhões de euros. Portanto, o TJUE considera que a Comissão identificou um erro na escolha do indicador do nível de lucro aprovado pela DFA, contudo, a simples

verificação de um erro metodológico não é o bastante e, de acordo com a análise do Tribunal, a Comissão não teria conseguido comprovar a existência de uma vantagem.

No âmbito da terceira contestação subsidiária, a Comissão considerou que a inclusão de um limite máximo – segundo o qual a remuneração da LuxOpCo não podia exceder 0,55% das suas vendas anuais – no método de fixação dos preços de transferência, não era adequada e conferia uma vantagem à LuxOpCo, na medida em que levou a uma redução do seu rendimento tributável. O TJUE dá razão à Comissão, afirmando que este mecanismo não tem justificativa econômica e é dificilmente concebível que uma empresa em condições de mercado aceitasse que sua remuneração fosse limitada a uma percentagem de suas vendas anuais. Ademais, MMLT já permitiria garantir uma remuneração baixa, mas estável, não sendo necessário um mecanismo de limite mínimo e máximo – mecanismo este que também não está previsto na versão de 1995 das Orientações da OCDE. Assim, novamente, o Tribunal concorda com a existência de um erro metodológico, todavia, novamente, afirma que não teria sido demonstrada a existência de uma vantagem.

Com efeito, é forçoso constatar que, para cada ano de aplicação da DFA em causa, mesmo após a aplicação do mecanismo de limite máximo, a remuneração da LuxOpCo permaneceu no intervalo de plena concorrência, calculado com base no relatório sobre os preços de transferência de 2003, ou seja, entre [confidencial] e [confidencial] % dos custos de exploração. Aliás, a Comissão não contesta esta conclusão. Ora, como a própria Comissão explicou na audiência, uma vez que a remuneração se situa no intervalo interquartilico, deve, em princípio, ser considerada de plena concorrência. É certo que a Comissão precisou que não se podia chegar a esta conclusão quando as empresas comparáveis, com base nas quais esse intervalo tinha sido calculado, não foram corretamente selecionadas. Todavia, no âmbito da terceira constatação subsidiária, a Comissão não pôs em causa o intervalo de plena concorrência nem a escolha das empresas comparáveis com base na qual foi calculado esse intervalo. (...) Por outro lado, nos considerando 575 a 578 da decisão impugnada, a Comissão também não pôs em causa a escolha das empresas comparáveis utilizadas no cálculo do intervalo de plena concorrência. O considerando 571 da decisão impugnada, no qual a Comissão evocou um erro na escolha das empresas comparáveis, faz parte da segunda constatação subsidiária. Ora, conforme exposto no n.º 574, supra, a terceira constatação subsidiária era autónoma e independente das outras constatações (Caso Amazon, par. 578-584).

Consequentemente, o TJUE concluiu pela anulação da decisão impugnada na íntegra, sem que seja necessário examinar os outros fundamentos e argumentos invocados pelo Grão Ducado do Luxemburgo e pela Amazon.

4. Análise da postura do Tribunal nos Acórdãos.

Levando em consideração que tratam sobre o mesmo tema, não é surpreendente a repetição dos argumentos das partes e dos fundamentos utilizados pelo Tribunal ao analisar as questões – contudo, não deixa de ser interessante observar que, apesar da modificação das circunstâncias factuais, este padrão permanece, inclusive no que diz respeito aos obstáculos identificados pelo TJUE para a configuração do auxílio de Estado na análise adotada pela Comissão, que concernem principalmente a prova da vantagem. Portanto, como bem pontua WATTEL sobre o caso *Starbucks*, mas traçando um raciocínio cabível aos demais casos nos quais foi determinada a anulação da decisão recorrida, a Comissão tem êxito no que diz respeito aos princípios, perdendo apenas nos fatos, no ônus probatório (Wattel, 2020, P. 119).

O Tribunal é consistente em todos os Acórdãos acerca da sua própria competência – que se restringe à fiscalização dos atos da Comissão através da interpretação dos conceitos jurídicos dispostos nos diplomas do Direito da União, não se substituindo à instrução do procedimento administrativo – e da competência da Comissão – destacando que ela tem o dever supervisionar a fiscalidade direta no que diz respeito aos auxílios de Estado, negando as alegações de que estaria sendo promovida uma harmonização fiscal disfarçada ou de que a Comissão estaria se excedendo em suas competências e agravando um quadro de insegurança jurídica.

Repise-se que o imbróglio de todas as decisões diz respeito precisamente à configuração de uma vantagem seletiva, de maneira que a caracterização dos demais requisitos não suscita nenhum problema relevante. Quanto à análise de três etapas, o Tribunal concordou com o exame da Comissão sobre o sistema de referência, que englobaria tanto as empresas autônomas quanto as associadas. Embora parte da doutrina tenha traçado críticas à postura do Tribunal, alegando que este teria consignado que a análise do sistema de referência – e, conseqüentemente, o princípio da plena concorrência – independeria do ordenamento nacional¹³, não parece que estas críticas estejam alinhadas com o que foi efetivamente afirmado pelo TJUE.

¹³ PARADA afirma que o TJUE teria confirmado o raciocínio da Comissão de que o princípio da plena concorrência poderia ser utilizado independentemente do ordenamento nacional, o que seria um desrespeito à soberania estatal (Parada, 2021, P. 57). Na mesma direção, WATTEL diz que o Tribunal teria considerado que a Comissão pode aplicar este princípio a todos os Estados-membros por incumbência dos arts. 107º e 108º do TFUE (Wattel, 2020, P. 120).

No caso *Apple*, o Tribunal é bastante claro ao adotar uma postura mais contida do que a defendida pela Comissão, afinal, o fundamento do Tribunal para a análise do sistema de referência é o direito nacional, que trataria de maneira comparável as empresas autônomas e associadas, não a interpretação direta do art. 107º do TFUE. Assim, em passagem previamente reproduzida, o TJUE é cristalino ao afirmar que a Comissão não pode defender “que existe uma obrigação autônoma de aplicar o princípio da plena concorrência que resulta do artigo 107º TFUE e que obriga os Estados Membros a aplicarem esse princípio de forma horizontal e em todos os domínios do seu direito fiscal nacional” (Caso *Apple*, par. 221).

PETERS elogia esta postura do Tribunal, afinal, como explicado na introdução, existe uma incerteza para lidar com a alocação dos lucros residuais das multinacionais, sendo necessária uma margem de tolerância. Assim, o princípio da igualdade de tratamento, quando aplicado às empresas associadas e autônomas, resultaria em três posições distintas: dar uma ênfase exagerada a este princípio, levando à introdução de um parâmetro europeu de tratamento dos preços de transferência; considerar que os lucros residuais não deveriam ser tributados *a priori*, reconhecendo um regime diferente entre as empresas autônomas e as associadas; ou adotar um meio-termo, que foi a posição do TJUE. Assim, o autor pontua que o Tribunal “*concluded correctly that, from the point of view of a corporate income tax system of a Member State that aims at tax neutrality, it is indispensable to rely on an independent, albeit imperfect, mechanism to allocate the (residual) profits of group companies*” (Peters, 2022, P. 35).

Portanto, de acordo com a jurisprudência que vem sendo construída pelo TJUE nos Acórdãos analisados, o sistema de referência não englobaria as empresas autônomas apenas nos casos em que o sistema nacional fundamentalmente as tratasse de forma diferenciada das associadas – o que dificilmente ocorreria na prática. Ademais, caso exista um ordenamento nestes moldes, o Tribunal poderia concluir que, tal como ocorreu no caso *Gibraltar* (TJUE, 15 de novembro de 2011, casos C-106/09P e C-107/09P), um sistema tributário aparentemente neutro estaria sendo arquitetado para conferir vantagens a um grupo específico de contribuintes, constituindo um auxílio de Estado ilegal.

A partir da constatação de que o sistema de tributação nacional pretendia tributar todas as empresas residentes da mesma forma, o TJUE confirma a interpretação conferida pela Comissão ao caso *Bélgica e Fórum 187/Comissão*, afirmando que o descumprimento dos preços de livre concorrência configuraria uma vantagem. Ademais, o Tribunal

mantém a postura adotada no caso *Mol* de que há uma presunção de seletividade quando a medida configura um auxílio individual e confere uma vantagem.

Quanto às Orientações da OCDE, o Tribunal não determinou que estas precisariam ser incorporadas ao ordenamento nacional, haja vista que representam uma referência internacional que pode guiar a atuação da Comissão, mas esta atuação deverá ser pautada pelos fundamentos do direito nacional. Quanto à suposta retroatividade com a qual as Orientações estariam sendo aplicadas pela Comissão, o TJUE é cristalino ao consignar que a análise apenas poderia se basear na versão vigente à época da medida discutida, salvo se as versões posteriores fizerem meramente uma clarificação útil das disposições contidas na versão vigente, não abarcando qualquer ampliação. Contudo, como pontua PARADA analisando o caso *Apple*, foi admitida a aplicação de versões posteriores se os dispositivos da legislação nacional se assemelhem à abordagem da OCDE:

In the view of the Court, therefore, such an alleged overlap would be enough to conclude that Ireland if not formally, at least informally or implicitly, incorporated or acknowledged the use of the AOA approach contained in the OECD TP guidelines, confirming the Commission's retroactive application of this modern guidance (Parada, 2021, P. 58).

O TJUE não se manifesta diretamente acerca do critério do operador de mercado prudente e independente, apesar de ele ter sido utilizado em várias das decisões questionadas perante o Tribunal. Tal critério aparece apenas em uma passagem do caso *Apple*, reproduzida no capítulo anterior sob a alcunha de “operador económico racional”, todavia, o critério foi mencionado apenas para reproduzir o raciocínio adotado pela Comissão. Os acórdãos deixam claro em diversas passagens que a Comissão pode se embasar no método que achar mais apropriado, desde que justifique sua escolha metodológica, parecendo consentir que alguns métodos seriam mais apropriados para reproduzir as condições de livre concorrência no caso em tela. Contudo, PETERS pontua que o Tribunal parece não ter concordado com aplicações mais restritivas do que a abordagem da OCDE:

The GC, however, clearly resisted the attempts of the EC to change the rather liberal design of the procedural rules of the OECD TPG that the taxpayer is supposed to be following to arrive at an appropriate allocation of (residual) profits. Seemingly, the GC gave the EC some leeway to depart from the interpretation of the OECD TPG in the various cases but, upon closer reflection, there is little left of that latitude in the various judgments. The GC, for example, made explicitly clear in the Starbucks judgment that the application of the EU arm's length tool does not, as a general rule, imply that the taxpayer is required to prioritize the direct comparable uncontrolled price

(‘CUP’) method over the more indirect transactional net margin method (‘TNMM’) method (Peters, 2022, P. 41).

Portanto, ao mesmo tempo em que parece considerar que alguns métodos seriam mais apropriados do que outros desde que a escolha do método distinto seja justificada, abrindo a possibilidade de uma aplicação mais estrita do princípio da plena concorrência do que a normalmente aceita, o TJUE não admitiu nos Acórdãos uma interpretação mais estrita das disposições das Orientações da OCDE.

Contudo, é notório que o grande obstáculo no raciocínio adotado pela Comissão em suas decisões é a comprovação da existência de uma vantagem. Insistindo no mantra de que a configuração de um erro metodológico não bastaria para comprovar a concessão da vantagem, o TJUE permitiu que passassem incólumes as mais esdrúxulas (e suspeitas) falhas das autoridades tributárias, reconhecidas em diversas passagens dos Acórdãos.

Para refletir sobre esta questão, convém explicar a análise de PETERS sobre as diferenças intrínsecas entre a forma de regulamentação dos preços de transferência e o regime dos auxílios de Estado. A taxação de multinacionais costuma ocorrer através da estratégia de regulação reflexiva (*reflexive regulation strategy*), que implica em conferir uma grande parte da responsabilidade de efetuar a alocação apropriada dos lucros entre as entidades do grupo ao próprio contribuinte (Peters, 2022, P. 31-32). Esta estratégia é baseada no reconhecimento dos próprios limites da lei, de maneira que *“the complexity of the subject-matter implies that transfer pricing ‘law’ is not able to allocate the profits of a multinational company in a comprehensive and all-encompassing way”* (Peters, 2022, P. 32).

Entretanto, para ter um resultado hígido ao conferir responsabilidade ao contribuinte – reconhecendo sua subjetividade e a inexatidão do resultado – esta estratégia de regulação tem especial foco no procedimento adotado pela autoridade tributária e pelo contribuinte para chegar ao resultado obtido. Por outro lado, o regime dos auxílios de Estado foca no resultado, dependendo da comprovação de uma vantagem, independentemente das ações ou intenções da autoridade (Peters, 2022, P. 44). Assim, existe uma tensão entre ambos, mas que pode ser aliviada a partir de algumas mudanças na postura do TJUE, que serão abordadas a seguir e que podem ocorrer até mesmo no âmbito dos recursos dos Acórdãos analisados.

Neste ponto, convém exemplificar algumas das falhas identificadas pelo próprio TJUE tratadas no capítulo anterior. No caso *Starbucks*, o Tribunal pontuou que a natureza

variável dos royalties levanta questões sobre sua racionalidade econômica – questões estas que não puderam ser justificadas convincentemente pelas Recorrentes. No caso *Apple*, o Tribunal destaca que a ausência de um relatório ou de qualquer informação suplementar que justificasse a imputação dos lucros aprovada consistiria em uma falha metodológica, além de pontuar que o próprio grupo Apple teria reconhecido à Autoridade Fiscal que sua proposta não se assentava em um fundamento científico. Por fim, destaca que as Recorrentes não puderam justificar as incoerências no que respeita aos custos de exploração, tomados como base para o cálculo do lucro tributável. Por sua vez, no caso *Amazon*, o TJUE concordou com vários pontos da análise funcional elaborada pela Comissão, consignando que a LuxOpCo exercia mais funções do que as que foram consideradas para a adoção da DFA, destacando também que a própria Amazon reconheceu a incoerência entre o método aprovado na DFA e o método proposto pelo relatório sobre os preços de transferência de 2003. Ademais, concordou que a Comissão identificou um erro na escolha do indicador do nível de lucro contido na DFA e que o mecanismo não teria justificativa econômica, sendo dificilmente concebível em condições de mercado.

Primeiramente, é difícil conceber que uma operação sem justificativa econômica possa ser considerada em condições de mercado, haja vista que os operadores econômicos em condições de livre concorrência buscam maximizar seus lucros, de forma que sua postura costuma ser guiada justamente pela justificativa econômica. Assim, ao partir do pressuposto de que as empresas associadas devem seguir condições de mercado, a aplicação do princípio da plena concorrência implicaria que, na maioria dos casos, as disposições aprovadas tivessem uma justificativa econômica. Este ponto é ainda mais patente se aplicado o critério do operador de mercado prudente e independente, afinal, a autoridade tributária também não deveria aceitar tais disposições caso se portasse como um operador econômico.

Também é interessante a postura adotada pela Comissão nos casos, pois, para além das linhas de raciocínio voltadas à comprovação da vantagem seletiva, são traçadas diversas observações que suscitam uma desconfiança quanto às atitudes das autoridades tributárias: a Comissão pontua que algumas das medidas foram aprovadas em pouquíssimos dias ou que duraram um longuíssimo período de tempo sem revisão. Ademais, a Comissão indica os estratagemas que estariam sendo viabilizados por tais medidas fiscais, que se aproveitariam de assimetrias legislativas para não serem

propriamente tributadas em duas jurisdições ou que resultariam no pagamento de menos impostos devido à criação de empresas “fictícias”, que existem apenas no papel.

É certo que a própria Comissão confirmou em 2009 que as vantagens advindas das disparidades tributárias entre jurisdições não constituiriam auxílios de Estado desde que os sistemas nacionais sejam coerentes (Parada, 2021, P. 63). Da mesma forma, as observações traçadas com base na conduta da autoridade tributária não comprovam a existência de uma vantagem, apenas suscitando questionamentos quanto à higidez do procedimento que resultou na medida fiscal adotada. Todavia, apesar de ambos não serem suficientes para suprir o critério da vantagem seletiva, que deve ser analisado com seriedade a partir das limitações do próprio regime dos auxílios de Estado arquitetado no TFUE, eles permitem compreender o quadro-geral da configuração da vantagem nos casos em tela, jogando luz sobre a justificativa econômica que parece ausente em vários pontos das medidas fiscais aprovadas, por exemplo. Para preencher o critério da vantagem seletiva propriamente, a Comissão constrói suas várias linhas de raciocínio, que, entretanto, não foram providas devido ao não cumprimento do ônus probatório hercúleo exigido pelo TJUE.

Não se pretende discutir que *a priori* é dever da Comissão comprovar a existência de uma vantagem, afinal, “*allegatio et non probatio quasi non allegatio*”. Todavia, diante da comprovação de tantos erros metodológicos que poderiam viabilizar vantagens ao contribuinte e de tantas evidências de que esta vantagem teria ocorrido diante dos argumentos apresentados, das análises de comparabilidade efetuadas e da própria compreensão do quadro-geral, é válido o questionamento acerca da postura adotada pelo TJUE, que vem sendo classificada por parte da doutrina como excessivamente formalista e até mesmo contraditória, tornando inócua a atuação da Comissão que o próprio Tribunal teria autorizado.

O rigor excessivo do Tribunal se revela inclusive no descarte das análises de comparabilidade efetuadas pela Comissão. Como apontado na introdução, um dos maiores problemas para o estabelecimento dos preços de transferência apropriados é justamente a ausência de operações similares que possam ditar exatamente os preços que seriam aplicados em condições de mercado. Desta forma, a análise de comparabilidade que demonstra a inadequação dos preços de transferência se baseará, na maioria dos casos, em situações que apresentam particularidades que as distinguem um pouco da

situação específica do contribuinte analisado, sendo necessária certa flexibilidade ao escolher os casos comparáveis sob o risco de inutilizar qualquer análise efetuada.

WATTEL pontua que a postura do Tribunal estaria sendo excessivamente formalista e demonstrando contradições em relação ao caso *Fiat*, no qual concluiu pela existência de um auxílio ilegal.

In *Fiat*, the General Court held that, considering the residual nature of the hypothetical functional capital, that segment of equity did not, in fact, correspond to any particular function or activity. It may be wondered then why the same residual nature of the royalty in Starbucks did not impel the Court to at least presume that the royalty did not, in fact, correspond to any particular use or exploitation of the IP and to place the burden to prove otherwise on the company and the State involved. (Wattel, 2020, P. 121).

Na mesma direção, PETERS destaca que não está claro o motivo pelo qual o TJUE foi favorável à análise da Comissão no *Fiat* e não nos demais casos.

Consequently, the downside of this approach is that is not quite straightforward for understanding why, for example, the judgment in the *Fiat* case was decided in favour of the EC whereas this watchdog found itself on the short end in the Starbucks, Apple, and Amazon judgments. *Fiat* and Luxembourg lost the case in a rather straightforward manner because the tax authorities had too easily accepted the rather manufactured segmentation of the equity that resulted in a manifestly too low tax burden for the taxpayer. There is, however, not a single indication in the verdict that suggests that the abuse of discretionary powers by the tax authorities in the process of monitoring the residual profit allocation of the taxpayer played any role whatsoever in the final judgment. The GC simply concluded that the EC had sufficiently proven that the tax authorities granted an advantage to *Fiat*. At the same time, the GC was clearly much more critical of the actions of the Irish tax authorities in the Apple case than of the functioning of the Luxembourg tax authorities in the *Fiat* case. It eventually concluded in its judgment that the errors made in the relevant procedures ‘demonstrate the incomplete and occasionally inconsistent nature of the contested tax rulings’ (Peters, 2022, P. 39-40).

O autor destaca que uma consequência desta postura inconsistente do Tribunal é a falta de clareza quanto à responsabilidade pelos erros identificados ou ao valor que lhes será atribuído na decisão.

For the purposes of the burden of proof, it should however, as explained in more detail below, make explicit what value should be attached to various categories of alleged methodological errors of the tax authorities in the process of monitoring the residual profit allocation that is proposed by the taxpayer. Such an explication would effectively imply that it puts somewhat less emphasis on the precise quantification of the subsidy (Peters, 2022, P. 46).

Esta valoração das falhas metodológicas propostas pelo autor permitiria inclusive aliviar a tensão entre a forma de regulação dos preços de transferência e o regime dos auxílios de Estado, haja vista que dá mais relevância ao procedimento adotado. Questão conexa à identificação destas falhas é a facilidade com a qual o Tribunal vem aceitando

o argumento da discricionariedade das autoridades tributárias para acobertar tais falhas. É certo que a natureza aproximativa do princípio da plena concorrência dificulta a identificação de um abuso de discricionariedade, contudo, não se pode admitir que, apenas por ter uma natureza aproximativa, qualquer decisão tomada pela autoridade tributária estaria sob o véu da discricionariedade. PETERS destaca que um exemplo latente seria o do caso *Apple*: “*It is questionable, however, whether it is indeed a completely cogent argument to accept that the tax authorities would be willing to take for granted the ‘lack of a documented analysis’ but that they did not effectively grant a tax advantage to the taxpayer*” (Peters, 2022, P. 41).

Também é de se questionar o porquê da aceitação do Tribunal de uma presunção de seletividade, como explicado anteriormente, mas não de uma presunção de vantagem em casos nos quais existem falhas metodológicas significativas e forte probabilidade da existência da vantagem. Nestes casos, caberia à autoridade tributária e ao contribuinte comprovar que o procedimento que resultou na medida questionada foi hígido, levando ao montante cabível de tributação sob o ordenamento nacional.

O ônus probatório imposto à Comissão nos acórdãos é tão difícil de ser suprido que o próprio Tribunal parece ter tentado incentivar a atuação da Comissão no caso *Amazon* ao afirmar que, caso “o erro metodológico seja tal que não permita chegar a uma aproximação de resultados de plena concorrência e que conduza necessariamente a uma subavaliação da remuneração que deveria ter sido recebida em condições de mercado” (Caso *Amazon*, par. 310), a comprovação da vantagem não seria necessária. Entretanto, não está claro quais erros se enquadrariam nesta categoria, de forma que a atuação da Comissão nesta seara, autorizada pelo próprio Tribunal, continua inviabilizada, o que motiva PETERS a criticar esta tentativa de encorajamento:

It probably would have been fairer if it had admitted in a candid way that it advises the EC to spend its time in a different way since it is of the view that it is not possible to rely on EU fiscal state aid control to target the relevant state aid issues that result from the reflexive character of transfer pricing law (Peters, 2022, P. 43).

Entretanto, apesar de crer que a atual postura do Tribunal é ineficaz, PETERS ainda vislumbra uma possibilidade de mudança nos Recursos aos Acórdãos analisados, que podem abranger uma visão mais ampla do art. 107º do TFUE, restabelecendo o equilíbrio institucional necessário para fiscalização dos auxílios de Estado (Peters, 2022, P. 47).

The way forward for the CJEU would therefore be to build on the ‘half-baked’ approach of the GC. It should continue to rely on the ‘wide net’ of the

discrimination approach and the consequential benchmark of ‘a reliable approximation of a taxable profit generated under market conditions’. At the same time, the CJEU should be finetuning the division of the burden of proof, and it should relatedly reformulate the formalistic balancing act of the GC (Peters, 2022, P. 47).

Removendo os obstáculos previamente expostos, adotando uma postura menos rígida e formalista quanto ao ônus probatório e admitindo a valoração dos erros metodológicos para a análise da vantagem, o Tribunal poderá restabelecer a proteção prevista pelo regime dos auxílios de Estado, adequando-o ao nosso mundo globalizado, que ameaça ser governado pelas multinacionais.

5. Conclusão

Como foi analisado no decorrer do trabalho, o espaço ocupado pelas multinacionais no mundo globalizado desafia os sistemas tributários nacionais e a própria existência de uma concorrência salutar de mercado. Diante de tais desafios, é esperado que o Direito se adapte, se reinvente. Contudo, enquanto as inovações que facilitam a vida os grupos multinacionais parecem ser rapidamente aceites e encorajadas (como os APPs), as mudanças que permitem aos Estados “estancar a sangria” de perda de verbas públicas e proteger a competição entre estas gigantes e as pequenas e médias empresas de seus territórios são vistas com desconfiança como medidas que desprivilegiam a segurança jurídica ou empatam a tão almejada liberdade de mercado – liberdade de se curvar aos *too big to fail*, afinal, “as bancarrotas são socializadas, os lucros são privatizados / o dinheiro é mais livre que as pessoas / as pessoas estão a serviço das coisas” (Galeano, 2021, P. 129).

Num mundo globalizado, a mudança necessária para assegurar o orçamento do Estado e a concorrência de mercado não pode ser tomada apenas a nível nacional, principalmente no contexto europeu, no qual a criação do mercado interno impele a um controlo supranacional. Esta adaptação não significa que foram deixados de lado os parâmetros legais, mas sim que lhes foram atribuídos novos horizontes para que o essencial seja cumprido: a *mens legis*, a proteção do bem jurídico.

Como se depreende do capítulo primeiro, o esmero com o qual foi arquitetado o regime dos auxílios de Estado desde a versão inicial do Tratado de Funcionamento da União Europeia denota sua importância para o funcionamento do mercado interno. Nesta

arquitetura foram previstos diversos mecanismos que asseguram a eficácia do regime: a fiscalização constante da Comissão, a obrigação de notificação, a proibição de execução, a obrigação de restituição do auxílio ilegal. Para além destes mecanismos, como foi analisado no decorrer do trabalho, foi adotada uma interpretação bastante ampla e teleológica dos conceitos contidos no TFUE, um claro privilégio da matéria sobre a forma.

Tendo em vista a seriedade da possível desvirtuação de instrumentos “neutros” como as *tax ruling practices*, permitindo que, através delas, as autoridades tributárias confirmem benefícios a determinados contribuintes, a necessidade de atuação da Comissão para proteger a concorrência a nível europeu parece premente. A necessidade desta atuação se torna ainda mais patente quando levamos em consideração que as medidas fiscais que tratam sobre os preços de concorrência são via de regra destinadas às multinacionais, que já ameaçam a concorrência de mercado com sua proeminência a nível mundial, e que estas medidas costumam não ser transparentes devido à confidencialidade das informações contidas e à privacidade do contribuinte.

Ademais, como exposto no capítulo anterior, a necessidade desta fiscalização é ditada pela própria estratégia de regulação dos preços de transferência explicada no capítulo anterior, pois a atribuição de responsabilidade ao contribuinte requer uma maior atenção por parte da autoridade tributária e dos demais setores da sociedade. Normalmente, nos casos em que a fiscalização não é efetuada e a regulação não segue procedimentos hígidos, resultando em montantes abaixo dos apropriados, o Estado recolherá menos receita e a concorrência será distorcida – contudo, os demais países nada poderão fazer. No caso da União Europeia a situação é diferente, afinal, a falta de fiscalização a nível nacional implica em uma distorção da concorrência a nível comunitário, de maneira que a Comissão também deve estar encarregada da supervisão das práticas das autoridades nacionais. Esta supervisão não é irrestrita, evidentemente, devendo ser efetuada dentro dos moldes do próprio TFUE para que a soberania dos Estados-membros não seja violada, todavia, o ônus depositado na Comissão não pode esvaziar a eficácia tão zelosamente arquitetada para o regime dos auxílios de Estado.

Ainda é cedo para fazer afirmações perentórias acerca do posicionamento do TJUE, afinal, os casos foram analisados apenas na primeira instância e houve Recurso em todos, com exceção do caso *Starbucks*. Vale pontuar que foi importante o reconhecimento da competência da Comissão para fiscalizar tais medidas fiscais e a

concordância do Tribunal de que, nos ordenamentos em que não houvesse previsão de um tratamento diferenciado entre as empresas autônomas e associadas, o sistema de referência englobaria ambas. O Tribunal também aceitou a utilização das Orientações da OCDE, admitiu que a Comissão utilizasse a metodologia que achasse cabível, desde que motivasse sua escolha metodológica e concordou com diversos dos problemas identificados nas decisões anuladas. Por fim, o ápice da atuação do TJUE foi o caso *Fiat*, no qual adotou uma postura corajosa e em compasso com os problemas atuais gerados pelos preços de transferência. Contudo, três dentre os quatro Acórdãos levaram à anulação da decisão da Comissão – todos pelo mesmo motivo: a suposta falta de comprovação da existência de uma vantagem.

Contudo, em sede de Recursos, o Tribunal pode adotar uma postura mais abrangente em relação ao regime dos auxílios de Estado, valorando as falhas metodológicas das autoridades tributárias e reduzindo o pesado ônus probatório que vem sendo colocado nas costas da Comissão.

Portanto, tendo em vista que o Direito é fruto do processo de evolução social, cambiando de acordo com as necessidades humanas, as crenças atuais e a esperança para o futuro, a identificação dos padrões seguidos nos Acórdãos analisados permite não apenas delimitar a jurisprudência consolidada, mas sugerir mudanças viáveis, afinal, “enquanto a gente sonhar a estrada permanece viva” (Couto, 2020, P. 7). O que resta ao final deste trabalho é a esperança que nos aproximemos mais um passo da utopia no julgamento de segunda instância dos casos analisados.

REFERÊNCIA

LIVROS

COUTO, Mia. **Terra Sonâmbula**. Alfragide: Editorial Caminho, 2020.

DOURADO, Ana Paula. **Governança Fiscal Global**. Coimbra: Almedina, 2018.

DOWBOR, Ladislau. **A era do capital improdutivo: Por que oito famílias tem mais riqueza do que a metade da população do mundo?** São Paulo: Autonomia Literária, 2017.

GALEANO, Eduardo. **O livro dos abraços**. Porto Alegre: L&PM, 2021.

GORJÃO-HENRIQUES, Miguel. **Direito da União: história, direito, cidadania, mercado interno e concorrência**. Coimbra: Almedina, 2014.

HAMAEKERS, Hubert. **Introduction to Transfer Pricing**. In. COLLINGS, Maurice H. [et al.]. *The Tax Treatment of Transfer Pricing*. Amsterdã: IBDF, 2008.

HUCK, Hermes Marcelo. **Evasão e Elisão: Rotas Nacionais e Internacionais do Planejamento Tributário**. São Paulo: Saraiva, 1997.

MACHADO, Jónatas. **Direito da União Europeia**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

MARKHAM, Michelle. **Advance Pricing Agreements: Past, Present and Future**. Netherlands: Kluwer Law International, 2012.

MCLUHAN, Marshal. **The médium is the message: An invention of effects**. [em linha] New York: Ginko Press Inc., 1967. [Consult. 05 fev. 2022]. Disponível em: https://designopendata.files.wordpress.com/2014/05/themediumisthemessage_marshallmcluhan_quentinfiore.pdf. Acesso em 10 jan. 2022.

PANAYI, Christiana. **Double Taxation, tax treaties, treaty shopping and the European Community**. Netherlands: Kluwer Law International, 2007.

PANAYI, Christiana. **Advanced Issues in International and European Tax Law**. Portland, Oregon: Hart Publishing, 2018.

PIRES, Rita. **Manual de Direito Internacional Fiscal**. Coimbra: Almedina, 2019.

RIBEIRO, João Sérgio. **Direito Fiscal da União Europeia**: tributação direta. Coimbra: Almedina, 2018.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Construindo as Epistemologias do Sul**: Antologia Essencial. Volume I: Para um pensamento alternativo de alternativas. Buenos Aires: CLACSO, 2018.

SARTRE, Jean-Paul. **O existencialismo é um humanismo**. São Paulo: Abril Cultural, 1978

TERRA, Ben; WATTEL, Peter. **European Tax Law**. Netherlands: Kluwer Law International, 2001.

ARTIGOS

CACHIA, Franklin. Analysing the European Commission's Final Decisions on Apple, Starbucks, Amazon and Fiat Finance & Trade. **EC Tax Review** [em linha]. 26:1 (2017) 23-35. [Consult. 15 jan. 2022]. Disponível em: <https://kluwerlawonline.com/journalarticle/EC+Tax+Review/26.1/ECTA2017003>.

GUNN, Anna; LUTS, Joris. Tax Rulings, APAs and State Aid: Legal Issues. **EC Tax Review** [em linha]. 24:2 (2015) 119-125. [Consult. 15 jan. 2022]. Disponível em: <https://kluwerlawonline.com/journalarticle/EC+Tax+Review/24.2/ECTA2015012>.

OLIVEIRA, José André Wanderley Dantas de; HOLMES, João Marcelo. O Planejamento Tributário Abusivo das Transnacionais e a Erosão das Bases Tributárias: entre a Legalidade e a Moralidade. **Revista Direito Tributário Atual**, nº 48, ano 39. P. 608-656. São Paulo: IBDT, 2º quadrimestre 2021.

PARADA, Leopoldo. Between Apples and Oranges: The EU General Court's Decision in the 'Apple Case'. **EC Tax Review** [em linha]. 30:2 (2021) 55-63. [Consult. 15 jan. 2022]. Disponível em: <https://kluwerlawonline.com/journalarticle/EC+Tax+Review/30.2/ECTA2021007>.

PETERS, Cees. Critical Analysis of the General Court's 'EU Arm's Length Tool': Beware of the Reflexivity of Transfer Pricing Law! **EC Tax Review** [em linha]. 31:1 (2022) 30-49. [Consult. 10 mar. 2022]. Disponível em: <https://kluwerlawonline.com/journalarticle/EC+Tax+Review/31.1/ECTA2022004>.

REUVEN, Avi-Yonah S. The Rise and Fall of Arm's Length: A Study in the Evolution of U.S. International Taxation. **Law & Economics Working Papers Archive: 2003-2009**. University of Michigan Law School, 2007. [Consult. 20 jan. 2022]. Disponível em: https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1074&context=law_econ_archive.

VOS, Bram. State Aid, Taxation & Transfer Pricing: Illegal Fiscal State Aid Granted to Starbucks? **EC Tax Review** [em linha]. 27:2 (2018) 113-120. [Consult. 20 jan. 2022]. Disponível em: <https://kluwerlawonline.com/journalarticle/EC+Tax+Review/27.2/ECTA2018012>.

WATTEL, Peter. Starbucks and Fiat: Arm's Length Competition Law. **INTERTAX** [em linha]. 48:1 (2020) 119-121. [Consult. 20 jan. 2022]. Disponível em: <https://kluwerlawonline.com/journalarticle/Intertax/48.1/TAXI2020008>.

DOCUMENTOS DA UNIÃO EUROPEIA E LEGISLAÇÕES

C(2004)434, 09 de fevereiro de 2004. Relatório sobre a implementação da Comunicação da Comissão sobre a aplicação das regras relativas aos auxílios estatais às medidas que respeitam à fiscalidade directa das empresas. Disponível em: [https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=C\(2004\)434&lang=pt](https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=C(2004)434&lang=pt).

COM(2007)71 final, de 26 de fevereiro de 2007. COMUNICAÇÃO DA COMISSÃO AO CONSELHO, AO PARLAMENTO EUROPEU E AO COMITÉ ECONÓMICO E SOCIAL EUROPEU relativa às actividades do Fórum Conjunto da UE sobre Preços de Transferência no domínio da prevenção e resolução de litígios e às directrizes para os acordos prévios em matéria de preços de transferência na EU. Disponível em: [https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=COM\(2007\)71&lang=pt](https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=COM(2007)71&lang=pt).

C/2016/2946. Comunicação da Comissão sobre a noção de auxílio estatal nos termos do artigo 107.º, n.º 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. OJ C 262, 19.7.2016, p. 1–50. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A52016XC0719%2805%29>.

Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union. OJ C 326, 26.10.2012, p. 47–390. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A12012E%2FTXT&qid=1662404630728>.

JTPF/007/2016/FINAL/EN, de outubro de 2016. EU JOINT TRANSFER PRICING FORUM: REPORT ON THE USE OF COMPARABLES IN THE EU. Disponível em: https://taxation-customs.ec.europa.eu/system/files/2016-09/jtpf0072016_en.pdf.

JTPF/007b/2018/EN, de 24 de outubro de 2022. EU JOINT TRANSFER PRICING FORUM: Statistics on APAs in the EU at the End of 2017. Disponível em: https://taxation-customs.ec.europa.eu/system/files/2018-10/statistics_on_advance_pricing_agreements_2017_en.pdf.

OECD (2022). OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2022. Paris: OECD Publishing. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/0e655865-en>.

Resolution of the Council and of the representatives of the governments of the Member States, meeting within the Council, of 27 June 2006 on a code of conduct on transfer pricing documentation for associated enterprises in the European Union (EU TPD). OJ C 176, 28.7.2006, p. 1–7. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2006:176:FULL&from=en>.

Regulamento (UE) 2015/1588 do Conselho, de 13 de julho de 2015, relativo à aplicação dos artigos 107.º e 108.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia a determinadas categorias de auxílios estatais horizontais (codificação). OJ L 248, 24.9.2015, p. 1–8. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=OJ:L:2015:248:FULL&from=PL>.

Regulamento (UE) n.º 651/2014 da Comissão, de 16 de junho de 2014, que declara certas categorias de auxílio compatíveis com o mercado interno, em aplicação dos artigos 107.º e 108.º do Tratado. OJ L 187, 26.6.2014, p. 1–78. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:L:2014:187:FULL&from=IT>.

JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA

C-143-99, julgado em 8 de novembro de 2001, *Adria-Wien Pipeline GmbH and Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke GmbH v Finanzlandesdirektion für Kärnten*, EU:C:2001:598.

C-417/10, julgado em 28 de março de 2012, *Ministero dell'Economia e delle Finanze and Agenzia delle Entrate v 3M Italia SpA*, EU:C:2012:184.

C-106/09 P e C-107/09 P, 15 de novembro de 2011, *European Commission and Kingdom of Spain v Government of Gibraltar and United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*, EU:C:2011:732 e EU:C:2011:215.

C-15/14 P, julgado em 04 de junho de 2015, *European Commission v MOL Magyar Olaj-és Gázipari Nyrt*, EU:C:2015:362.

C-182-03 e C 217-03, julgado em 22 de junho de 2006, *Kingdom of Belgium and Forum 187 ASBL v Commission of the European Communities*, EU:C:2006:416.

T-755/15 e T-759/15, julgado em 24 setembro 2019, *Luxemburgo e Fiat Chrysler Finance Europe v. Comissão*, EU:T:2019:670.

T-760/15 e T-636/16, julgado em 24 de setembro de 2019, *Reino dos Países Baixos, Starbucks Corp. e Starbucks Manufacturing Emea BV v. Comissão*, EU:T:2019:669.

T-778/16 e T-892/16, julgado em 15 de julho de 2020, *Irlanda, Apple Sales International e Apple Operations Europe v. Comissão*, EU:T:2020:338.

T-816/17 e T-318/18, julgado em 12 de maio de 2021, *Grão-Ducado do Luxemburgo, Amazon EU Sàrl e Amazon.com, Inc. v. Comissão*, EU:T:2021:252.

OUTROS

Decisão (UE) 2017/1283 da Comissão, de 30 de agosto de 2016, relativa ao auxílio estatal SA.38373 (2014/C) (ex 2014/NN) (ex 2014/CP) concedido pela Irlanda à Apple.

JTPF – EU Joint Transfer Pricing Forum. [em linha] . [Consult. 02 fev. 2022]. Disponível em: https://ec.europa.eu/taxation_customs/joint-transfer-pricing-forum_pt.

NEATE, Rupert. Apple leads race to become world's first \$1tn company. **The Guardian**, 03 jan. 2018. [Consult. 29 jan. 2022]. Disponível em

<https://www.theguardian.com/business/2018/jan/03/apple-leads-race-to-become-world-first-1tn-dollar-company>.

SPANJERS, Joseph; KAR, Dev. Illicit Financial Flows from Developing Countries: 2003-2012. **Global Financial Integrity**, 2014. [Consult. 02 fev. 2022]. Disponível em: <http://gfintegrity.org/report/2014-global-report-illicit-financial-flows-from-developing-countries-2003-2012/>.

OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico [em linha] Paris: OECD Publishing. [Consult. 05 fev. 2022]. Disponível em: <https://www.oecd.org/ctp/transfer-pricing/guidelinesforapa.htm>.