



PEDRO MIGUEL MARTINS SILVA

**MATÉRIAL COLETÁVEL COMUM CONSOLIDADA DO IMPOSTO SOBRE AS
SOCIEDADES: A FÓRMULA DE REPARTIÇÃO**

Dissertação com vista à obtenção
do grau de Mestre em Direito

Orientadora:

Doutora Rita Calçada Pires, Professora da Faculdade de Direito da
Universidade Nova de Lisboa

Janeiro de 2018



PEDRO MIGUEL MARTINS SILVA

**MATÉRIAL COLETÁVEL COMUM CONSOLIDADA DO IMPOSTO SOBRE AS
SOCIEDADES: A FÓRMULA DE REPARTIÇÃO**

Dissertação com vista à obtenção
do grau de Mestre em Direito

Orientadora:

Doutora Rita Calçada Pires, Professora da Faculdade de Direito da
Universidade Nova de Lisboa

Janeiro de 2017

DECLARAÇÃO DE COMPROMISSO ANTI-PLÁGIO

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

DECLARAÇÃO DO NÚMERO DE CARATERES

O corpo desta dissertação, incluindo espaços e notas, ocupa um total de 199 018 caracteres.

AGRADECIMENTOS

Um sincero e profundo reconhecimento a todos aqueles que com disponibilidade e boa vontade me auxiliaram neste empreendimento.

Um obrigado muito especial à Professora Rita Calçada Pires por me ter guiado desde o início na construção e desenvolvimento deste tema, com os seus conselhos, compreensão e amabilidade. Foi a partir das aulas de Direito Internacional Fiscal que surgiu a determinação e ambição de concretizar esta pesquisa.

Aos meus pais e a todos os meus amigos juristas que sempre se mostraram entusiasmados em perceber um pouco mais deste tema, incentivando-me a não desistir e a procurar novas soluções.

E claro, um obrigado à Filipa, meu coração, que nos momentos de maior cansaço e tristeza alimentou sempre o meu espírito e a minha criatividade.

MODO DE CITAR E OUTRAS CONVENÇÕES

Ao longo desta dissertação recorre-se à citação abreviada das várias monografias, periódicos, legislação e jurisprudência.

Consta do início desta obra uma lista de abreviaturas para uma melhor compreensão das referências bibliográficas indicadas.

Na primeira citação as monografias são citadas com a indicação do nome do autor, título da obra, ano da edição consultada e página (s). Semelhante estrutura será aplicada aos periódicos. As citações seguintes são abreviadas: nome do autor, primeiras palavras do título e respetivas página (s). Sempre que a citação seja repetida, será utilizada a expressão “Idem”. A jurisprudência será citada através da identificação do tribunal, nº e data do acórdão.

No final do trabalho encontra-se uma lista de bibliografia com as indicações bibliográficas completas.

De referir que sempre que possível serão identificadas as páginas da Internet e datas de consulta, a partir das quais é possível aceder à correspondente legislação e jurisprudência, e também aos respetivos periódicos.

ABREVIATURAS

Ac.	Acórdão
Acs.	Acórdãos
al.	Alínea
als.	Alíneas
art.	Artigo
arts.	artigos
AT	Autoridade Tributária
BEPS	Base Erosion and Profit Shifting
BIC('s)	Base(s) de Imposto Consolidada(s)
CCCTB	Common Consolidated Corporate Tax Base
CE	Comissão Europeia
Cfr.	Confira
cit.	Citado
COM	Comunicação
ed.	Edição
EM	Estado(s) Membro (s)
EE	Estabelecimento(s) Estável(s)
Ex.	Exemplo
GT	Grupo de Trabalho da Comissão Europeia
HST	Home State Taxation
ex.	exemplo
MCCC	Matéria Coletável Comum Consolidada
MCCCIS	Matéria Coletável Comum Consolidada do Imposto sobre as Sociedades
MC OCDE	Modelo de Convenção da OCDE
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico
Nº	Número
p.	página
pp.	Páginas
prf.	Parágrafo
PME	Pequenas e Médias Empresas
Proc.	Processo
Procs.	Processos
SCS	Sistema de Contabilidade Separada
TFUE	Tratado de Funcionamento da União Europeia
TIC	Tecnologias da Informação e da Comunicação
EU	União Europeia
Vol.	Volume

RESUMO

Uma economia mais móvel e de conteúdo digital transformou, à escala global, o paradigma tradicional das relações económicas e financeiras entre grupos multinacionais e Estados, levando a UE a conjugar esforços para que, no plano fiscal, seja possível assegurar o efetivo desenvolvimento e manutenção do mercado interno e a salvaguarda das liberdades fundamentais (TFUE).

Em matéria de tributação das sociedades a UE privilegiou, em oposição ao sistema de contabilidade separada da OCDE, uma fórmula constituída por múltiplos fatores susceptíveis de exprimir a dinâmica económica e empresarial dos grupos multinacionais europeus num contexto transfronteiras.

O sistema tributação MCCCIS proposto pela CE prevê duas etapas fundamentais: a consolidação de lucros e perdas e a repartição da matéria coletável através de um fórmula que reflita a atividade económica integrada de um grupo.

A presente dissertação centra-se precisamente sobre o importante papel desempenhado pelo mecanismo de repartição na partilha da matéria coletável pelas várias empresas de um grupo, em particular, sobre a razoabilidade e adequação dos fatores escolhidos na obtenção de um resultado de tributação justo e eficiente. O método de repartição é parte integrante do processo de consolidação, uma consequência necessária deste, devendo a aplicação concreta das suas regras comuns ser efetuada de modo equilibrado por parte de todos os EM.

O esquema traçado permite-nos concluir que, a longo prazo, será possível uma redução significativa dos principais obstáculos fiscais que afetam o funcionamento do mercado interno. Porém, os resultados finais permanecem ainda incertos, dado que o método escolhido não será imune ao surgimento de outros esquemas e à potencial manipulação dos fatores da fórmula.

Palavras-Chave: Tributação; Método Unitário; Consolidação; Fórmula de Repartição; Fatores de Repartição; Equidade; Eficiência.

ABSTRACT

A more mobile economy and digital content turned on a global scale the traditional paradigm of economic and financial relations between States and multinational groups, leading the EU to coordinate efforts so that, in the tax plan, it is possible to ensure the effective development and maintenance of the internal market and the protection of fundamental freedoms (TFEU).

Regarding corporate taxation, the EU privileged, as opposed to the system of separate accounting of the OECD, a formula consisting of multiple of multiple factors likely to express the economic and business dynamics of multinational European groups in a cross-border context.

The CCCTB taxation system proposed by the EC provides two fundamental steps: the consolidation of profits and losses and the breakdown of matter collectable through a formula that reflects the integrated economic activity of a group.

This dissertation focuses precisely on the important role played by the apportionment mechanism of in the sharing of collectable matter by several companies of a group, in particular on the reasonableness and appropriateness of the chosen factors in obtaining a fair and efficient taxation result.

The tracing schem allows us to conclude that, in the long run, is it possible a significant reduction of the main tax obstacles that affect the functioning of the internal market. However, the final results still remain uncertain, since that the chosen method will not be immune to the emergence of other distortionary schemes and to the potential manipulation of the formula factors.

Key-Words: Taxation; Unitary Method; Consolidation; Apportionment Formula; Apportionment Factors; Equity; Efficiency.

INTRODUÇÃO

A UE prepara neste momento a adoção de mais uma etapa fundamental no processo de integração europeia e que passa pela adoção de um método unitário de tributação dos grupos multinacionais europeus de empresas.

Os efeitos da globalização e a influência das tecnologias de informação (TIC) no desenvolvimento das atividades económicas, conduziram a novas formas de reorganização empresarial com impacto direto nas estratégias de atuação de mercado. Face a diferentes regimes fiscais, cada membro economicamente integrado do grupo tende a recorrer aos instrumentos de planeamento mais aptos à maximização do seu lucro e à obtenção de consideráveis ganhos de poupança fiscal. Estas práticas reiteradas e complexas, conseguidas através da manipulação do sistema de preços de transferência e da deslocalização de lucros entre jurisdições conduziram a elevados custos administrativos para as autoridades fiscais dos EM.

No contexto da UE, esta procura pelo direito nacional mais favorável à redução da carga fiscal efetiva, obriga os EM da residência e da fonte a efetuarem vários ajustamentos corretivos dos preços, em ordem a assegurar a manutenção das suas receitas fiscais. Paralelamente, verifica-se a criação pelos EM de condições económicas e financeiras mais atrativas, destinadas a captar investimento externo para dentro das suas fronteiras. No plano da política fiscal, esta alteração estrutural traduz-se numa diminuição generalizada do nível de tributação (*race to the bottom*) e num aumento da concorrência entre EM. Por outro lado, e complementarmente, relembre-se que continua a existir uma desadequada rede de convenções bilaterais em matéria de dupla tributação, onde permanece completamente omissa uma solução de conjunto capaz de equilibrar as relações fiscais entre contribuintes, jurisdições e o próprio bem estar do mercado interno. A resposta multilateral neste domínio, com aplicação particular ao espaço da UE, continua a não ser devidamente interpretada e aplicada.

Perante a incapacidade do SCS em fornecer uma resposta adequada e eficaz às graves distorções fiscais invocou-se uma resposta global adequada às necessidades do espaço europeu, capaz de combater eficazmente os principais obstáculos fiscais decorrentes da forte expansão das atividades de negócio dos grupos europeus para lá das suas fronteiras. Esta solução “compreensiva” consubstanciou-se na Proposta de Diretiva 2016 (683), relativa a uma Matéria Coletável Comum Consolidada do Imposto sobre as Sociedades.

Porém, tal como ocorre noutras matérias incluídas no âmbito da tributação direta, cuidadosamente previstas nos tratados, o tratamento do tema em análise exige grande sensibilidade, sendo imprescindível um consenso por parte de todos os EM quanto às várias questões controvertidas em presença (incluindo os critérios de atuação das instituições da UE). Tanto no processo de feitura do diploma legislativo como na sua concretização, a existência de um acordo constituirá um passo fundamental para que se obtenham vantagens práticas reais para o mercado interno. Atendendo à mudança estrutural no sistema de tributação, será inevitável que o impacto da proposta MCCCIS modifique a distribuição atual de receitas pelos EM e também, a própria dimensão do direito a tributar, com resultados ainda incertos.

O objeto do presente estudo debruça-se precisamente sobre um dos aspetos mais importantes da reforma em curso e que constitui parte integrante do processo de consolidação, a adoção de uma fórmula de repartição, em particular, a questão sobre se os fatores que a compõem são os mais razoáveis e adequados para assegurar uma repartição justa e eficiente da matéria coletável obtida. Por isso, a introdução de uma fórmula de repartição composta por três fatores equitativamente ponderados deve prever mecanismos de equilíbrio na alocação, representativos da dinâmica económica, por forma a superar os habituais e insatisfatórios resultados até agora obtidos com o SCS.

Para o efeito propomo-nos, na subsequente análise, em compreender o quadro geral do sistema MCCCIS, as principais alterações à estrutura dos sistema de tributação dos grupos multinacionais e de que forma estas mudanças interagem e influenciam o funcionamento dos fatores de repartição, responsáveis pela alocação do rendimento. A fórmula de repartição não é um aspeto autónomo do restante conjunto, já que depende da informação que previamente lhe é fornecida pelo processo de consolidação.

Deste modo, no primeiro capítulo faremos uma introdução ao tema em análise e às principais questões controvertidas em presença, distinguindo entre o atual sistema de tributação dos grupos, baseado no SCS, e a solução de tributação unitária proposta pela CE. As vantagens e desvantagens de ambos permitir-nos-ão concluir pela necessidade de acolher um método de consolidação com fórmula de repartição que trate o lucro globalmente obtido pelo grupo, enquanto conjunto, face a um mercado economicamente integrado como o da UE.

Na segunda parte deste trabalho procura-se delimitar os espaços pessoal e territorial realçando-se relevância desta etapa na recolha da informação relevante e de outros

elementos necessários para que, antecipadamente, se possa determinar quem pode participar no sistema MCCCIS e qual o tipo de rendimento que pode ser consolidado e repartido.

No terceiro capítulo, abordaremos o processo de consolidação, analisando o seu papel chave para o resultado final de repartição. É partir do processo de consolidação e da informação fiscal nele contida que será criada uma ligação direta aos fatores de repartição contidos na fórmula, sendo certo que a performance destes condicionará a correta formação da MCCC. Conquistas fundamentais desta etapa são a introdução de um sistema de compensação de perdas e a eliminação do mecanismo de preços de transferência.

O quarto capítulo aborda o mecanismo de repartição e a adequação dos seus fatores enquanto ferramenta responsável pela correta alocação da MCCC aos EM. A função económica de cada fator, com maior afetação ao lado da procura (vendas) ou da oferta (ativos e trabalho), contribui para equilibrar atividade do grupo e deve estar contida no desempenho da fórmula de repartição, legitimada pelo processo de contabilidade escolhido, exigindo-se para o correto desempenho da função que as características dos fatores se encontrem definidas e delimitadas. A adoção de uma fórmula de repartição neste âmbito é uma consequência necessária do processo de consolidação. Por isso, compreender a sua dinâmica não dispensa a ligação a aspetos essenciais presentes no processo de consolidação que fundamentem a escolha dos fatores. A fórmula de repartição deverá usar a razoabilidade e prudência na atribuição aos EM do direito a tributar uma parcela do rendimento global, devendo a aplicação das suas normas comuns ser parametrizada por princípios fiscais internacionais comumente aceites, equidade e eficiência. Assegura-se assim que tanto a tarefa de verificação da existência de fatores numa jurisdição como a sua ulterior ponderação resultam num elevado nível de efetividade.

Assim, pretende-se demonstrar com o presente trabalho que os fatores de repartição escolhidos, apesar de permitirem uma maior coerência e justeza na consolidação e repartição do rendimento dos grupos, continuam a não representar, em toda a sua extensão, a realidade económica das empresas multinacionais europeias, tornando questionável a compatibilidade entre simplicidade administrativa e eficiência da reforma no combate a estratégias evasivas de planeamento fiscal.

CAPÍTULO I – A INOVAÇÃO DA REFORMA DO SISTEMA DE TRIBUTAÇÃO DOS GRUPOS MULTINACIONAIS

1.1 - Um Projeto Comum e uma "Solução Compreensiva"

O propósito de alcançar uma tributação efetiva, eficiente e justa dos lucros das sociedades e dos grupos foi vincado pelo novo regime MCCCIS, como meio de garantir níveis futuros de sustentabilidade e de competitividade no mercado interno. Este desejo vai ao encontro de uma das principais metas delineadas para a Europa 2020 destinada a promover um "crescimento sustentável e um economia mais eficiente em termos de utilização dos recursos, mais ecológica e mais competitiva"¹. O crescimento inteligente da economia europeia depende da constante aposta em atividades de inovação, pesquisa e conhecimento.

A partir do resultado do estudo analítico da CE, realizado em 2001, sobre a tributação das empresas na UE², concluiu-se pela necessidade de alterar o sistema de tributação dos grupos de sociedades para que a estabilidade e manutenção do mercado interno pudessem ser asseguradas. Na escolha do novo método ficou patente o desejo de acolher a realidade económica integrada atual e a dinâmica de organização e atuação dos grupos multinacionais europeus. Para ponderação e análise da tão desejada reforma, a CE sugeriu quatro potenciais abordagens:³

a) Home State Taxation, conferindo-se aqui às empresas multinacionais europeias a possibilidade de calcular o seu rendimento europeu global de acordo com as regras aplicadas pelo EM da sua residência. A residência do grupo é aferida pelo local onde está fixada a sede da empresa-mãe.⁴ O EM que acolha o investimento de outro EM que

1 Comunicação da Comissão Europeia 2020, Estratégia para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo, Bruxelas, 3.3.2010, COM(2010) 2020 final, p. 5, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010DC2020&from=PT>, acessado em 30.08.2017.; ROSA PERNA e LUCA CERIONI, The new CCCTB proposed scheme: an opportunity for cross-border business, a challenge for the national Judge, Testo della Relazione presentata l'8 settembre 2012, p. 4; C. MCLURE, Harmonizing Corporate Income Taxes in the European Community; Rationale and implications, Hoover Institution, Stanford University and NBER, 200, p. 152.

2 Commission Staff Working Paper, Company Taxation in the Internal Market, 23.10.2001, SEC (2001) 1681, Brussels – COM(2001) 582 final, pp.14-17, disponível em https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/docs/body/company_tax_study_en.pdf, acessado a 30.08.2017 ; cfr os objetivos patentes no Relatório Ruding, Report of the Committee of Independent Experts on Company Taxation (the Ruding Report), Office for Official Publications of the European Communities:Luxembourg, 1992, disponível em <http://aei.pitt.edu/8702/1/8702.pdf>, acessado em 03.09.2017.

3 Idem, p. 373-378.

4 P. SORENSEN, Company Tax Reform in the European Union, IN International Tax and Public Finance, 2004, Vol. 11, pp. 92-93; cfr. C. MCLURE, Corporate Tax Harmonization for the Single Market: What the European Union Is Thinking, IN Business Economics, Outubro de 2004.

participe no MCCCIS aceitará estas regras de tributação. Neste quadro surge como esquema de tributação opcional, acolhendo a coexistência de diferentes sistemas fiscais nacionais (UE), e dando a cada empresa a possibilidade de escolher se aplica o HST ou se, ao invés, prefere antes as normas fiscais atuais relevantes (SCS) do EM de residência da empresa mãe para o cálculo da sua base fiscal. Assim, embora permita uma maior adesão dos EM, a abordagem HST favorece a manutenção das desigualdades fiscais patentes no SCS.⁵

b) Common Consolidated Tax Base,⁶ exige a criação de uma base de imposto comum para os grupos de todas as empresas multinacionais que optem pelo sistema. Confere-se a possibilidade às empresas multinacionais com operações localizadas nos vários EM de optarem pela aplicação de um sistema de tributação unitário comum ou pela manutenção do seu próprio SCS. Enquanto sistema opcional, o quadro permite a aplicação simultânea de regras comuns e de regras nacionais. Será também usada uma fórmula de repartição para alocar a base de imposto comum.

c) Compulsory Harmonised Corporate Tax Base (CHCTB), defendeu-se a existência de uma base de imposto único sobre os grupos em substituição dos sistemas fiscais nacionais de tributação. Para o efeito é criado materialmente um código, de cariz aplicativo obrigatório ou maioritariamente internacional para todas as empresas europeias, o que torna inaplicáveis as regras nacionais de cálculo da matéria coletável.

d) European Union Company Tax, o quarto esquema, permite construir uma base de imposto consolidada comum com os lucros obtidos por empresas multinacionais de grande dimensão. Estamos perante um verdadeiro Imposto Único sobre as empresas da UE, em que a receita gerada é canalizada no todo ou em parte para o Orçamento da UE e em que os impostos são administrados ao nível central por um organismo da UE. Não obstante, os EM continuam a poder introduzir a percentagem da sua taxa de imposto na aplicação do imposto único.

Embora cada uma destas opções se baseie em diferentes critérios, todas elas recorrem à adoção de uma fórmula fixa para alocar a base tributável entre os vários EM. Estas fórmulas são variadas e assumem diferentes contornos consoante a cultura fiscal de cada jurisdição. Contudo, para atingir os objetivos traçados, tornou-se imprescindível prever um mecanismo sensível capaz de repartir de modo equilibrado, justo e eficiente a

5 J. WEINER, Formula Apportionment and the Future of Company Taxation in the European Union, CESifo Forum 1/2002, pp. 12-15, disponível em <http://www.cesifo-group.de/ifoHome/publications/docbase/details.html?docId=14562723>, acessado a 03/09/2016.

6 Idem, pp. 15-19

base tributável entre os EM onde a actividade económica é efetivamente desenvolvida.⁷ Ponderados os prós e contras de cada abordagem, a escolha acabou por recair sobre o sistema MCCCIS.

Na sua essência, o método de repartição apresentado procura estimar a contribuição de cada jurisdição para os lucros tributáveis globais de um grupo mediante a utilização de uma fórmula predeterminada, cujos elementos representam os fatores considerados essenciais para refletir, ao nível da empresa, a atividade económica desenvolvida. O método de repartição permite, assim, dividir os lucros de empresas multinacionais gerados a partir do exercício de atividades económicas em diferentes EM. Em jurisdições onde exista uma maior presença económica de fatores criadores de lucro, maior percentagem da base consolidada de um grupo será atribuída aos correspondentes EM de pleno direito.

Não obstante, a aplicação efetiva ao espaço da UE do novo mecanismo de repartição não dispensa a solução prévia de outros problemas teóricos, nomeadamente quanto à falta de consenso entre os EM relativamente a uma definição comum de grupo e de rendimento tributável que permitam delimitar, com a precisão necessária, o âmbito objetivo e subjetivo a que serão aplicadas as regras MCCCIS, a eliminação de distorções decorrentes da prática de preços de transferência e a criação de um sistema comum de dedução de perdas, enquanto etapas essenciais de realização da reforma em curso.⁸

A necessidade de coordenar de forma efetiva a atuação dos EM surge como um passo fundamental que deve andar de mãos dadas com a estratégia de harmonização das regras relativas à tributação dos grupos europeus. Contudo, a história demonstra que “a coordenação é um processo lento”⁹, limitando-se “normalmente a abordar questões específicas bem definidas e não pode atender à grande variedade de problemas com que se deparam as sociedades no mercado interno e que exigem uma solução abrangente.”¹⁰ Deste modo, a CE substituiu a inicial e ambiciosa proposta de curto prazo, traduzida na implementação de medidas concretas, por uma visão geral, de longo prazo, assente na

7 Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu e ao Comité Económico e Social Europeu, Um Mercado Interno sem obstáculos em matéria de fiscalidade das empresas – realizações, iniciativas em curso e desafios a ultrapassar”, Bruxelas, COM(2003) 726, pp. 25-27, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52003DC0726&rid=1>, acessado em 30.08.2017.

8 Proposta de Diretiva do Conselho relativa a uma matéria coletável comum consolidada do imposto sobre as sociedades (MCCCIS), Estrasburgo, 25.10.2016, COM (2016) 683 final, p. 3, disponível em http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:ff337b5c-9b7d-11e6-868c-01aa75ed71a1.0020.02/DOC_1&format=PDF, acessado em 03.12.2016.

9 Idem, p. 6

10 Idem, p. 6

aplicação de medidas gerais que, gradualmente, permitam uma maior adesão por parte dos sujeitos intervenientes, mas também, uma solução normativa fundamental que garanta o equilíbrio de princípios fiscais basilares na ordem jurídica internacional, entre eles, a equidade, justiça e competitividade do mercado interno.¹¹

O desejado progresso económico e aumento do bem estar da UE passa, não apenas pela eliminação dos principais obstáculos fiscais ao sucesso de um sistema de tributação efetivo e justo das atividades económicas dos grupos, mas igualmente pela criação de condições que, progressivamente, permitam fazer do mercado interno um local atrativo para o investimento, sem discriminação.¹² Dada a coerência sistemática do novo regime de tributação, a correta compreensão da fórmula de repartição proposta e dos fatores que a compõem só pode ser alcançada mediante a análise prévia do processo de consolidação. Não nos propomos fazer aqui uma análise exaustiva desta fase, mas apenas focar os aspetos nucleares que determinam o resultado da alocação. É um passo importante, dado que influencia o montante sujeito a repartição, e bem assim o desempenho dos vários fatores na tarefa de distribuição da base consolidada às várias jurisdições com direito a tributar. Neste sentido, podemos afirmar que a fórmula de repartição é uma consequência necessária da consolidação. Atendendo ao exposto, podemos afirmar que o sistema MCCCIS compõe-se de duas características ou passos fundamentais: "Primeiro, cada empresa multinacional será capaz de computar numa base tributável única sob um único conjunto de regras as suas operações universais realizadas na União", - posteriormente materializadas numa única declaração fiscal – segundo, “a base fiscal consolidada deverá depois ser repartida por entre os vários Estados Membros em conformidade com o mecanismo acordado para tributação às taxas locais.¹³

Enquanto etapa necessária de um futuro acordo político sobre o regime de tributação dos grupos europeus na sua totalidade, a MCCCIS acolhe também neste âmbito o importante tema da reorganização empresarial dos grupos multinacionais, não apenas na

11 PAULA ROSADO PEREIRA, *A Tributação das Sociedades na União Europeia: Entraves Fiscais ao Mercado Interno e Estratégias de Atuação Comunitária*, Coimbra, Almedina, Janeiro, 2004, pp. 232 e ss.

12 Comunicação da Comissão...COM(2003) 726, pp. 21-22.

13 M. GÉRARD e J. WEINER, *Cross-border loss offset and formulary apportionment: How do they affect multijurisdictional firm investment spending and interjurisdictional tax competition?*", CESifo Working Paper No. 1004, p. 2, disponível em https://www.cesifo-group.de/ifoHome/publications/working-papers/CESifoWP/CESifoWPdetails?wp_id=14559833, acedido a 15.10.2016.

perspetiva dos ajustamentos necessários no momento da saída ou da entrada de unidades empresariais, mas igualmente no tratamento das perdas e ganhos de capital não realizados. Adicionalmente, e por comparação com o regime acolhido no MCOODE, no âmbito das relações estabelecidas entre o grupo e outras entidades externas, é fixada uma estratégia para evitar a dupla tributação, e que passa pelo tratamento da retenção de impostos e pelo crédito fiscal.¹⁴

1.2 – A Dicotomia entre um Sistema de Contabilidade Separada e um Sistema de Tributação Unitário com Formula de Repartição

A distinção entre o atual sistema de tributação das multinacionais e o método MCCCIS proposto para a UE apela à diferenciação mais ampla entre sistema de contabilidade separada (individual) e sistema de tributação unitário ou global. As transformações ocorridas ao nível da estrutura e da forma de atuação das empresas e a consequente insatisfação dos resultados alcançados com o princípio da plena concorrência levaram muitos países e empresas a questionar as vantagens do atual método de contabilidade separada (sistema comparativo de preços).¹⁵

No âmbito do SCS, cada transação é documentada separadamente para efeitos de contabilidade, o que gera elevados custos administrativos, e motiva, cada empresa, a procurar um regime jurídico-fiscal nacional com menor nível de tributação. Esta ineficiência económica aumenta exponencialmente perante a exigência de cada entidade em conformar o desenvolvimento das suas actividades económicas com 28 regimes fiscais europeus distintos. Todas estas dificuldades, aliadas à falta de uma política de coordenação fiscal nestas matérias entre EM, produz, numa economia altamente integrada como a da UE, a ocorrência de situações de deslocação de lucros e de fenómenos de dupla tributação jurídica e económica.¹⁶

14 Proposta de Diretiva...COM (2016) 683 final, p.3.

15 P. ROSADO PEREIRA, *Princípios de Direito Fiscal Internacional - Do Paradigma Clássico ao Direito Fiscal Europeu*, Almedina, Coimbra, Novembro, 2010, pp. 154-155; cfr. também na jurisprudência americana o Caso *Mobil Oil Corp. v. Commissioner*, 445 U.S. 425 (1980).

16 Ac. do Tribunal de Justiça da União de 28 de Janeiro de 1986, Comissão das Comunidades Europeias contra República Francesa, Processo 270/83, - equiparou o critério da residência ao critério da nacionalidade para aferir da correta aplicação do princípio da não discriminação em razão da nacionalidade: em causa esteve, a recusa de concessão de crédito fiscal.; M. K. MAHONEY, *Recommending an Apportionment Formula for the European Union's Common Consolidated Corporate Tax Base*, *Seton Hall Legislative Journal*, Volume 34, Number 2, 2010, pp. 316-318.

Dentro do atual sistema, cada EM tributa o rendimento empresarial bruto de empresas e estabelecimentos estáveis, mesmo as entidades não residentes, como se o mesmo tivesse sempre origem dentro do seu território. Pelo que importará ajuizar da necessidade de “distinguir entre diferentes tipos de rendimento e aplicar as regras da fonte para determinar onde cada um tem a sua origem.”¹⁷ A liberdade relativa de apreciação conferida a cada EM, permite-lhes “determinar o montante do rendimento empresarial que sujeitarão a imposto. Enquanto uns isentam de tributação o rendimento empresarial estrangeiro, outros tributam o rendimento global das empresas residentes, mas permitem crédito para o pagamento de impostos no país da fonte”.¹⁸

Os obstáculos referenciados afetam a neutralidade das decisões de investimento dos membros de um grupo com impacto visível nas operações internacionais realizadas.

1.2.1 - O Sistema de Contabilidade Separada

Instituído pela OCDE para formalizar as regras internacionais de tributação do rendimento de capitais obtido por grupos multinacionais, o Modelo de Convenção da OCDE expressou nos seus artigos 9.º n.º 1 e 7.º n.º 2, como entendimento principal, a preferência por um sistema de tratamento assente na contabilidade separada de lucros e perdas.¹⁹ Aqui afirma-se como principal vetor na determinação do lucro tributável internacional (e europeu) dos grupos multinacionais, o princípio de tributação como entidades independentes, que tributa cada empresa relacionada e cada EE como independente do ponto de vista económico.

Daqui decorre que no processo de apuramento da MCCC relevante são apenas contabilizados os lucros que "seriam obtidos exercendo as mesmas atividades, nas mesmas condições (...) fosse uma empresa totalmente distinta e separada e tratasse com absoluta independência, nas relações comerciais ou financeiras, com a sociedade matriz (...) ou com a empresa detentora, outras empresas associadas ou estabelecimentos estáveis (...)."²⁰ Porém, a referência aos lucros que teriam sido obtidos é feita idealizando um quadro de mercado onde as transações financeiras e comerciais são realizadas em condições de plena concorrência, com absoluta independência.

17 C. MCLURE, *The European Commission's Proposals for Corporate Tax Harmonization*, IN CESifo Forum 1/2005, CeSifo Fórum 2005, p. 32, tradução própria.

18 Idem, pág.32, tradução própria.

19 Modelo de Convenção Fiscal Sobre o Rendimento e o Património, Comité dos Assuntos Fiscais da OCDE, Versão Condensada, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, Centro de Estudos Fiscais e Aduaneiros, 22 de Julho de 2010, reedição Dezembro de 2013, pp. 37-38 e 39-40.

20 P. ROSADO PEREIRA, *Princípios de Direito Fiscal Internacional*...p. 157.

Ao ficcionar, para efeitos de tributação, cada entidade como independente procura-se influenciar não apenas o montante da matéria coletável sujeito a imposto, como igualmente a repartição que os Estados venham a fazer dele. Apela-se aqui ao preço convencionado que, no âmbito de um mercado concorrencial, teria sido o praticado em transações comparáveis, utilizando-se para o efeito, como critérios de comparabilidade, os fatores que determinam os preços num mercado de plena concorrência.²¹ Este é o denominado princípio da plena concorrência (*arms length principle*).²² Os referidos critérios asseguram a manutenção da base tributável e do montante de receitas públicas, levando a um conjunto de constrangimentos de natureza fiscal, económica e administrativa.²³ Estes custos administrativos e de conformidade materializam-se na frequente preparação e adoção de esquemas de cooperação e procedimentos de documentação pelos contribuintes, acompanhados de “algum do pessoal dos Serviços mais especializado e com mais experiência”.²⁴ Estas regras de ficção ao legitimar a correção unilateral pelos Estados dos lucros tributáveis, coloca em causa o investimento de empresas e investidores. Nem “os contribuintes nem as autoridades de aplicação têm tipicamente padrões claros para julgar os meios de conformidade”²⁵, dado que estão em causa grandes quantias monetárias. Neste quadro, continuará a privilegiar-se a aplicação dos métodos da isenção e do crédito como os dois instrumentos principais aos serviço dos Estados para prevenir eficazmente as situações de evasão fiscal e de dupla tributação internacional.²⁶ Acrescente-se ainda a inexistência de padrões comuns para aferir da conformidade e da potencial abertura do princípio da plena concorrência para repartir o rendimento gerado em jurisdições com baixos níveis de tributação através de acordos

21 Nomeadamente, as características dos bens ou serviços; as funções desempenhadas pelas partes na transação; os termos contratuais da transação; circunstancialismo económico e de mercado; estratégias da empresa, etc... - *Idem*, p. 165.

22 O princípio da plena concorrência foi desenvolvido como resposta à falta de uma rede de transportes e telecomunicações. Na falta de uma autêntica gestão descentralizada a sua aplicação permitiu solucionar várias questões.

23 S. B. NIELSEN, P. RAIMONDOS-MOLLER e G. SCHELDERUP, *Formula Apportionment and Transfer Pricing under Oligopolistic Competition*, *Journal of Public Economic Theory*, 2003, Vol. 5, pp. 427-428; também assim C. SPENGEL e C. WENDT, *A Common Consolidated Corporate Tax Base for Multinational Companies in the European Union: Some Issues and Options*, Oxford University Centre for Business Taxation, Mannheim, June 19th 2007, pp.15-16, disponível em https://www.sbs.ox.ac.uk/sites/default/files/Business_Taxation/Docs/Publications/Working_Papers/Series_07/WP0717.pdf - acedido a 03.04.2016.

24 R. YONAH e I. BENSALOM, *Formulary Apportionment: Myths and Prospects - Promoting Better International Policy and Utilizing the Misunderstood and Under-Theorized Formulary Alternative*, *World Tax Journal*, October 2011, p. 377.

25 R. YONAH e I. BENSALOM, *Formulary Apportionment...* p. 378.

26 MCOUDE, previsto nos artigos 23º e 24º - na isenção, o rendimento habitualmente tributado na fonte não é tributado no Estado da residência; no crédito, o rendimento que for tributado na fonte será deduzido naquilo que tiver sido pago no Estado da residência.

que regulamentem a localização dos ativos intangíveis, levando as autoridades fiscais a impôr regras apertadas e rigorosas de documentação e conformidade, dirigidas sobretudo aos preços praticados ao nível intra-grupo.²⁷ Em suma, no contexto do princípio de tributação como entidades independentes são criados três obstáculos principais: custos de conformidade adicionais, dupla tributação internacional, económica e jurídica e sobretributação fiscal dos lucros obtidos.²⁸

1.2.2 – O Método Unitário com Fórmula de Repartição

O princípio de tributação unitário ou global proposto pela União assenta numa fórmula de repartição e vem estabelecer uma oposição frontal ao princípio de tributação das entidades como unidades independentes. Ao considerar como relevante para o apuramento da matéria coletável, os lucros e perdas gerados por cada entidade que compõe o grupo, o sistema proposto pretende acolher, através de um processo de consolidação, a complexidade inerente à realidade económica de atuação daquelas entidades “onde cada empresa associada ou estabelecimento estável calcula o seu rendimento como se de uma entidade independente se tratasse. Dá lugar a um método unitário de tributação que combina e ajusta os resultados individuais obtidos, eliminando ganhos e perdas intra-grupo e quaisquer outras depreciações excessivas. Advoga-se aqui um conceito de unidade económica para o cálculo dos lucros globais, o que pressupõe na sua génese, a existência de critérios de proporcionalidade que orientem o mecanismo de repartição na tarefa de distribuição do rendimento tributável. Deste modo, exige-se uma correspondência para com o lucro global do grupo, dos lucros obtidos por cada entidade, desconsiderando a anterior necessidade de assegurar a conformidade com uma hipotética situação de preços de concorrência.²⁹

Vivemos hoje num panorama económico europeu e internacional distinto daquele que antecedeu a entrada em vigor do método internacional do SCS.³⁰ Apoiados em modernas redes de infra - estruturas e técnicas de gestão e de planeamento das várias

27 YONAH e BENSALOM, *Formulary Apportionment*:...p.379

28 Commission Staff Working Document, Impact Assessment, Accompanying Document to the Proposal for a Council Directive on Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB), Brussels, 16.3.2011, SEC (2011) 315 final, pp. 8-10, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011SC0315&qid=1504727504518&from=PT>, acedido a 30.02.2017.

29 P. ROSADO PEREIRA, *Princípios de Direito Fiscal Internacional*...p. 181-182.

30 R. YONAH e I. BENSALOM, *Formulary Apportionment*:...pp. 377-379

etapas do processo produtivo, os grupos multinacionais desenvolveram uma política interna de maximização do lucro pelas várias jurisdições onde operam, tirando partido da introdução do método de divisão de tarefas.³¹ Por norma existirá uma organização integrada e uma coordenação entre os vários organismos das empresas responsáveis pelo processo produtivo, dirigida por um órgão central que ficará também encarregue da respetiva fiscalização. Tal estrutura caracteriza o presente quadro de atuação de mercado dos grupos multinacionais de empresas, e é uma realidade presente no mercado interno. Apela-se aqui à divisão parcelar de tarefas, que, segundo MICHAEL PORTER, é determinante para a obtenção de "vantagem competitiva". Esta divisão de tarefas permite a criação de valor, levando à fixação de preços e condições segundo critérios de maximização dos resultados numa economia global e contribuindo para o aumento do número de transações entre as empresas de um grupo. Para este resultado salienta-se a relevância do conceito de cadeia de valores, que surge como um instrumento nuclear de gestão empresarial, que localiza, cria e potencia situações de vantagem competitiva mediante a análise das várias atividades geradoras de valor económico. “Toda empresa é uma reunião de atividades que são executadas para projetar, produzir, comercializar, entregar e sustentar o seu produto. Todas estas atividades podem ser representadas, fazendo-se uso de uma cadeia de valores (...). A cadeia de valores de uma empresa e o modo como ele executa atividades individuais são um reflexo da sua história, da sua estratégia, do seu método de implementação da estratégia, e da economia básica das suas atividades.”³² O impacto ocorre na gestão a nível central da atuação integrada destas várias entidades com o propósito de otimizar globalmente o funcionamento do grupo na tomada de decisões.

1.3 - O Conteúdo da Proposta : objetivos e vantagens principais

Assistiu-se em 2016 a uma reorientação da estratégia política de atuação da CE quanto à introdução do sistema MCCCIS, de modo a garantir um elevado nível de efetividade no cumprimento das regras apresentadas. O principal objetivo da UE é assegurar a “promoção de um crescimento sustentável e o investimento”³³ dentro do mercado interno. Apesar de ser direcionada para as grandes empresas, as consequências da

31 MICHAEL PORTER, *Competitive Advantage – Creating and Sustaining Superior Performance*, The Free Press, Collier Macmillan Publishers, New York, 1985. pp. 33-61.

32 *Idem*, p. 36, tradução livre.

33 Proposta de Diretiva.....COM (2016) 683 final, p. 2

sua implementação beneficiarão sobretudo as pequenas e médias empresas.³⁴

O sistema MCCCIS é um conjunto único de regras que permite calcular o rendimento tributável dos grupos multinacionais de empresas da UE mediante um processo de soma de lucros e perdas das atividades económicas desenvolvidas em várias jurisdições.³⁵ Com a implementação do sistema MCCCIS os grupos multinacionais deixarão de conformar a sua atuação com regimes fiscais distintos por referência ao nível de tributação existente, respeitando apenas a aplicação de um único conjunto de regras no apuramento do rendimento tributável, facilitando o comércio e o investimento no mercado interno. Consequentemente, as empresas (grupos) serão obrigadas a preencher uma única declaração fiscal (one stopshop) relativamente a todas as suas atividades económicas.³⁶ As autoridades administrativas nacionais despenderão igualmente menos recursos no apuramento do rendimento tributável atribuído aos contribuintes. Em termos globais, haverá uma redução dos custos administrativos e de conformidade para todos os intervenientes resultando em claros ganhos de eficiência e de poupança fiscal.

Por outro lado, as normas propostas fornecerão um sistema transparente e estável, reconhecendo através de um regime de compensação de perdas a realidade económica inerente às atividades transnacionais: cada membro ou empresa integrada passa a poder compensar as perdas obtidas num país com os lucros obtidos noutra jurisdição.³⁷ É reconhecido o carácter transfronteiriço das suas atividades. A consolidação deste ambiente permite às empresas do grupo melhorar o nível de competitividade do mercado interno, conferindo maior segurança e previsibilidade às decisões de investimento tomadas pelos agentes económicos. Promove-se, assim, junto das empresas o desenvolvimento sólido das atividades de negócio e a possibilidade de financiamento equilibrado, equitativo e estável, assente numa estrutura de mercado regulado por um conjunto comum de regras fiscais que tomam em consideração a unidade económica de um grupo.

³⁴ Veja-se a Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu e ao Comité Económico e Social Europeu – Luta contra os obstáculos causados pelo imposto sobre as sociedades que afetam as pequenas e médias empresas no mercado interno – descrição de um eventual regime-piloto de tributação de acordo com as regras do Estado de residência, Bruxelas, 23.12.2005, COM (2005) 702 final, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52005DC0702&rid=1>, acedido em 30.08.2017.

³⁵ C. FUEST, *The European's Commission's Proposal For a Common Consolidated Corporate Tax Base*, Oxford University Centre For Business Taxation, Oxford, 2008 (WP 08/23), p.4.

³⁶ Importante sobretudo para empresas de media dimensão ou que se encontrem no início da sua atividade.

³⁷ Art.º 7.º da Proposta de Diretiva...COM (2016) 683 final, p. 23 – cfr. também pp. 10 e 15.

Em termos comparativos, a proposta 2016 representa um desenvolvimento do primeiro passo já iniciado em 2011, contendo um conjunto de iniciativas que irão anteceder a segunda fase do projeto: apresentação das regras relativas ao regime de consolidação. Refira-se ainda que, na elaboração da proposta, a CE atendeu a uma estreita coordenação com os objetivos de combate às práticas de fraude e elisão fiscal formulados no projeto BEPS da OCDE.³⁸ Esta conformidade traduziu-se na previsão normativa de formas de atuação neste campo, cuja convergência de interesses, vai para além do espaço da UE.³⁹ Apesar de o campo da política fiscal geral assentar a sua intervenção em diferentes estratégias, UE e OCDE são orientadas por objetivos comuns cuja concretização se traduz em benefícios mútuos.

“O objetivo geral do Projeto BEPS é responder aos desafios apresentados, num mundo globalizado, pela interação de diferentes legislações nacionais em matéria fiscal, não coordenadas, procurando assim conciliar os direitos de tributação com as atividades económicas reais.”⁴⁰ Para o efeito, o Conselho Europeu apelou à " necessidade de uma estreita cooperação entre a UE, a OCDE e o G20 para o desenvolvimento de normas acordadas internacionalmente para a prevenção da erosão da base tributável e da transferência de lucros.”⁴¹

A par das práticas não concorrenciais de muitas empresas, o projeto BEPS pretende também moderar a concorrência fiscal desleal entre os Estados-Membros, bem como entre estes e os países terceiros, reconhecendo simultaneamente a importância da tributação para a competitividade. Por outro lado, procura-se que o acordo político alcançado pelo Conselho sobre a troca automática de informações relativas a acordos fiscais bem como ao papel pioneiro da UE neste domínio na aplicação das conclusões da OCDE sobre a BEPS, relativas à Ação 5 (práticas fiscais prejudiciais) contribuam para a consolidação da reforma. Para obter uma concretização rápida, global e eficaz das Conclusões BEPS, a aprovação da Proposta MCCCIS revela-se, assim, fundamental.

38 Organization for Economic Cooperation and Development, Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting, 2013 (BEPS) pp-13-14.

39 Cfr. Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho de 12 de Julho de 2016 que estabelece regras contra as práticas de elisão fiscal que tenham incidência direta no funcionamento do mercado interno, Jornal Oficial da União Europeia, 19.7.2016, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016L1164&from=PT>, acedido em 03.09.2017.

40 Presidência do Conselho, Erosão da Base Tributável e Transferência de Lucros (BEPS) – Projeto de Conclusões do Conselho., Doc. N.º 14947/15 FISC 173 ECOFIN 925, Bruxelas, 4 de Dezembro de 2015, p. 1, disponível em <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-14947-2015-INIT/pt/pdf>, acedido a 23.05.2017.

41 Idem, p.4.

1.4 - Harmonização Direta e as Dificuldades na Aprovação do Regime: a escolha da base jurídica

A implementação do sistema MCCCIS colide com um dos aspetos mais importantes de soberania dos Estados Membros: a competência (tributária) para criar e aplicar impostos. Não apenas porque constitui uma importante fonte de receitas para os EM mas também porque influencia de forma decisiva as futuras decisões de negócio dos vários grupos multinacionais.

Neste campo em particular, e no domínio da tributação direta em geral, o TFUE não deixa espaço para uma livre escolha do instrumento jurídico que melhor obtenha a uniformização pretendida. O art. 288.º do TFUE diz-nos que esse instrumento deve ser a Diretiva.

Neste âmbito, o TJUE, tem justificado a sua intervenção invocando a violação reiterada das liberdades fundamentais do mercado interno.

A tarefa de harmonização das regras de cálculo da repartição da base tributável promove a concorrência fiscal ao nível das taxas de imposto e reaviva as dificuldades decorrentes de novas realocações.⁴² Quando afirmamos ser imperativo uma aproximação dos sistemas de tributação entre os EM, debatemo-nos, invariavelmente, com a existência de núcleos "duros", matérias relativamente às quais a UE não dispõe ainda de plenos poderes para legislar, e onde os EM continuam a ter uma última palavra quanto à admissibilidade de uma alteração legislativa no âmbito da UE.⁴³ Em matéria de tributação direta das sociedades, a presente base jurídica de atuação da UE, contida no artigo 115.º do TFUE, difere substancialmente da prática política e fiscal habitualmente seguida quanto às matérias inseridas no domínio da tributação indireta, assistindo-se aqui a uma maior flexibilidade quanto ao procedimento de aprovação de regras comuns.

Como fatores considerados responsáveis por esta diferença de tratamento, salienta JOÃO RIBEIRO⁴⁴ nomeadamente, o fato de a "moeda ter deixado de poder ser usada como instrumento de condução da política financeira com a introdução da moeda

42 W. SCHÖN, Group Taxation and the CCCTB, IN Tax Notes International, Volume 48, Number 11, December 10, 2007, p. 39, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1577037, acedido a 03.09.2016.

43 Por norma domínio da sua competência exclusiva, regido pelas suas normas nacionais, como o caso das empresas estrangeiras controladas ("CFC").

44 JOÃO RIBEIRO, A Tributação das Sociedades de Acordo com uma Base Comum Consolidada na União Europeia, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier, Economia, Finanças Públicas e Direito Fiscal, Volume I, Fevereiro, 2013, p. 726.

única e monetária"; e o "facto de os Estados Membros terem uma grande relutância em abdicar do exercício da soberania fiscal, pela carga simbólica e histórica que lhe está associada".

Esta quebra na influência do poder económico dos EM conduziu a que eventuais alterações fossem objeto de apertadas restrições. Assim, quanto à iniciativa da CE no sentido da uniformização das regras respeitantes à tributação das sociedades, o artigo 115.º do TFUE permite que por meio da adoção de diretivas se obtenha apenas uma "aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados Membros"⁴⁵ com incidência direta no estabelecimento ou funcionamento do mercado interno. Por outro lado, o mesmo preceito acolhe a unanimidade como regra de votação no seio do Conselho, na adoção efetiva de regras comuns, o que diminui a celeridade do processo, por si só já limitado pelo menor âmbito de intervenção legislativa que o TFUE concede à Comissão.

A UE não dispõe ainda de prerrogativas absolutas para legislar em todos os domínios de competência normalmente atribuídos a um Estado. Os princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade⁴⁶ constituem pilares estruturantes da UE que regulam as relações entre os seus órgãos e instituições e os órgãos e instituições dos EM nos domínios de competência partilhada. Continua a prevalecer assim, neste âmbito, a regra de que a União atuará, exercendo a sua competência legislativa sempre que os objetivos fixados nos tratados não possam ser suficientemente alcançados ao nível dos EM. Deste modo, uma vez que a acção pretendida pela UE integra o âmbito de competências partilhadas entre os EM a mesma deve constituir a opção mais idónea para o efeito. Nesta medida, a aproximação dos regimes de tributação das sociedades da UE, deverá limitar-se aos mecanismos de atuação estritamente necessários nunca exercendo as suas competências para além dos objetivos fixados, no caso, a harmonização das regras de tributação dos grupos multinacionais europeus. Por isso, as medidas adotadas devem ser "adequadas e necessárias para atingir o fim desejado"⁴⁷.

45 Art. 115.º do TUE; ROSA PERNA e LUCA CERIONI, *The new CCCTB...* p. 6.

46 Arts. 4.º e 5.º do Tratado da União Europeia, publicado no Jornal Oficial da União Europeia C-202/13, de 7.6.2016, disponível em http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_2&format=PDF, acedido a 03.05.2017; cfr. também o Protocolo (N.º 2) Relativo à Aplicação dos Princípios da Subsidiariedade e Proporcionalidade, publicado no Jornal Oficial da UE C-115, de 09.05.2008, pp. 206-209, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2008:115:FULL&from=PT>, acedido em 03.07.2017.

47 Proposta (2016) 683, final, p.6.

As características da Diretiva e a resposta urgente exigida pelo mercado, permitem assim antever dificuldades quanto ao respeito na implementação uniforme do regime proposto⁴⁸, levando certamente alguns EM a preparar o caminho para a aplicação de um Acordo de Cooperação Reforçada.⁴⁹ A implementação da MCCCIS exige uma coordenação e atuação efetivas entre todos os EM, para que a manutenção do volume de receitas fiscais geradas seja assegurada. O preenchimento do requisito da unanimidade dificulta muitas das iniciativas tomadas em direção a uma completa harmonização direta dos vários regimes fiscais nacionais e à adoção de uma efetiva política de coordenação entre os Estados Membros.⁵⁰ A sua exigibilidade pelo TFUE para a aprovação de atos legislativos em matéria de tributação direta não deve constituir um obstáculo à adoção de uma atuação pró-ativa e efetiva capaz de ultrapassar os obstáculos que inviabilizam um consenso político. Neste sentido, a CE defendeu que na sua COMUNICAÇÃO de 726/2003 que o “voto por unanimidade deveria ser substituído por um processo votação assente na maioria qualificada.”⁵¹

Existem dois tipos de estratégias de que a CE se pode servir para intervir no mercado interno em matéria de tributação direta dos grupos de sociedades, adotando um quadro normativo vinculativo comum. “Uma primeira estratégia de atuação caracteriza-se pela adoção de medidas destinadas a atenuar entraves fiscais específicos ao mercado interno.”⁵² Uma segunda estratégia de combate aos obstáculos fiscais “caracteriza-se pela adoção de “medidas fiscais de alcance geral. Tais medidas, ”em vez de terem como objetivo a atenuação de um constrangimento fiscal específico ao mercado interno pretendem contribuir para o estabelecimento de um "ambiente fiscal" comunitário propício à atenuação dos vários obstáculos fiscais identificados.”⁵³

48 Para certos autores ocorrerão apenas efeitos macroeconómicos pequenos que não afetarão as decisões de investimento marginal – cfr. L. BETTENDORF, M. P. DEVEREUX, A. VAN DER HORST, S. LORETZ e R. A. MOOIJ, Corporate tax harmonization in the EU, IN Economic Policy, Great Britain, July 2010, p. 577.

49 O procedimento de Cooperação Reforçada é referido nos arts 326.º a 334.º do TFUE; J. BROCHNER, J. JENSEN, P. SVENSSON e P. SORENSEN, The Dilemmas of Tax Coordination in the Enlarged European Union, Cesifo Working Paper N.º 1859, November 2006, disponível em https://www.cesifo-group.de/ifoHome/publications/working-papers/CESifoWP/CESifoWPdetails?wp_id=14558086, acedido a 03.09.2017; cfr. W. SCHÖN, Group Taxation...p. 39.

50 C. SPENGLER e A. SCHÄFER, The impact of ICT on Profit Allocation within Multinational Groups: Arm's Length Pricing or Formula Apportionment?, IN ZEW (Centre for European Economic Research) Discussion Paper No. 03-53, 2003, p. 27, disponível em <http://ftp.zew.de/pub/zew-docs/dp/dp0353.pdf>, acedido em 03.09.2016; ROSA PERNA e LUCA CERIONI, The new CCTB...pp.6.

51 Comunicação da Comissão ao Conselho...COM(2003) 726 final, p. 5.

52 ROSADO PEREIRA, A Tributação das Sociedades...p. 226.

53 Idem, p. 226.

A CE substituiu a inicial e ambiciosa proposta de curto prazo traduzida na implementação de medidas concretas por uma visão geral, de longo prazo assente na aplicação de medidas gerais que, gradualmente, sejam suscetíveis de obter uma maior adesão por parte dos sujeitos intervenientes (empresas e EM). O sistema do formulário de repartição precisa de uma solução fiscal que garanta o equilíbrio de princípios fiscais basilares na ordem jurídica internacional, entre eles a equidade, justiça, com reflexo na competitividade do mercado interno.

Por último, apesar das respostas até agora maioritariamente negativas, toma relevo a questão de saber sobre se será benéfico harmonizar todo o regime, incluindo as taxas de impostos, ou apenas as bases tributáveis dos grupos nas jurisdições respetivas, com todas as consequências daqui decorrentes.

Em sentido positivo afirma SILVIA GIANNINI garantindo que não apenas diminuirá a concorrência entre as várias taxas como o estabelecimento de uma taxa mínima será vantajosa na obtenção do rendimento derivado do investimento estrangeiro.⁵⁴ Com a diminuição das taxas efetivas de imposto procura-se a redução dos obstáculos referentes à produtividade marginal do capital.

Em sentido negativo defende JACK MINTZ que o estabelecimento desta taxa mínima não irá resolver a maioria dos problemas resultantes das transações internacionais, limitando-se a resolver os obstáculos presentes no sistema fiscal de uma dada jurisdição europeia.⁵⁵

54 SILVIA GIANNINI, Home State Taxation vs. Common Base Taxation, CESifo Forum 1/2002, p. 29.

55 J. MINTZ, Corporate Tax Harmonization in Europe: It's All About Compliance, 2004, International Tax and Public Finance, Vol 11, p. 229.

CAPÍTULO II – A DELIMITAÇÃO DOS ÂMBITOS PESSOAL E TERRITORIAL DA PROPOSTA

2.1 - Âmbito Pessoal da MCCCIS

Falar do âmbito pessoal do sistema MCCCIS é procurar determinar que entidades se encontram sujeitas à aplicação do respetivo regime, i.e. qual o conjunto de entidades que formam o seu âmbito subjetivo de aplicação. As dificuldades hoje sentidas com a aplicação do SCS a um grupo economicamente integrado de empresas "são relevantes não apenas para entidades jurídicas distintas mas também para estabelecimentos estáveis".⁵⁶ Considera-se neste contexto, também, o importante papel das subsidiárias e EE, que além de contribuírem decisivamente para a criação dos lucros globais de um grupo, refletem também os principais obstáculos ao desenvolvimento e manutenção do mercado interno. No fundo, são eles que permitem expandir o dinamismo da atividade económica do grupo noutras jurisdições, conferindo maior elasticidade a novas oportunidades de negócio. No seu âmago, a proposta de Diretiva procurou acolher primariamente todas as entidades que preencham os critérios válidos presentes na legislação interna dos EM, incluindo-se aqui tanto "os estabelecimentos estáveis num EM e que pertencem às suas entidades residentes num país terceiro, bem como as filiais elegíveis residentes num Estado Membro para efeitos fiscais incluindo os estabelecimentos estáveis dessas sempre que tais estabelecimentos estáveis estejam situados num Estado Membro."⁵⁷ Como salienta FUEST, o "grupo de trabalho sugere que todas as empresas que estão sujeitas ao imposto sobre o rendimento do grupo do estado membro serão também elegíveis para tributação no contexto da MCCCIS. Isto incluirá empresas residentes na União Europeia bem como em países terceiros. Estas últimas serão elegíveis juntamente com os seus estabelecimentos estáveis".⁵⁸

Este propósito relativo aos critérios de admissibilidade encontra-se expresso no artigo 2º nº1 da MCCCIS que faz depender a aplicação do regime às sociedades elegíveis do preenchimento de dois requisitos cumulativos, a saber, que sociedade adote uma das formas elegíveis previstas no anexo I da proposta⁵⁹, nomeadamente o regime da

56 C. SPENGLER e C. WENDT, A Common Consolidated... p. 23

57 Artigo 2.º da Proposta de Diretiva...COM (2016) 683 final., pp. 19-20; entre sociedades residentes e não residentes a taxa de imposto não pode constituir um elemento discriminatório - Ac. do Tribunal de Justiça da União de 29 de Abril de 1999, Royal Bank of Scotland plc contra Elliniko Dimosio (Estado helénico), Processo C-311/97.

58 C. FUEST, The European's Commission's Proposal...p. 18; cfr. também ROSA PERNA e LUCA CERIONI, The new CCCTB..., p. 9.

59 Proposta de Diretiva...COM (2016) 683 final, pp. 19.

Sociedade Europeia ou Societas Europaea (SE),⁶⁰ ou da Sociedade Cooperativa Europeia (SCE)⁶¹, e que a mesma esteja sujeita a um dos impostos indicados no anexo II ou imposto semelhante.

A proposta de diretiva demonstra uma preocupação em acolher a interligação económica entre empresas europeias e as restantes unidades de um mesmo grupo, existindo uma tendência para incluir um maior número de empresas relacionadas que sejam determinantes para a criação do lucro. Em particular, no que respeita a unidades do grupo com residência em países terceiros, o n.º 2 do mesmo artigo 2.º abre-lhes a porta do regime de consolidação e repartição.⁶² Trata-se de uma matéria sensível, dado que a decisão das empresas sobre a adoção ou não do MCCCIS pode assentar na mera escolha da forma jurídica do investimento.

Procura-se evitar, deste modo, que distinções concetuais e práticas entre subsidiárias e estabelecimentos estáveis, normalmente operadas no âmbito do SCS, potenciem a criação de novos espaços para o planeamento fiscal estratégico, sobretudo quando consideradas as íntimas relações de dependência económica das atividades desenvolvidas entre as várias unidades de um grupo, ou entre estas e a empresa mãe. Recorde-se que “as regras da presente diretiva aplicam-se a qualquer sociedade constituída nos termos da legislação de um Estado Membro, incluindo os seus estabelecimentos estáveis noutros Estados Membros”.⁶³ O art.º 49 do TFUE salvaguarda o respeito pelo princípio da neutralidade e pela liberdade de estabelecimento. O normativo considerado, quando aplicado ao espaço da UE, sugere uma solução bem diferente da estratégia de harmonização prevista para as regras de distribuição de lucros da OCDE.⁶⁴ já que procura evitar o incentivo de comportamentos evasivos, defendendo a proibição de discriminação com base no critério da residência dentro de um EM, não

60 Regulamento (CE) n.º 2157/2001 do Conselho de 8 de Outubro de 2001 relativo ao Estatuto da Sociedade Cooperativa Europeia, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001R2157&rid=1>, acedido em 30.08.2017.

61 Regulamento (CE) n.º 1435/2003 do Conselho, de 22 de Julho de 2003, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003R1435&rid=1>, acedido em 30.08.2017.

62 Desde que cumpridos os requisitos das alíneas b) a d) do n.º 1) do artigo 2.º da Proposta de Diretiva... COM (2016) 683 final., pp. 19-20; cfr. também CCCTB: possible elements of a technical outline, Brussels, 26 July 2007, CCCTB/WP057\doc\en, pp. 5-7, disponível em https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/docs/body/ccctbwp057_en.pdf, acedido a 25.11.2016.

63 Proposta de Diretiva relativa a uma matéria colectável comum consolidada do imposto sobre as sociedades, COM (2011)121 final, p. 6; cfr. Também assim a atual Proposta de Diretiva...COM (2016) 683, p.19.

64 Cfr. artigos 7.º n.º 2 e 9.º n.º 2 do MC OCDE exigem a fixação de um estabelecimento estável que exerça atividade económica num dos Estados contratantes.

limitando o direito de estabelecimento à mera existência de uma actividade económica relacionada, em curso numa dada jurisdição.

2.1.1 - Sistema Obrigatório ou Opcional ? : As "multinacionais de grande dimensão".

Dentro da reformulação apresentada em 2016, a CE readaptou, ao nível da vinculação de subsidiárias e EE, a sua estratégia geral para obter dentro da UE maior uniformidade na implementação do sistema MCCCIS. Contrariamente ao projeto de 2011, estipula-se agora a obrigatoriedade (vinculação) de aplicação das regras MCCCIS aos grupos multinacionais de maior dimensão⁶⁵, prevenindo-se a adoção de comportamentos futuros não coordenados e indesejáveis.⁶⁶ A substituição de uma adesão voluntária por uma adesão obrigatória reduz os riscos da coexistência, em simultâneo, e por tempo indeterminado, de dois sistemas fiscais – a MCCCIS e os regimes fiscais nacionais –, evitando a criação de situações de desvio de lucros e de dupla tributação.⁶⁷ Adicionalmente, contribui para assegurar a estabilidade das receitas fiscais totais,⁶⁸ embora não deixe imune a habitual distribuição das receitas fiscais entre os EM. Esta solução favorece a coordenação entre EM e garante uma maior previsibilidade dos comportamentos dos operadores económicos na aplicação das suas estratégias de mercado. Por outro lado, assegura-se os benefícios já fixados: maior simplicidade e de redução dos custos administrativos (de conformidade).

Razões de grandeza (proporcionalidade) justificam, assim, a previsão desta norma para o rendimento criado, aplicável a subsidiárias e EE, dada a maior probabilidade de entidades com maior volume de negócios poderem estar desenvolver as suas atividades em

65 Proposta de Diretiva...COM (2016) 683 final..., al. 5, p.14. - Esta face da proposta surgiu inicialmente como um sistema optativo, tendo passado a obrigatório para empresas cuja dimensão foi fixada para grupos de empresas com um volume de negócios consolidado superior a 750 milhões de euros; o objetivo é captar a grande maioria (cerca de 64 %) do volume de negócios gerado pelos grupos, ao mesmo tempo que se reduz o risco de incluir grupos exclusivamente nacionais, p. 9.; cfr. ROSA PERNA e LUCA CERIONI, *The new CCCTB...*p. 7.

66 A proposta distingue entre a MCCIS e a MCCCIS - Proposta de Diretiva...COM (2016) 683 pp. 2-6; cfr. J. M. MINTZ, *European Company Tax Reform: Prospects for the Future*, IN CESifo Forum Company Taxation and Internal Market, 1/2002, pp. 7-9, disponível em <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/166107/1/cesifo-forum-v03-y2002-i1-p03-09.pdf>, acedido a 03.09.2017.

67 Proposta de Diretiva...COM (2016) 683 final, pp. 5-6: a consequência principal na aplicação de um sistema voluntário é o aumento da pressão fiscal sobre os Estados para baixarem as suas taxas de imposto ; cfr. ROSA PERNA e LUCA CERIONI, *The new CCCTB...*, pp.8 e Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu e ao Comité Económico e Social, Execução do Programa de Lisboa: Progressos Realizados e Ação Futura para uma matéria coletável comum consolidada do imposto sobre as sociedades (MCCCIS), Bruxelas, 5.4.2006, COM (2006) 157 final, p. 9, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52006DC0157&rid=1>, acedido em 30.08.2017.

68 Proposta de Diretiva...COM (2016) 683 final, p.6.

mais do que um EM.⁶⁹ Para empresas de menor (pequena e média) dimensão continuará a adotar-se um esquema opcional, em que a aplicação das regras MCCCIS ficam “disponíveis, como opção, para os grupos que ficam aquém do limiar indicado.”⁷⁰ Como tal, deve “ser fixado um limiar ligado à dimensão com base na receita total consolidada de um grupo que apresente demonstrações financeiras consolidadas”.⁷¹

2.1.2 - Definição Comum de Unidade Tributável

Como primeiro passo para a construção do novo regime da MCCCIS é essencial obter uma “definição comum de grupo consolidado”, aplicando as novas regras a todos os membros participantes.⁷²

Para ENGRÁCIA ANTUNES⁷³ o termo de grupo de sociedades vem sendo utilizado num sentido estrito ou próprio: "como o conjunto mais ou menos vasto de sociedades comerciais que conservando embora as respetivas personalidades jurídicas próprias e distintas, se encontram subordinadas a uma direcção económica unitária e comum. A especificidade do fenómeno é, pois, dupla. De um ponto de vista económico, o grupo constitui uma nova e revolucionária forma de organização da actividade económica da empresa moderna: ao contrário da empresa tradicional, que se caracteriza por revestir uma estrutura unissocietária, a empresa de grupo constitui uma unidade económica plurissocietária .. De um ponto de vista jurídico, a especificidade do grupo societário reside nessa tensão ou oposição latente entre a situação de direito (pluralidade jurídica de entes societários autónomos) e a situação de facto (unidade de acção económica e centralização de poder de direcção(...).”

69 Neste ponto será lógico que, para empresas que exerçam atividades num único EM, não seja "necessário que essas empresas mudem a sua base de tributação" - Comunicação da Comissão... COM (2006) 157 final, p. 9.

70 Proposta de Diretiva...COM (2016) 683 final, p. 9 - Com a reformulação operada, a conformidade com a Comunicação da Comissão Europeia ao Parlamento Europeu e ao Conselho, Um Sistema de Tributação dos Grupos Eficiente e Justo na União Europeia: 5 Áreas Chave para Acção, Bruxelas, de 17.06.2015, COM (2015) 302, disponível em <https://dub116.mail.live.com/default.aspx>, acedido em 30.08.2017 - que traça o caminho no sentido de introduzir a obrigatoriedade de aplicação por forma a diminuir os riscos de distorção fiscal,

71 Proposta de Diretiva...COM (2016) 683 final, p. 9 ; por outro lado, MCLURE realça a percentagem do poder de controlo para o reforço de uma participação obrigatória, C. MCLURE, Harmonizing Corporate Income..., p. 165.

72 C. MCLURE, The European Commission's Proposals..., p. 35

73 J. A. ENGRÁCIA ANTUNES, Os Grupos de Sociedades – Estrutura e Organização Jurídica da Empresa Plurissocietária", 2.º a Edição, Almedina, Coimbra, Maio de 2002, pp. 52 e ss.

Em complemento, AGÚNDEZ-GARCÍA define grupo multinacional, como "um grupo de empresas dependentes cujos membros são residentes fiscais e operam em pelo menos dois Estados Membros diferentes da União Europeia".⁷⁴

A proposta MCCCIS é uma reforma fiscal de longo prazo que pretende obter uma efetiva melhoria do funcionamento do mercado interno. Neste sentido, fixa, numa etapa inicial critérios de admissibilidade para entidades que se encontrem integradas num grupo possibilitando uma ligação coerente entre o conceito grupo consolidado e o de unidade tributável, com a determinação prévia da base fiscal tributável relevante, e com ela o tipo de rendimento. Trata-se de um “direito da contabilidade uniforme cujos ganhos e despesas são determinados de acordo com regras comuns para todo o grupo.”⁷⁵ Todavia, exige a compreensão do tipo de relações que as unem como um todo, o que as qualifica como empresas associadas ou dependentes para que sejam consideradas no âmbito do regime MCCCIS.⁷⁶ Por isso, o rendimento gerado, mesmo aquele que tem a sua origem fora do espaço da UE, deve ser enquadrado, determinando se deve ou não ser reconduzido ao regime da MCCCIS devido à especial relação de controlo ou de domínio existente entre uma empresa mãe ou uma subsidiária residentes.⁷⁷

Este quadro leva a considerar que a importância das inter-relações económicas entre empresas deve constituir e fundamentar a base para uma definição de grupo consolidado.

2.1.2.1 - Abordagem Jurídica

Segundo uma perspetiva jurídica, a propriedade jurídica pode ser definida como a "capacidade de controlar e governar atividades de negócio associados de modo a obter benefícios económicos".⁷⁸ A propriedade jurídica é habitualmente entendida por referência a um conjunto de direitos de voto.⁷⁹ Esta abordagem permite obter um entendimento razoável e consistente do conceito de grupo e, simultaneamente, a coerência dos critérios

74 A. AGÚNDEZ-GARCÍA, *The Delineation...*, p.11.

75 W. SCHÖN, *Group Taxation...*, p. 27.

76 Como realça AGÚNDEZ-GARCÍA, “This question leads us to discuss in detail the appropriate definition of the group: the entity to be considered as a single unit for tax purposes under this system,” AGÚNDEZ-GARCÍA, *The Delineation...*, p.11.

77 Por exemplo, dentro do mercado interno, o caso de um estabelecimento estável que exerce fundamentalmente a sua atividade num país terceiro.

78 C. SPENGLER e C. WENDT, *A Common Consolidated...*, p.19.

79 CCCTB WG, CCCTB: possible elements of a technical outline, Brussels, 26 July 2007, CCCTB/WP057\doc\en, pp.19-20.

de elegibilidade para efeitos do regime MCCCIS. Baseia-se no denominado "teste de propriedade" para estabelecer um limiar mínimo de controlo, a partir do qual as empresas consideram-se admitidas a integrar o novo regime de grupo consolidado previsto na MCCCIS. Deste modo, aceitando este critério, quem for titular de um maior número de ações conseguirá exercer maior influência ou controlo sobre a sociedade dependente. Sempre que a "empresa-mãe detenha, direta ou indiretamente, através das subsidiárias mais de metade dos direitos de voto"⁸⁰ presume-se existir um poder de controlo. Em regra, é através do poder de voto que se obtém o controlo necessário. Todavia, a necessária relação de controlo pode igualmente resultar da titularidade do direito sobre a maioria do capital social ou sobre a futura obtenção de lucros. Dentro do referido acordo incluir-se-ão variados acordos reguladores de diferentes relações de dependência entre unidades tributáveis.⁸¹ Independentemente da concreta manifestação de controlo, a consideração de uma perspetiva jurídica apta a determinar a concreta base tributável deve apoiar-se sempre numa elevada percentagem de participação. Esta elevada participação corresponderá, na grande maioria, à ligação de interdependência económica de certas entidades relativamente a grandes acionistas. Para SPENGLER e WENDT, "uma elevada percentagem de propriedade poderá indicar melhor se um grupo de empresas forma uma entidade económica a que a MCCCIS deva ser aplicada".⁸²

Para SCHÖN, a opção por uma percentagem elevada reduz "a necessidade de se preverem regras especiais para acionistas minoritários"⁸³ sempre que estiver em causa um elevado limiar de propriedade. Por outro lado, e em contrapartida, quantificar a titularidade dos direitos de voto em 100% pode vir a criar situações muito restritivas para certas empresas, inclusive a exclusão da unidade tributável por um simples acionista minoritário.⁸⁴ Mesmo que inferior ao limiar de 100%, abre-se a porta para que acionistas externos, coproprietários da empresa dependente, tenham legitimidade para reivindicarem os seus direitos.⁸⁵ Deste modo, sempre que a unidade tributável seja delimitada (pela existência) por um elevado limiar de percentagem de propriedade criam-se condições para a potencial ocorrência de situações de planeamento fiscal. A empresa mãe, mantendo o

80 C. SPENGLER e C. WENDT, *A Common Consolidated...*p. 20

81 Será por isso razoável negar a consolidação a empresas, para efeitos de tributação, quando a empresa mãe detém apenas metade ou menos dos poderes de voto da subsidiária.

82 C. SPENGLER e C. WENDT, *A Common Consolidated...*, p.20

83 W. SCHÖN, *Group Taxation...*p. 20.

84 *Idem...*, p. 24

85 *Idem*, p. 24

poder de controlo que já detém sobre certas entidades do grupo, irá coordenar e ajustar os seus interesses de controlo noutras empresas, adaptando a sua estratégia consoante se aplique o método da contabilidade separada ou o sistema unitário de tributação com fórmula de repartição. Neste campo, as próprias subsidiárias que não detenham os requisitos necessários para integrar MCCCIS e estejam sujeitas a um poder de controlo maioritário e/ou qualificado evidentes, podem ser usadas como instrumento para a transferência de lucros.⁸⁶

Para reduzir efetivamente o espaço para o planeamento fiscal estratégico e abusivo poderá ponderar advogar-se à fixação de um limiar de participação / ou de titularidade suficientemente baixo, para que, de futuro, uma eventual redução possa ser associada a uma "perda substancial de controlo".⁸⁷ AGÚNDEZ-GARCÍA defende aqui a uma definição de unidade tributável sujeita à MCCCIS, com um limiar de participação de 50%, 75% ou 100%.⁸⁸ A definição de unidade tributável baseada somente em participações jurídicas tem a vantagem da simplicidade administrativa, para os contribuintes e para as administrações fiscais. Para SPENGL e WENDT" obtém-se uma "solução clara"⁸⁹ e objetiva, que confere maior "certeza sobre as entidades a serem incluídas."

2.3.2- Abordagem Económica

Contrariamente à perspetiva anterior, a abordagem "negócio unitário" privilegia a força das relações económicas concretas estabelecidas entre as várias entidades relacionadas de um grupo de empresas defendendo que a existência de um controlo jurídico maioritário, habitualmente refletido na titularidade da participação da maioria dos direitos de voto, não pode ser reconduzido a um controlo económico comum. Ou seja, controlo jurídico não é sinónimo de controlo económico.⁹⁰ Uma empresa sujeita ao sistema MCCCIS, pode ser juridicamente controlada pela empresa-mãe, mas independente economicamente.⁹¹ Nesta medida, o entendimento pode ser mais amplo, compreendendo

86 C. SPENGL e C. WENDT, *A Common Consolidated*, p. 20; AGÚNDEZ-GARCÍA, *The Delineation...*pp. 12-13

87 *Idem...*p. 20

88 AGÚNDEZ - GARCÍA, *The Delineation...*, pp. 11-13;

89 C. SPENGL e C. WENDT, *A Common Consolidated*, pp.20-21.

90 *Idem*, p.,21;

91 *Idem*, p. 21; cfr. também W. HELLERSTEIN e C. MCLURE, *The European Commission's Report on Company Income Taxation: What the EU can Learn from the Experience of the US States*, IN *International Tax and Public Finance*, 2004, Vol. 11, pp. 203-204

entidades controladas em comum, mas também unidades economicamente integradas em determinados negócios. A relação real estabelecida entre as várias entidades do grupo deverá ter alguma expressão na definição a adotar.⁹² Por isso, só faz sentido uma abordagem económica unitária se existir "interdependência económica entre as diferentes unidades do grupo".⁹³ Caso contrário, numa situação onde "não exista excesso de lucros devido às economias de integração, por um lado, e os lucros individuais provavelmente possam ser determinados separadamente, por outro lado"⁹⁴, acaba por ser preferível a aplicação concreta do SCS.

A utilização de critérios económicos pode ser importante igualmente para prevenir estratégias de planeamento fiscal, impedindo, em particular, a realização de investimentos com o único propósito de reduzir a carga fiscal do grupo através da aquisição de fatores de repartição numa jurisdição fiscal com nível de tributação mais baixo. Neste ponto, a perspetiva económica pode ser vista como a opção mais adequada e coerente com a dinâmica de atividade de um grupo atendendo aos objetivos de consolidação e repartição fixados pelo sistema MCCCIS. Porém, pressupõe sempre o resultado da existência de lucros mais elevados ao nível do grupo e a criação de redes de valor adicional, resultantes da criação de economias de escala. A realidade económica do mercado interno é cada vez mais uma realidade plurilocalizada, onde cada empresa encontra-se inevitavelmente ligada a mais do que um EM. Estas economias traduzem a íntima interconexão económica das atividades desenvolvidas pelas várias unidades do grupo.⁹⁵ Falamos aqui de aspetos nucleares, como a eficiência na gestão de recursos, o fluxo de informação melhorada ou custos de compra mais baixos. Num espaço fortemente integrado do ponto de vista económico como o da UE, estes resultados teriam de ser constantes, distinguindo-se claramente dos obtidos pelo SCS, habitualmente refletidos em menores lucros. Por outro lado, a escolha de uma abordagem puramente económica revela maior subjetividade e incerteza jurídica, dificultando a obtenção de um acordo na aplicação uniforme de critérios económicos em toda a UE.⁹⁶

92 SPENGLER e WENDT, *A Common Consolidated...*, pp 21

93 AGÜNDEZ GARCIA, *The Delineation...*p.14, tradução própria.

94 *Idem*, p.14, tradução própria.

95 *Idem*, p. 13.

96 *Idem*, p. 14.

2.3.3 - A Abordagem Escolhida

A definição de unidade tributável influencia a delimitação e consolidação de um grupo e da base tributável. Embora simples e clara, a definição jurídica de grupo tem a desvantagem de propiciar espaços para planeamentos fiscais estratégicos e abusivos evidentes. Por sua vez, a definição económica embora manifeste maior consistência com a realidade unitária subjacente às relações entre os membros do grupo, acaba por criar, pela sua subjetividade, complexidades práticas excessivas, visíveis na dificuldade em obter uma definição clara de controlo e um acordo quanto aos critérios para medir o grau de integração económica. Assim, somos da opinião de que será importante obter uma posição de equilíbrio que aproveite as vantagens das duas abordagens. Consolidar o rendimento de um grupo, implica necessariamente ser sensível à realidade económica envolvente. Contudo, esta deverá ser disciplinada através da utilização de testes de controlo, cujas regras tenham por finalidade identificar a existência de interdependências económicas ou "fluxos de valor" entre empresas relacionadas. O nível de integração económica e financeira do mercado único assim o exige.⁹⁷ A necessidade de uma posição intermédia, ganha ainda mais relevância pelo facto de a MCCCIS pretender harmonizar a matéria colectável mas não as taxas de imposto. Parece-nos ser esta a posição que, nesta fase inicial, melhor se adequa aos interesses do mercado único, não apenas por assegurar o desejado nível de concorrência entre as taxas de imposto dos EM, mas também por permitir uma progressiva adaptação dos interesses subjacentes à aprovação das leis orçamentais dos EM, o que não aconteceria caso se efectuasse uma harmonização direta e imediata daquelas taxas. A consolidação das diferenças existentes nas taxas de imposto uma correta avaliação do nível de integração económica existente, enquanto reflexo das decisões das empresas.⁹⁸

97 T. BÜETTNER, N. RIEDEL e M. RUNKEL, Strategic Consolidation under Formula Apportionment, Cesifo Working Paper N.º 2484, Category 1: Public Finance, December, 2008, pp. 5, disponível em https://www.cesifo-group.de/ifoHome/publications/working_papers/CESifoWP/CESifoWPdetails?wp_id=14556700, acedido a 20.01.2017.

98 T. BÜETTNER, N. RIEDEL e M. RUNKEL, Strategic Consolidation...pp. 17-19.

2.2 - Âmbito Territorial da MCCCIS

2.2.1 – Enquadramento e Análise

A correta compreensão do regime MCCCIS exige também a clarificação da questão sobre a delimitação do espaço físico a que serão aplicadas as normas relativas ao processo de consolidação e repartição. Em regra, as leis tributárias aplicam-se, como bem refere ALBERTO XAVIER, aos factos ocorridos no território da ordem jurídica a que pertencem, independentemente de outras características", que possam vir a concorrer na situação em causa, "como a nacionalidade, o domicílio ou a residência do sujeito passivo".⁹⁹ Contudo, os critérios que definem o cálculo e alocação da base consolidada do imposto podem ir mais além do que a simples fonte geográfica onde o rendimento é criado.¹⁰⁰ Esta tarefa invoca o importante tema de como "acolher e interpretar o denominado princípio water's edge ao nível da UE, isto é, o âmbito territorial a partir do qual será obtido e repartido o rendimento fiscalmente relevante do grupo. A definição precisa do princípio waters edge exige um claro entendimento de todas as suas implicações".¹⁰¹

O respeito pela estrutura de funcionamento do princípio water's edge diz-nos que todas as operações (atividades) desenvolvidas e rendimentos obtidos num determinado território devem ser contabilizados, para efeitos do apuramento da MCCC, dentro da própria jurisdição. Assim, sempre que estiver causa rendimento gerado dentro do território de um EM por uma empresa residente na UE, o mesmo será sujeito a aplicação do regime MCCCIS.¹⁰² Nestes casos, existe uma íntima conexão com o território da UE, dado que a localização do rendimento criado ou da entidade que o gera é "imediato, direto". Tal implica uma forte ligação com a jurisdição competente em causa, tanto numa ótica macro, mas também numa perspetiva micro, levando o mecanismo de repartição a "dividir o rendimento do grupo apenas através de um subgrupo dos Estados Membros."¹⁰³ Deste modo, sobre todo o rendimento gerado dentro das fronteiras territoriais da UE por uma empresa de um grupo multinacional europeu, recairá um direito de tributação de outros EM.

99 ALBERTO XAVIER, *Direito Tributário Internacional*, 2.ª edição, Coimbra, Almedina, 2014, p. 23.

100 C. SPENGLER e C. WENDT, *A Common Consolidated...*p.26, tradução própria.

101 A. AGÚNDEZ-GARCÍA, *The Delineation...*p. 20, tradução própria

102 Proposta de Diretiva do Conselho..., COM 2011 (121) final, p. 5.

103 AGÚNDEZ-GARCÍA, *The Delineation...*, p. 22, tradução própria – podemos dizer que a fórmula de repartição adotada introduz fatores que fortalecem aquele nexos de ligação favorecendo a correta distribuição geográfica do rendimento através dos EM, p. 22.

Nos EUA a exigência de uma presença física para determinar a aplicação de impostos sobre o rendimento foi jurisprudencialmente afirmado no caso *Lanco, Inc. v. Director, Division of Taxation*,¹⁰⁴ defendendo-se que o tribunal não terá querido criar a exigência de uma “presença física universal comonexo de tributação válido.” Este assunto recupera a importante questão da relevância da origem do rendimento para a criação de um resultado de repartição justo e da distinção entre rendimento repartível e não repartível com reflexo na distinção tradicional entre rendimento empresarial e rendimento não empresarial, importante no contexto do sistema de tributação dos grupos nos EUA e no Canadá.

HELLERSTEIN e MCLURE¹⁰⁵ defendem que a "UE seria melhor aconselhada a não seguir a prática subnacional dos EUA e a tratar o rendimento com fonte na UE dos grupos como uma base tributável única". Não apenas por que a distinção entre rendimento empresarial e não empresarial (questão da alocação) "é notoriamente difícil de implementar", e porque "o lugar do domicílio comercial ou outro próximo da residência do grupo não tem um apelo suficiente para constituir a fonte exclusiva e atual do rendimento não empresarial", mas também por que a "atribuição de rendimento não empresarial à residência do grupo criará incentivos para os EM concorrerem pelo direito a tributar tal rendimento".

A categoria rendimento empresarial “inclui todo o rendimento que surja de atividades empresariais regulares.”¹⁰⁶ Estas atividades regulares incluem, regra geral, todo rendimento obtido a partir atividades desenvolvidas no curso habitual das transações efetuadas entre contribuintes. Será o caso “do rendimento de ativos tangíveis e intangíveis, se a aquisição, gestão e disposição do ativo”¹⁰⁷ constituir parte integrante daquela mesma atividade regular. Não sendo diretamente identificável, o rendimento empresarial, para ser adequadamente distribuído, deve ser sujeito à aplicação do processo consolidação e repartição. Por sua vez, o rendimento não empresarial abrangerá elementos dotados de grande mobilidade, imediatamente identificáveis e por norma objeto de transações correntes à escala internacional. É composto por dividendos, ganhos de capital, royalties, receitas de juros e rendas. Insere-se categoria de rendimento não repartível, podendo

104 Decisão do Tribunal de Nova Jersey - *Lanco, Inc. v. Director, Division of Taxation*, 21 NJ Tax 200 (2003),

105 W. HELLERSTEIN e C. MCLURE, *The European Commission's Report...*pp.202-203, tradução própria; cfr também DALE PINTO, *Exclusive Source or Residence-Based Taxation – Is a New and Simpler World Tax Order Possible ?*, *Bulleim for International Taxation*, July, 2007.

106 AGÚNDEZ-GARCÍA, *The Delineation...*, p.17, tradução própria

107 J. WEINER, *The European Commission's Report...*, p. 34

ser naturalmente atribuído a uma jurisdição em particular, "como o domicílio comercial do contribuinte ou a jurisdição onde a atividade produtora do rendimento está localizada"¹⁰⁸.

Para HELLERSTEIN e MCLURE, “a atribuição de rendimento não-comercial ao lugar da residência do grupo criará incentivos para os Estados Membros competirem pelo direito a tributar tal rendimento; o resultado pode ser uma corrida para o fundo nas taxas de imposto sobre o rendimento não-comercial e assim para as oportunidades de planeamento fiscal.”¹⁰⁹

SPENGL e SCHÄFER definem fonte de lucros como a "concreta localização onde os lucros são gerados".¹¹⁰ Este aspeto nuclear ganha relevância na análise de certos tipos de rendimento que, atendendo à especificidade dos seus elementos, poderão ser mais facilmente determinados através de mecanismos de localização particular, evitando-se o recurso à aplicação de todo o processo de consolidação e repartição.¹¹¹ Deste modo, sempre que a fonte geográfica de alguns elementos do rendimento forem imediatamente identificáveis, a aplicação do mecanismo de repartição proposto deve ser desconsiderada. São os denominados rendimentos determinados ou imediatamente repartíveis.

No contexto de um sistema de tributação global dos grupos, o peso do rendimento não repartível para a MCCCIS poderá ser consideravelmente menor que peso do rendimento repartível, favorecendo, em termos quantitativos, a eliminação de futuros obstáculos e eventuais dificuldades, reduzindo substancialmente o problema da junção de todas as categorias de rendimento no apuramento da matéria coletável.

Quanto à tributação do rendimento estrangeiro o mesmo terá que ser devidamente equacionado em dois contextos distintos, consoante se privilegie a sua atribuição, à empresa que o recebe (residência), ou, pelo contrário, a todo o grupo.¹¹² A primeira situação conduz a uma interpretação estrita do princípio da residência, obrigando os grupos a respeitarem dois sistemas de tributação na sua atuação, a MCCCIS para o rendimento europeu, e o SCS para o tratamento do rendimento estrangeiro.

108 AGÚNDEZ-GARCÍA, *The Delineation...* p.18, tradução própria; cfr. também aqui quanto à distribuição de dividendos o Ac. do Tribunal de Justiça de 12 de Dezembro de 2002, *Lankhorst-Hohorst GmbH contra Finanzamt Steinfurt*, Processo C-324/00, e no plano nacional, Ac do Supremo Tribunal Administrativo, 2.ª Secção: proc. n.º 0275/08, de 04.06.2008, Relator: Juiz Conselheiro António Calhau.

109 W. HELLERSTEIN e C. MCLURE, *The European Commission's Report...*, p. 203, tradução própria.

110 C. SPENGL e A. SCHÄFER, *The Impact of ICT...* p. 270, tradução própria.

111 AGÚNDEZ-GARCÍA, *The Delineation...*, p. 17.s

112 *Idem*, p. 23 - como medida base para incluir a mccc de todo o rendimento europeu de fonte externa.

A consequência será a redução da efetividade do mecanismo automático de compensação de perdas¹¹³ com impacto desfavorável no sucesso de uma das vantagens centrais desta reforma, a redução dos custos administrativos e de conformidade. Por outro lado, manter-se-ão as oportunidades de planeamento fiscal através da deslocação de lucros.

Garantir a adequação e viabilidade do método proposto às condições de desenvolvimento do mercado interno e ao estágio atual do processo de integração europeia, exige uma avaliação sobre a concreta capacidade e existência de um nexo de tributação suficientemente relevante, apto a tornar aplicável o regime MCCCIS. Parece, portanto, sensato, considerar aqui a regra da atribuição do rendimento tributável a todo o grupo.

No segundo caso assinalado, contudo, ocorrerá um alargamento do âmbito subjetivo dos EM com direito a tributar uma parcela do rendimento global.¹¹⁴ Inclui-se aqui, tanto o EM da residência da empresa que gera o lucro, como igualmente os EM relativamente aos quais seja possível comprovar, por meio dos fatores da fórmula, a existência de um nexo de tributação relevante com aquele rendimento.¹¹⁵ Aceitar incluir o rendimento estrangeiros no cálculo da MCCC implicará uma coordenação com as diferentes soluções contidas nos tratados bilaterais relativos à aplicação dos métodos para evitar a dupla tributação, podendo, inclusive, exigir a criação de normas especiais para evitar futuros casos de dupla tributação jurídica e económica.¹¹⁶ Em sentido amplo, estará em causa a existência ou não de um direito à parcela do rendimento estrangeiro obtido por uma entidade do grupo em jurisdições onde não opera nem exerce a sua atividade, mas onde os restantes membros do grupo detêm fortes nexos de tributação, com reflexo nos fatores de repartição existentes (ex: vendas pelo destino). Assim, parece-nos correto a necessidade de comprovar aqui a existência de um elemento mínimo de ligação para afirmar, como suficiente, que uma determinada unidade com residência num único Estado, e ainda que exerça atividades em Estado terceiro, pode ser tributada nas restantes

113 Pela necessidade de distinguir entre despesas associadas e não associadas; cfr. AGUNDEZ-GARCIA, *The Delineation...*p. 26

114 C. MCLURE e HELLERSTEIN, *The European Commission's Report...*, pp.206 - 207.

115 Podendo esta ligação relevante advir do facto de esses EM acolherem a residência de outros membros do mesmo grupo.

116 AGÚNDEZ-GARCÍA, *The Delineation...*pp. 24-25 : a título de exemplo refere a autora que “se o método do crédito foi feito para aliviar certas previsões da dupla tributação jurídica de certos itens do rendimento estrangeiro, então o rendimento líquido não europeu aumentou pelos impostos estrangeiros subjacentes ou impostos com retenção na fonte ao calcular a BIC do grupo (...). Mas aqueles Estados que aplicam o método da isenção nos seus sistemas nacionais não permitirão créditos para os impostos estrangeiros subjacentes sobre aquele rendimento ao calcular a responsabilidade fiscal atual.”- tradução própria. De entre os rendimentos estrangeiros relevantes destacam-se os royalties e os lucros derivados de investimento externo; cfr. também W. SCHÖN, *Group Taxation...*pp. 30-33.

jurisdições.¹¹⁷ Confirmada a conexão, a consequência será a atribuição de direitos de tributação sobre as parcelas dos rendimentos nacionais e estrangeiros auferidos. Por outro lado, equacionar a potencial aplicação de um método para evitar a dupla tributação pode ter consequências imprevisíveis, devendo ser objeto de soluções normativas fiscais individuais de resolução dos diferendos, de acordo com as práticas habitualmente seguidas pelos EM.¹¹⁸ O rendimento estrangeiro tem um peso preponderante na formação do lucro tributável global dos grupos,¹¹⁹ o que acarreta por parte dos EM um esforço sério na obtenção de uma coordenação efetiva no melhor tratamento jurídico a dar a este tipo de rendimento.

Em suma, adotar um conceito amplo de water's edge tem como consequência o alargamento do âmbito subjetivo do regime MCCCIS. Um maior número de empresas estará apta a integrar o grupo MCCCIS e mais rendimento ficará sujeito a consolidação e à aplicação da fórmula de repartição. Esta constatação gera um impacto no direito de tributação dos EM, alargando-o a jurisdições onde poderá não se verificar o desenvolvimento de qualquer atividade criadora de rendimento que, comprovadamente, acolha um nexo de tributação real e fiscalmente relevante. A consequência será uma maior dispersão do direito de tributação dos Estados, já que o mesmo passará a poder ser exercido por um maior número de jurisdições. Neste sentido se justifica a maior relutância dos EM em conceder pequenas parcelas do seu direito a outras jurisdições, ainda que o objetivo seja reduzir ou eliminar a deslocação de lucros para países que apliquem taxas de imposto mais baixas. Tal é problemático, pois os impostos de cada EM constituem a principal fonte de receitas (Orçamentos) para o financiamento das suas atividades públicas.

Quanto à consolidação e repartição de rendimento sem fonte europeia gerado por entidades sem residência na UE (inclusive EE), prevêem-se muitas dificuldades quanto à obtenção de acordo entre EM. A sua contribuição para a criação do lucro universal do grupo é importante. Porém, carece de elementos de conexão comuns que nos permitam, a

117 ALBERTO XAVIER, *Direito Tributário*...pp. 337-349 - o autor oferece-nos o panorama da importância do conceito de estabelecimento estável e sua relevância no apuramento de uma efetiva presença económica.

118 Comité Económico e Social Europeu, "Parecer do CESE sobre a "Proposta de Directiva do Conselho relativa a uma Matéria Colectável Comum Consolidada do Imposto sobre as Sociedades", 475º Sessão Plenária de 26 e 27 de Outubro de 2011, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011AE1585&from=PT>, acessado a 25.01.2017. que no seu prf. 1.6, IN reconheceu a importância dos métodos para eliminar a dupla tributação na Comunicação do PE

119 Existem três formas essenciais de tributar o rendimento estrangeiro: excluí-lo, incluí-lo ou excluí-lo da MCCCIS deixando aos EM da residência que recebem tal rendimento a decisão sobre tributar ou não;cfr. C. MCLURE, *Harmonizing Corporate Income*..., pp. 173-176.

partir dos fatores presentes no regime MCCCIS, medir com precisão a atividade económica relevante.¹²⁰ Neste ponto, a proposta de diretiva exige pelo menos a ligação a um EE com residência na EU.¹²¹ Em regra, privilegiar-se-á a aplicação do SCS entre EM e países terceiros com todos os obstáculos a ele inerentes (criação de externalidades fiscais directamente relacionadas com a descida das taxas de imposto nos EM e deslocação de lucros).¹²²

No Acórdão Saint-Gobain, o TJUE recorreu à primazia do direito da UE sobre as regras fiscais nacionais aplicáveis e sobre as próprias CDT para justificar o alargamento a EE, de empresas com residência europeia, dos benefícios habitualmente só concedidos a estas últimas. Estava em causa a possibilidade de os EE poderem utilizar um dos três mecanismos previstos no ordenamento fiscal alemão para eliminar a dupla tributação no que toca a dividendos pagos por sociedades participadas estrangeiras. Em si mesma, a situação compunha-se de elevada complexidade, dado que exigia uma solução para o tratamento fiscal de rendimentos gerados num país não europeu, não coincidente com o Estado onde reside e opera o EE nem com o Estado onde se situa a sociedade a que pertencia. Tal como salientou o Advogado-Geral JEAN MISCHO, “É verdade que tal alargamento implica um aumento das receitas fiscais que decorre, mantendo-se sem alteração as outras circunstâncias, da aplicação das referidas convenções. Entretanto, é de jurisprudência constante, como vimos, que o argumento de ordem orçamental não é susceptível de justificar uma restrição a uma liberdade fundamental prevista no Tratado”¹²³.

Neste contexto, saliente-se ainda a importância da influência dos vários graus de interdependência económica existente entre as unidades ou empresas de um grupo para a escolha do rendimento relevante. O tema da titularidade indireta surge habitualmente quando esteja em causa EE ou subsidiárias em que pelo menos uma delas detenha, dentro da cadeia de ligação do grupo, a sua residência na UE. A este propósito o exemplo avançado por AGÚNDEZ-GARCÍA e que equaciona uma situação onde uma empresa mãe,

120 M. DEVEREUX e S. LORENTZ, *The Effects...* pp. 21-23.

121 Artigo 2.º, n.º 2 da Proposta de Diretiva...COM (2016) 683 final, p. 19.

122 A. AGÚNDEZ-GARCÍA, *The Delineation...* p.28;

123 Considerando 85 das Conclusões do Advogado Geral do Ac. do TJUE de de 21 de Setembro de 1999, *Compagnie de Saint-Gobain, Zweigniederlassung Deutschland* contra Finanzamt Aachen-Innenstadt, Processo C-307/97; cfr.também o Ac.do Supremo Tribunal Administrativo, 2.ª Secção: proc. n.º 0694/12, de 28.11.2012, Relator: Juiz Conselheiro Fernanda Maçãs.

residente na União, detém uma subsidiária sem residência europeia que, por sua vez, gere um estabelecimento estável com residência na União. O objetivo do regime MCCCIS com consolidação e repartição é permitir que o rendimento obtido dentro da UE por um grupo de empresas relacionadas seja compartilhado. Deste modo, a vantagem da potencial inclusão deste tipo de rendimento no cálculo da matéria coletável do grupo visa reduzir a indeterminabilidade do montante do lucro tributável, mas, igualmente, a dimensão do próprio direito a atribuir individualmente a cada Estado, repartindo-o de forma mais justa. A resposta à questão sobre se devemos incluir este tipo de rendimento não é, por isso, simples.

DEVEREUX e LORENTZ decidiram excluir esta possibilidade da sua análise considerando apenas grupos europeus, em que a empresa mãe detém a sua sede na UE e em que a percentagem do seu poder de controlo sobre EE e subsidiárias é superior a 50 %. O resultado alcançado permitiu-lhes concluir que as alterações na distribuição da receita fiscal decorrentes do sistema MCCCIS serão mais moderadas do que naquela primeira situação.¹²⁴

É inegável a contribuição do rendimento de atividades de subsidiárias e EE (europeus ou estrangeiros) para a formação do lucro global de um grupo multinacional europeu. Este papel, dentro de um esquema de titularidade indireta, reflete-se na criação de economias de escala, mas não é imune ao nível de integração de um grupo, exigindo-se uma avaliação e compreensão em toda a sua extensão das várias ligações existentes entre as unidades e das suas relações com o rendimento global obtido para que seja possível construir uma base de imposto sólida, segura e previsível.¹²⁵

2.2.2 - Interpretação do Princípio Waters Edge

Continua a ser determinante um aspeto orientador da reforma e que se traduz na ideia de que "as empresas devem pagar impostos na medida da sua presença económica num país."¹²⁶ Neste sentido, realçamos que a grande mobilidade dos operadores

124 M. DEVEREUX e S. LORETZ, *The Effects...*pp. 22-23.

125 A sua aceitação como contribuinte principal e a variedade de tipos existentes torna fundamental uma análise prévia cuidada na sua adoção.

126 C. FUEST, *The European's Commission's Proposal...*p. 4.

económicos e dos fatores produtivos tornaram a questão da residência um aspeto "imaterial" do ponto de vista económico. A dinâmica económica internacional para a formação dos lucros dos grupos multinacionais torna insuficiente que no âmbito do mercado interno da UE se limite a tributação exclusivamente a empresas e EE com residência na UE. Na reforma em apreço (2016), a CE considera irrelevante que as mesmas detenham a sua residência dentro ou fora da UE, desde que apresentem um elemento de conexão suficientemente forte com pelo menos um EM.¹²⁷ Adotou por isso um conjunto de regras comuns destinadas a uma aplicação restrita do princípio water's edge ao espaço da UE. A lógica inerente desta solução permite reforçar a consolidação da base fiscal. Em termos de custo, eficiência e simplicidade a inclusão do rendimento estrangeiro parece revelar-se de longe a opção mais vantajosa. A real dimensão do lucro obtido pelos grupos multinacionais deve ser devidamente representado na base tributável. Porém, a sua contabilização, para efeitos de consolidação e repartição, deve ser feita individualmente e não de forma global, o que sugere maiores custos e complexidade.

Em conformidade com o sistema MCCCIS proposto, os fatores de repartição enumerados (trabalho, ativos e vendas) serão utilizados para medir a presença de um grupo multinacional de empresas em cada EM, e a para aferir a correta divisão e alocação do rendimento segundo critérios de equidade e eficiência. Deste modo, concordamos com AGÚNDEZ-GARCÍA quando defende “a decisão sobre incluir ou excluir rendimento não europeu da matéria coletiva consolidada (CTB) influencia também a escolha e a definição dos fatores de repartição”, sendo certo que o “waters edge para os fatores deverá seguir as mesmas regras que o waters edge para a base de imposto”.¹²⁸ Este aspeto, da maior importância, permite assegurar a uniformidade necessária na determinação do rendimento tributável relevante, evitando-se a utilização de valores que se encontrem excluídos do processo de consolidação e repartição e que, com toda a probabilidade, venham a exigir a aplicação de regras próprias do SCS. Usando aqui o exemplo de AGÚNDEZ-GARCIA, se o valor das exportações feitas para fora da EU (países terceiros) não são contabilizados no apuramento da MCCC dos grupos de empresas, o fator vendas pelo destino deverá excluí-los da sua órbita de repartição.¹²⁹

127 Cfr o artigo 2.º da Proposta de Diretiva, que faz apelo à verificação de certos requisitos cumulativos para que uma concreta unidade do grupo seja elegível.

128 A. AGÚNDEZ-GARCÍA, *The Delineation...*, p. 26.

129 *Idem*, p. 26.

CAPÍTULO III - O PROCESSO DE CONSOLIDAÇÃO

3.1 - Consolidação

O primeiro grande passo para a concretização do regime MCCCIS ao nível da UE é o processo de consolidação. Como já supra referido, a consolidação é um elemento chave do regime proposto, que confere a possibilidade às empresas integradas em grupos multijurisdicionais de beneficiarem de um conjunto de regras de contabilidade comuns no cálculo da matéria coletável. É um processo unitário de cálculo do lucro global, que lhes permite usufruir, ao nível das transações internas, de um regime de compensação de lucros e perdas transfronteiriços, ao mesmo tempo que elimina as desvantagens decorrentes do sistema de preços de transferência inerente ao princípio *arms length* (OCDE).

Na Conferência organizada pelo Instituto de Direito Fiscal Internacional da Universidade de Viena, THOMAS SCHANZLE expressou a importância do processo de consolidação na determinação da matéria coletável e o fato de a abordagem escolhida ser capaz de fornecer um "critério objectivo e claro"¹³⁰, onde a combinação dos direitos de voto com o direito a tributar se torne uma realidade.

Em Novembro de 2003, a CE realçou que a “consolidação constitui um dos problemas mais difíceis de resolver no que respeita ao estabelecimento de uma matéria coletável comum, designadamente e sobretudo porque exige a instauração de um mecanismo de repartição da base tributável UE entre os diferentes Estados Membros”.¹³¹ O estabelecimento de uma MCCCIS “exige uma reavaliação pormenorizada da relação existente entre as contas obrigatórias de uma empresa e a sua contabilidade fiscal”¹³². Neste âmbito, a CE privilegiou a adoção de um método especificamente fiscal de consolidação das contas de empresas que façam parte de um grupo, em detrimento das atuais normas de contabilidade internacional (NIIF), como forma de garantir os principais objetivos de redução dos custos de conformidade e de aumento do nível de transparência das transações efetuadas. A eventual utilização de padrões normativos NIIF para definir o conceito de

130 T. SCHANZLE, K. KUBIKL e C. MASSONER, Conference Report; Common Consolidated Corporate Tax Base - the possible content of Community Law provisions, From 21 to 23 February 2008, p. 139 – the Institute for Austrian and International Tax Law of the Vienna, University of Economics and Business Administration organized a conference on 'Common Consolidated Corporate Tax Base - the possible content of. – cit. Thomas Schanzle.

131 Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu e ao Comité Económico e Social Europeu- Um Mercado Interno sem obstáculos em matéria de fiscalidade das empresas – realizações, iniciativas em curso e desafios a ultrapassar”, Bruxelas, COM (2003) 726, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52003DC0726&rid=1>, acedido em 30.08.2017, p. 23

132 Idem, p. 22

grupo consolidado e o elemento âmbito territorial dificilmente obteriam uma correspondência satisfatória,¹³³ para efeitos de tributação, com as entidades integradas ou associadas, podendo mesmo a vir incluir contas consolidadas de subsidiárias ou EE localizados fora da UE. Por outro lado, a própria garantia da redução dos custos de conformidade ficaria ameaçada pelo exercício moroso e complexo do processo de ajustamento das contas consolidadas, excluindo e incluindo certas empresas. “Em princípio, é possível distinguir principalmente duas abordagens. A abordagem NIIF que parte de uma posição contabilística comum para, em seguida, procurar definir quais os ajustamentos que seria necessário introduzir para chegar à matéria coletável comum. A abordagem alternativa consiste em procurar chegar a um acordo separado sobre os princípios fiscais e só em seguida abordar a questão de como assegurar a sua aplicação.”¹³⁴

A segunda opção acabou por prevalecer, dado que assegura maior compatibilidade com os princípios e práticas fiscais em exercício nos EM da UE e o próprio método de consolidação do regime MCCCIS.¹³⁵ O conteúdo da proposta de diretiva exige que, neste domínio, o processo tenha por referência um período comum de contabilidade. Tal possibilita não apenas uma efetiva consolidação dos rendimento tributáveis, como igualmente evita que os interesses económicos das empresas as levem a alterar o período do seu relatório.¹³⁶

Por isso, como salientam SPENGLER e WENDT, podemos distinguir, neste âmbito, duas soluções: "Uma primeira alternativa será alinhar o período de contabilidade fiscal de cada membro do grupo com o período de contabilidade fiscal da empresa mãe. Ao invés, se o período contabilístico permanece inalterado, os rendimentos tributáveis de cada empresa têm de ser temporalmente repartidos".¹³⁷

Qualquer discrepância ocorrida no período contabilístico escolhido implica a realização de ajustamentos. Parte-se da posição contabilística comum para, em seguida, procurar definir quais os ajustamentos que seria necessário introduzir para chegar à MCCC. O procedimento de consolidação de lucros e perdas instituído pela Proposta deve ser respeitado pelos EM que optarem pelo seu acolhimento. Contudo, o risco de uma

133 C. MCLURE, *Harmonizing Corporate Income*..p.166.

134 Comunicação da Comissão ao Conselho...COM (2003) 726 final, p. 20

135 *Idem*, pp.21 e ss

136 C. SPENGLER e C. WENDT, *A Common Consolidated*...p. 31.

137 *Idem*, p. 31.

inadequada repartição da matéria coletável aos Estados está presente e tem consequências sobre o mercado interno, afetando não apenas o montante da receita para cada jurisdição MCCCIS¹³⁸ e ainda aqueles que, mesmo não integrados num grupo, tenham um interesse legítimo naquela parcela tributável em particular. Assim, a “consolidação afeta toda a base de imposto de cada membro do grupo, ainda que os não membros dos grupo detenham um juro num membro em particular, independentemente de o acionista minoritário aplicar a MCCCIS ou de ser residente na UE.”¹³⁹

3.2 - Dedução de Perdas Intra-grupo

Dentro da UE, a maioria dos EM dispõe de regimes diferentes relativamente ao tratamento fiscal dos lucros e perdas gerados pelas empresas. Em particular, no que respeita aos grupos multinacionais, será muitas vezes frequente o recurso a estratégias de planeamento fiscal que permitam o aproveitamento de regimes mais benéficos em detrimento de outros.¹⁴⁰ Este fato torna vantajosa a construção de esquemas para deduzir os prejuízos obtidos a partir de outra base tributável positiva futura, sempre que ocorram perdas.

Contrariamente “aos lucros que são tributados no exercício fiscal em que se registam, o valor das perdas não é reembolsado no mesmo período.”¹⁴¹ Por isso, a dedução de prejuízos que ocorre ao nível de um grupo distingue-se do processo individual de dedução relativamente a cada membro daquela unidade económica. No plano da organização empresarial de um grupo, a possibilidade de compensar perdas/deduzir prejuízos incorridos por um estabelecimento estável com recurso aos lucros obtidos por um outro estabelecimento reduz os incentivos à elaboração de estratégias de planeamento fiscal abusivas.¹⁴²

No *Acórdão Futura Participations*,¹⁴³ em virtude da limitação legislativa

138 The KPMG Guide to CCCTB, disponível em- www.kpmg.com/ccctb - published by KPMG International Cooperative in collaboration with KPMG's EU Tax Centre – Part 2, capítulo 11.

139 The KPMG Guide ...pp. 43-44, tradução própria.

140 Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu de 25.10.2005, Execução do Programa Comunitário de Lisboa – A contribuição das políticas fiscais e aduaneiras para a Estratégia de Lisboa, Bruxelas, COM (2005) 532, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52005DC0532&rid=1>, acedido em 30.08.2017. , pp. 4-5 e 9.

141 Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu e ao Comité Económico e Social Europeu de 19.12.2006, O tratamento fiscal dos prejuízos num contexto transfronteiras, Bruxelas, COM(2006) 824 final, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52006DC0824&rid=1>, acedido em 15.01.2017, p. 2.

142 Idem, pp. 2 -3

143 Ac. do Tribunal de Justiça da União de 15 de Maio de 1997, Futura Participations SA e Singer contra Administration des contributions, Processo C-250/95,

luxemburguesa inerente à possibilidade de compensação de prejuízos futuros, o TJUE considerou contrário ao direito de estabelecimento previstos nos tratados a exigência das normas nacionais em que os prejuízos incorridos por sociedades não residentes deveriam apresentar alguma conexão com atividades em curso no Luxemburgo. Estava em causa o impedimento na utilização do método da imputação proporcional na determinação das perdas, permitido apenas quando existissem lucros, obrigando as sociedades não residentes a elaborarem uma dupla contabilidade.

Em 2006, na Comunicação relativa à dedução de prejuízos num contexto transfronteiras, a CE definiu os prejuízos incorridos por uma sociedade como aqueles que são "suportados pelas entidades dependentes dessa sociedade"¹⁴⁴ sejam elas subsidiárias, estabelecimentos estáveis ou departamentos autónomos.

Recorrendo ao processo de consolidação, nas transações operadas dentro da UE entre EM que se encontrem ligados por uma mesma unidade tributável, as perdas geradas por entidades relacionadas passam a ser compensadas com os lucros ganhos por entidades do mesmo grupo, sejam elas empresas ou estabelecimentos estáveis. "Do ponto de vista do direito fiscal a exclusão das subsidiárias estrangeiras da compensação de perdas constitui um impedimento ao (livre) estabelecimento, em conformidade com os artigos 43.º e 48.º do TUE."¹⁴⁵ Neste âmbito o TJUE declarou já que a "definição territorial de jurisdição fiscal entre diferentes estados membros permite diferenciações para as perdas".¹⁴⁶

Na elaboração da proposta MCCCIS foi equacionada a implementação de um de dois mecanismos possíveis para a transferência de perdas.¹⁴⁷ A primeira abordagem recorre ao método de repartição para alocar a perda a cada membro do grupo MCCCIS. Admitiu-se aqui que a perda respeitante ao grupo pudesse ser compensada com lucros futuros ou anteriores de cada um dos restantes membros do grupo, desde que a parcela positiva do

144 Comunicação da Comissão ao Conselho...COM 824(2006), p. 5

145 W. SCHÖN, Group Taxation...,p. 13.

146 Ac. do Tribunal de Justiça de 13 de Dezembro de 2005, Marks & Spencer plc contra David Halsey (Her Majesty's Inspector of Taxes), Processo C-446/03; a propósito da admissibilidade do tratamento diferenciado entre residentes e não residentes cfr. o Ac.do Supremo Tribunal Administrativo, 2.ª Secção: proc.n.º 01502/12, de 29.10.2014, Relator Juiz Conselheiro Dulce Neto.

147 Common Consolidated Corporate Tax Base Working Group, CCCTB: progress to date and future plans for the CCCTB, Brussels, 20 November 2006, CCCTB/WP046\doc\en, p. 4, disponível em https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/docs/body/ccctbwp46_progress_future_en.pdf, acedido em 03.02.2017; cfr. C. SPENGEL e C. WENDT, A Common Consolidated...p. 31-32.

rendimento preenchesse as condições necessárias para integrar a base tributável consolidada MCCCIS. Porém, cada membro continuaria a aplicar o imposto no processo de partilha da base tributável consolidada (mccc) numa base individual, desconsiderando que a definição de consolidação incide sobre o grupo de empresas que formam uma unidade económica. Neste ponto, a opção assinalada, introduz um "tratamento simétrico tanto de lucros como de perdas,"¹⁴⁸ repartindo a base consolidada por cada membro do grupo, (seja positiva ou negativa), mas deixando espaços para estratégias planeamento fiscal e incentivando as empresas a adotarem comportamentos evasivos, que se traduzem na realocação dos fatores de repartição.

Por sua vez, o segundo entendimento procura alocar e deduzir as perdas obtidas a partir do cálculo da matéria coletável ao nível do grupo. Por norma, a consolidação e repartição do rendimento positivo (tributado) do grupo ocorrerá dentro do exato período de tempo (ano fiscal) em que é gerado.¹⁴⁹ Mas no caso de ser obtido rendimento negativo, tal só sucederá, segundo o regime MCCCIS, em anos fiscais futuros, até poderem ser efetivamente compensadas e deduzidas e contabilizadas na base tributável.¹⁵⁰ "A perda não será como tal repartida de volta para os membros do grupo da mesma forma que o lucro global é habitualmente repartido".¹⁵¹ Daqui decorre que a compensação e dedução de uma possível base tributável negativa não esteja dependente do mecanismo de repartição escolhido.¹⁵²

À semelhança dos lucros, existindo perdas no contexto do regime MCCCIS, a fórmula de repartição adotada procurará alocar a base de imposto comum às jurisdições onde ocorram atividades geradoras de perdas, repartindo o resultado obtido pela utilização dos fatores de partilha da forma mais justa e eficiente possível. Contudo, perante os eventuais condicionalismos, tal poderá não se verificar, registando a segunda abordagem possíveis resultados desfavoráveis. Em substância pode implicar a "não repartição da base de imposto colocando no mesmo nível o imposto aplicável ao rendimento estrangeiro e o efeito compensatório das perdas".¹⁵³ Este aspeto torna-se visível se, em vez de uma fórmula de repartição, "utilizarmos o método do crédito para o rendimento estrangeiro

148 C. SPENGLER e C. WENDT, *A Common Consolidated...*p. 32

149 *Idem*, p. 32.

150 O que cria uma divergência no tratamento de lucros e perdas; cfr. KMG, *The KMG Guide...*p. 41.

151 *Idem*, pp. 44 e 60.

152 C. SPENGLER e C. WENDT, *A Common Consolidated...*p. 32.

153 *Idem*, p. 32.

obtido por membros do grupo residente a partir de fontes estrangeiras."¹⁵⁴ Deste modo, somente em anos subsequentes seria possível a dedução de perdas ao nível do grupo.

O regime da dedução de perdas proposto pela Directiva MCCCIS incide sobre o grupo no seu todo, enquanto conjunto económico, apresentando-se como uma das suas principais vantagens. Apesar de não referenciada expressamente na Proposta de 2016, mantém-se inalterada neste âmbito a lógica subjacente à regra contida na primeira parte do n.º 2 do art. 43.º da Proposta de 2011, na parte em que refere que, "uma redução da matéria coletável devido a perdas de exercícios fiscais anteriores não pode determinar um montante negativo".¹⁵⁵ Mas se tal ocorrer, essas mesmas perdas terão de ser suportadas de modo a poderem ser deduzidas em exercícios fiscais posteriores onde se verifique a ocorrência de lucros.¹⁵⁶

Como referem SPENGLER e WENDT, "Ao adicionar em conjunto as bases de imposto individuais de cada entidade do grupo, as perdas incorridas por uma dessas entidades será automaticamente compensada contra os lucros por outras entidades do grupo"¹⁵⁷ O seu objetivo é evitar a ocorrência de situações de "dupla tributação e a criação de entraves significativos ao desenvolvimento das atividades económicas de um grupo em mais do que um Estado Membro"¹⁵⁸, nomeadamente possibilitando a redução da carga fiscal global aplicável e a melhoria das condições de neutralidade. Para justificar a compensação futura de lucros e perdas a Comissão recorre ao princípio da capacidade contributiva dos contribuintes.¹⁵⁹

3.3 - Transferências Intra - Grupo e o Sistema de Preços de Transferência

Um dos principais objetivos e conquistas do sistema MCCCIS é anular o recurso ao mecanismo de preços de transferência do SCS como ferramenta de alocação do rendimento

154 Idem, p. 32.

155 Proposta de Directiva...COM 2011, 121 final, p.36.

156 Neste sentido, o correspondente artigo 7.º n.º 2 da Proposta de Directiva...COM (2016) 683 final, que versa sobre o âmbito da consolidação, dispõe que quando a "matéria coletável for negativa, as perdas devem ser reportadas aos exercícios seguintes e imputadas à matéria coletável seguinte", p. 23.

157 C. SPENGLER e C. WENDT, *A Common Consolidated...* p. 31

158 Commission of the European Communities, *Towards an Internal...* pp.242 e ss.

159 Proposta de Directiva relativa..., COM 2011, 121 final, considerando 15 da proposta, p. 14; cfr o interessante Ac. do Tribunal de Justiça da União de 13 de Julho de 1993, *The Queen contra Inland Revenue Commissioners*, ex parte *Commerzbank AG.*, Processo C-330/91, em que a recusa de concessão de juros compensatórios a sociedades não residentes pela administração fiscal britânica foi considerada discriminatória; no plano nacional o Ac. do Tribunal Constitucional, 3.º Secção, Proc. N.º 430/16, de 30 de Setembro, Relator: Juíza Conselheira Maria José Rangel Mesquita.

e da atribuição de direitos. Este mecanismo constitui um dos fatores que mais directamente contribui para o conjunto de distorções fiscais e económicas criadas no mercado interno da UE.¹⁶⁰ O atual sistema de preços de transferência, usado pela maioria dos países da OCDE permite ao Estado da residência da empresa mãe e ao Estado da Fonte efetuarem as correções e ajustamentos necessários ao valor da matéria coletável obtido, com o objetivo de assegurar os seus direitos de tributação.¹⁶¹ Casos de dupla tributação jurídica e económica tornam-se por isso frequentes.

Para fazer face aos condicionalismos de mercado e obter maiores ganhos de competitividade, beneficiando também de uma inerente poupança fiscal, as empresas multinacionais desenvolveram técnicas de gestão empresarial capazes de aproveitar as diferenças existentes ao nível dos sistemas de tributação dos grupos de sociedades presentes nos EM.¹⁶² Ao desconsiderar as transações intra-grupo no apuramento da matéria coletável, o sistema MCCCIS reduz o espaço para a criação de situações de deslocação de lucros e de outras situações directamente relacionadas com o sistema de preços de transferência.¹⁶³ Por outro lado, repõe o equilíbrio e assegura uma tributação equitativa do rendimento gerado entre entidades relacionadas ou associadas. O objetivo é eliminar a obrigatoriedade de o comprador, empresa recetora, contabilizar no ativo transferido a venda intra-grupo realizada.

Neste sentido, dispõe o artigo 9º nº1 da Proposta MCCCIS¹⁶⁴ que “os lucros e as perdas resultantes de transações intragrupo não são considerados no cálculo da matéria coletável consolidada.”. Para fins de tributação do regime MCCCIS, os lucros e perdas gerados ao nível das transações intra-grupo não serão, assim, contabilizados.¹⁶⁵ Dentro de

160 M. K. MAHONEY, *Recommending an Apportionment...*, pp.316-318, C. SPENGLER e C. WENDT, *A Common Consolidated...*pp. 33-37.; C. FUEST, *The European’s Commission’s Proposal...*pp. 9-10.

161 Modelo de Convenção Fiscal Sobre o Rendimento e o Património, Comité dos Assuntos Fiscais da OCDE, Versão Condensada, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, Centro de Estudos Fiscais e Aduaneiros, 22 de Julho de 2010, reedição Dezembro de 2013, pp. 213-216, pontos 20 a 25.

162 C. SPENGLER e A. SCHÄFER, *The Impact of ICT...*pp.13-14; no ordenamento português veja-se o RETGS NABAIS, José Casalta, *Direito Fiscal*, 7.º Edição, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 533-534.

163 Commission of the European Communities, *Towards an Internal...*pp. 420 e ss; C. SPENGLER e A. SCHÄFER, *The Impact of ICT...*p. 27 ; C. MCLURE, *Harmonizing Corporate Income...*pp. 158-160; S. B. NIELSEN, P. RAIMONDOS-MLLER e G. SCHJELDERUP, *Formula Apportionment and...*pp. 421,422, 434 e 435 – autor expressa uma posição bem diferente, defendendo que uma alteração de um SCS para uma FA não irá eliminar por completo a questão dos preços de transferência.

164 Proposta de Diretiva...COM (2016) 683 final, p. 24.

165 C. MCLURE, *Harmonizing Corporate Income...*pp. 158-161.

um espaço europeu, livre e concorrencial, obter a conformidade, para efeitos de tributação, com o quadro económico real dos grupos multinacionais é um desafio. Por isso, no contexto da reforma em curso, a UE deve assegurar que as normas fiscais aplicáveis às atividades económicas dos grupos de sociedades não colocam em causa o desenvolvimento e manutenção do mercado único.

“O sistema de preços de transferência não é muito sensível para países intimamente integrados no contexto de um sistema de imposto com fórmula de repartição (...)” A “escolha do sistema de imposto dos grupos depende crucialmente do nível perceptível de integração económica...” revelando-se cada vez mais fundamental que “economias altamente integradas possam chamar por uma reforma substancial do sistema de imposto dos grupos”.¹⁶⁶

Sobretudo no contexto internacional, o tema das transações intra-grupo apresenta-se como bastante sensível. A ficção de uma repartição justa criada em torno do princípio a plena concorrência não acompanha a dinâmica da atividade económica internacional e aumenta o potencial leque de situações de práticas fiscais prejudiciais. Como casos frequentes refiram-se aqueles em que um membro do grupo desloca a sua residência para outro EM, ou quando transfere ativos e passivos até certo ponto, mas sem qualquer entidade (EE) localizada no EM recetor da transferência, capaz de confirmar uma conexão válida e consistente.¹⁶⁷ O Estado da transferência perde assim o direito a tributar parte da base de imposto, sendo obrigado a efetuar ajustamentos.

166 H. KIND, K. MIDELFART e G. SCHELDERUP, *Corporate Tax Systems, Multinational Enterprises, and Economic Integration*, Cesifo Working Paper N.º 1241, July 2004, p.16.

167 Relevante aqui o Acórdão do Tribunal de Justiça da União de 21 de Novembro de 1996, X e Y contra Riksskatteverket, Processo C-436/00: nesta decisão o TJUE considerou violadoras do princípio da proporcionalidade (art. TUE) e discriminatórias as medidas fiscais tomadas pelo EM suco quanto à realização das transferência de ativos para empresas residentes, mas que indiretamente sejam detidas e controladas por empresas residentes noutros Estados. Apesar de direccionadas para o combate às práticas de elisão fiscal, as normas nacionais não podem ser utilizadas de forma abusiva para justificar a restrição de liberdades fundamentais previstas nos Tratados.

CAPÍTULO IV - A CONSTRUÇÃO DE UMA FÓRMULA DE REPARTIÇÃO

4.1-Enquadramento

A escolha do mecanismo de repartição e a avaliação do seu impacto económico sobre o conjunto do mercado interno são essenciais na criação de uma Europa mais dinâmica, sustentável e competitiva.¹⁶⁸ A fórmula de repartição procura "atribuir o rendimento ao Estado onde os fatores que geram o rendimento estão localizados “na jurisdição onde o valor é efetivamente gerado”.¹⁶⁹ Nesta medida, é consentâneo com o princípio internacional segundo o qual é competente para tributar o Estado em cujas fronteiras territoriais o lucro é realizado.¹⁷⁰ Ou seja, não se exige uma presença física para que o rendimento global do grupo seja tributado como um todo (*principle of economic allegiance*).

Apesar do importante contributo das teorias económicas, não devemos esquecer que são, em último caso, as escolhas e preferências políticas os elementos que determinam a escolha dos fatores e a sua ponderação numa futura fórmula de repartição a adotar, segundo critérios de equidade e eficiência. Dentro da UE, a importância das políticas fiscais europeias e da sua iniciativa foi salientada no denominado Relatório dos “ Cinco Presidentes”¹⁷¹, fixando-se que elas deverão "desempenhar uma dupla função: como garantia, de que a dívida pública é sustentável e de que os estabilizadores automáticos fiscais conseguem operar perante choques económicos específicos do país", mas também, “assegurando que a soma das balanças tributárias nacionais levam a um equilíbrio fiscal apropriado ao nível da zona euro - Esta é a chave para evitar políticas fiscais pro-cíclicas em qualquer momento.”

No processo de ponderação das vantagens e desvantagens e dos critérios mais eficientes para a prossecução dos objetivos traçados, os Serviços da CE acabaram por afastar a adoção de fatores macro da tarefa de repartição, tanto em sentido amplo¹⁷² como

168 CCCTB WG: possible elements of the sharing mechanism, Brussels, 13 November 2007, CCCTB/WP060\doc\en., pp. 5-6.

169 Proposta de Diretiva relativa..(2016) 683 final, p. 4

170 C. SPENGLER e A. SCHÄFER, "The impact of ICT...p. 6; e deve também fornecer regras eficazes contra a manipulação dos seus fatores, cfr. KIESEWETTER, Dirk, STEIGENBERGER, Tobias, STIER, Matthias, Can formula apportionment really prevent multinational enterprises from profit shifting ? - the role of asset valuation, intragroup debt, and leases, IN Arbeitskreis Quantitative Steuerlehre, Arqus Discussion Paper N.º 175, September 2014.

171 J. JUNKER, D. TUSK, J. DIJSSELBLOEM, M. DRAGHI e M. SHULZ, "Completing Europe's Economic and Monetary Union, European Commission, Chapter 4. Towards Fiscal Union – an Integrated Framework for Sound and Integrated Fiscal Policies October 2014., pp. 14 e 15, tradução própria, disponível em <https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/5presidentkisesreport.en.pdf>, acessado a 20.03.2017.

172 Ex: o direito de reivindicar uma quota-parte dos lucros de todas as unidades empresariais integradas.

em sentido estrito,¹⁷³ Para efeitos da alocação do rendimento global do grupo estiveram em causa, sobretudo, dificuldades ligadas à adequada definição de fatores macro e às consequências da sua potencial combinação com fatores micro,¹⁷⁴ conflituando aqui com a ideia de distribuição justa da base tributável por desconexão com a atividade económica em curso.¹⁷⁵ Na decisão de rejeição de uma abordagem macro, pesou igualmente a eventual adoção do fator valor adicional. Este último, apesar de ser conhecido a seguido na prática de muitas empresas e EM,¹⁷⁶ afirma-se como um conceito económico que recupera muito da incerteza, custos, complexidade e exigência de reajustamentos, próprios da lógica de preços de transferência inerente ao SCS. A sua aplicação obrigaria à avaliação constante das transações intra-grupo segundo o princípio *arms length*.¹⁷⁷

Face a isto, deu-se preferência ao uso de fatores micro, posição mais razoável e equilibrada, para a distribuição da base de imposto consolidada, presentes na atividade de cada empresa e caraterísticos da sua dinâmica de mercado. Aqui, por norma, existirá uma ligação direta ou muito próxima entre as atividades desenvolvidas pelas empresas, individualmente, numa jurisdição e a titularidade de um direito de tributação concedido aos EM sobre a parte do rendimento das multinacionais gerado no território. Por isso, na medida em que muitos EM poderão conter somente alguns dos fatores da fórmula de repartição, a escolha concreta destes acaba por exercer uma forte influência no recorte e definição do direito a tributar e no âmbito de aplicação da parcela do lucro tributável correspondente.

Como bem refere AGÚNDEZ-GARCÍA, "a existência de fatores numa jurisdição particular é condição necessária para atribuir uma parte dos lucros."¹⁷⁸ Apesar de a referida existência poder não ser considerada uma "condição suficiente". Assim, deve ser possível imputar ao grupo da entidade que desenvolve uma determinada atividade os lucros obtidos com base no resultado ou leitura que os fatores de repartição fazem daquela mesma actividade.

173 Ex: o direito limitado a um EM com uma forte conexão, atividade ou residência – cfr. CCCTB WG: possible elements of the sharing..., pp. 5-6; e também CCCTB WG, An overview of the main issues that emerged during the discussion on the mechanism for sharing the CCCTB, Brussels, 27 February 2007, CCCTB\WP\052\doc\en,pp. 3-5, disponível em https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/docs/body/ccctbwp052_sharing_mechanim_en.pdf, acedido a 03.02.2017.

174 CCCTB WG, An overview...também disponível em p. 3.

175 Idem, pp. 3-4.

176 A. AGÚNDEZ-GARCÍA, Delineation..., pp. 30-33.

177 CCCTB WG, An overview..., pp. 4 e 5.

178 A. AGÚNDEZ-GARCÍA, The Delineation...p.31

Neste sentido, não bastará a existência de um requisito mínimo meramente ocasional, para criar uma ligação entre uma empresa e um EM, apta a conferir a este um direito a tributar o rendimento por aquele auferido. A existir, este requisito deverá ser acompanhado pelo desenvolvimento da atividade regular e atual da empresa dentro daquela jurisdição, de modo a ser criada uma ligação ounexo de tributação suficientemente forte que fundamente a atribuição de uma parte do rendimento à jurisdição fiscal correspondente, com a conseqüente aplicação da respetiva taxa de imposto nacional.

4.2 – O Mecanismo de Repartição

O procedimento de seleção e escolha dos fatores do novo mecanismo de repartição propostos pela CE foi coerente, obedecendo a "critérios orientadores"¹⁷⁹ que procuraram tornar claro o funcionamento de todo o processo de consolidação com aplicação de uma fórmula de repartição. Estes critérios, devendo assegurar uma distribuição justa e eficiente da base tributável comum, materializam-se em princípios gerais de direito fiscal, os princípios da equidade e da eficiência, cuja compreensão carece de uma correta interpretação para lá do entendimento presente no plano dos ordenamentos jurídicos nacionais dos EM para que possam ser aplicáveis. Tal permite aferir da razoabilidade e adequação dos fatores de repartição escolhidos, assegurando a concretização do processo de integração económica europeia e a adequada satisfação das necessidades do mercado interno.

A observação do respeito pelo cumprimento destes princípios ou critérios deverá integrar a dinâmica de cada fator, permitindo-nos avaliar como estes influenciam o resultado final.¹⁸⁰

Seguindo de perto a metodologia de análise de AGÚNDEZ- GARCIA¹⁸¹, devemos primeiro indagar sobre o que constituiria "um sistema óptimo" de repartibilidade, e só depois "comparar as diferentes alternativas num contexto de escrutínio para esse ponto de referência ideal...". Em segundo lugar, confirmada a existência de "um consenso entre peritos e economistas de que o sistema de imposto acolhido deve assentar em dois princípios genericamente aceites, o princípio da equidade e o princípio da eficiência" é essencial formular a partir destes, uma adequada interpretação, delimitação e aplicação aos vários contextos para que, em termos de eficácia e adequação, se obtenham resultados

179 Idem, *The Delineation...*p. 32.

180 Contudo os Serviços da Comissão alertaram para o facto de que "a base tributável deve ser repartida às empresas e não aos EM – cfr. CCCTB WG, *An overview...* , p.2

181 A. AGÚNDEZ-GARCÍA, *The Delineation...*p.32.

credíveis a partir do método de repartição aplicado. Estes “ princípios podem ser interpretados de forma alternativa” e, como tal, “o seu significado específico no contexto da repartição tem de ser tornado explícito”. Por isso, podemos afirmar que os princípios¹⁸² supra mencionados deverão ser entendidos por referência à concreta situação jurídico-fiscal onde é decidida a sua implementação.

Assim, os critérios apresentados são essenciais para assegurar a conformidade do procedimento com os objetivos da reforma e orientar a aplicação do novo método. Tanto na sua formulação como na sua aplicação, devem ser sensíveis às diferentes realidades económicas dos grupos multinacionais da UE, aptos a captar a dinâmica negocial envolvente. Por isso, a preferência pela adoção de uma fórmula de repartição composta por fatores micro justifica-se pela sua maior capacidade para representar com precisão a realidade económica interna de cada entidade e a sua qualidade de dependente ou associada do grupo, bem como para garantir a efetividade e simplicidade requeridas. Por entidade entende-se aqui não apenas as empresas, como também estabelecimentos estáveis ou subsidiárias relevantes (no quadro do grupo), relacionados ou associados, e, inerente a elas, o quadro de interdependência que caracteriza as suas relações económicas.

Enquanto o princípio da equidade visa atender à particular relação económica ou forte nexo de tributação entre a atividade desenvolvida num determinado território por uma empresa relacionada e o correspondente EM,¹⁸³ considerando a repartição como justa¹⁸⁴ se refletida proporcionalmente¹⁸⁵ na capacidade para obter rendimento, o princípio da eficiência assegura que a repartição se concretiza da forma mais neutra¹⁸⁶ - não influenciando o comportamento dos agentes económicos na tomada de decisões -, efetiva e simples¹⁸⁷, no sentido de que a fórmula deve assentar em elementos relativamente aos

182 J. FREEDMAN e G. MACDONALD, *The Tax Base for CCCTB: The Role of Principles*, Oxford University Centre For Business Taxation, WP 08/07, Oxford, 2007, pp. 8-9.; cfr também a influência dos critérios jurisprudenciais dos sistemas de Common Law na determinação de um nexo de tributação efetivo com a actividade económica em curso por meio dos fatores de repartição, máxime Caso *Barclays Bank PLC v. Franchise Tax Board of California*, 512 U.s. 298 (1994).

183 A. AGÚNDEZ-GARCÍA, *The Delineation...* p. 59.

184 Atender aqui ao importante escrito de MARTEENS DE WILDE que relaciona os conceitos de equidade, justiça, soberania e coordenação, embora o efetue no plano da tributação em geral, FLORIS. M. DE WILDE, *Sharing the Pie; Taxing multinationals in a global market*, Erasmus Universiteit Rotterdam, 15 januari 2015, pp. 54-60, disponível em <http://www.taxence.nl/Uploads/2016/6/Proefschrift-Maarten-de-Wilde-definitief-cover.pdf>, acedido a 15.10.2016.,

185 C. SPENGLER e A. SCHÄFER, *The impact of ICT...* p. 6, tradução própria.

186 A. AGÚNDEZ-GARCÍA, *The Delineation...* p. 59, tradução própria.

187 Cfr. Diretiva 2014/107/UE do Conselho de 9 de Dezembro de 2014 que altera a Diretiva 2011/16/UE no que respeita à troca automática de informações obrigatória no domínio da fiscalidade, *Jornal Oficial da União Europeia* de 16.12.2014, L 359/1, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0107&from=PT>, acedido em 03.09.2017.

quais haja informação disponível ¹⁸⁸ com regras claras e previsíveis para os contribuintes, capazes de legitimar ou fundamentar a cobrança de impostos) e o menos dispendiosa possível.

AGÚNDEZ-GARCÍA denomina-a de a “igual capacidade para obter rendimento.”¹⁸⁹ Esta face da equidade ou justiça como preferencial é, inclusive, referida de forma expressa pelo legislador na proposta 2016.¹⁹⁰ Por oposição ao conceito tradicional de fonte geográfica do rendimento.¹⁹¹

Deste modo, procura-se afirmar aqui a existência de uma íntima relação entre efetividade e custo: uma redução dos custos de conformidade para contribuintes e para administrações fiscais,¹⁹² vinculadas ao respeito pelo princípio da legalidade.¹⁹³

4.3 – Os Fatores da Fórmula de Repartição

Analisados os princípios e critérios gerais que devem orientar a correta aplicação da fórmula de repartição, cumpre analisar os fatores escolhidos para integrar o referido mecanismo de partilha da base tributável e, em particular, o nível de conformidade com os princípios e restantes normas orientadoras. Depois de amplos debates ficou acordado que seria introduzida no futuro regime MCCCIS uma fórmula de repartição composta pelos fatores trabalho, ativos e vendas, equitativamente ponderados.¹⁹⁴ Conforme estabelecido no artigo 28.º nº 1 da Proposta de Directiva, a “matéria coletável deve ser repartida entre os membros de um grupo em cada exercício fiscal com base numa chave de repartição. Para determinar a quota-parte de um membro do grupo, a chave deve adotar a seguinte forma, com igual ponderação dos fatores vendas, mão-de-obra e activo” Por outro lado, o segundo parágrafo da mesma disposição recorda que a “matéria coletável consolidada de um grupo só deve ser repartida se for positiva,”¹⁹⁵ invocando-se aqui a necessidade de concretização do procedimento prévio de compensação de perdas inerente à consolidação.

188C. MCLURE, *Harmonizing Corporate Income*...p. 181; cfr. Também M. K. MAHONEY, “*Recommending an Apportionment*...p. 319.

189 AGÚNDEZ-GARCÍA, *The Delineation*...p 37.

190 Cfr. a nota 189 supra mencionada.

191 AGÚNDEZ-GARCÍA, *The Delineation*...p. 36.

192 *Idem*, p. 68.

193 R. YONAH e I. BENSHALOM, *Formulary Apportionment: Myths*...pp. 377-37.

194 J. WEINNER, *Formula One. The race to find a common formula to apportion the EU tax base*, *EC Tax Law Review*, 2008-3, ..., p. 102.

195 Proposta de Directiva...COM (2016) 683 final, p. 30; diferente concepção tem MAHONEY, defendendo que a fórmula com o fator vendas duplamente ponderado constitui o método mais efetivo e eficiente de repartição do rendimento - cfr. M. K. MAHONEY, *Recommending an Apportionment*...p. 315.

No atual quadro de integração económica da UE, a formulação de argumentos teóricos sobre as vantagens e desvantagens dos fatores encontra-se ligada ao resultado previsto para uma distribuição justa e eficiente da base tributável. Porém, nem todo o rendimento apurado e considerado tributável pela fórmula será distribuível. Deste modo, além da definição e enquadramento de cada fator, âmbito, valorização e localização, torna-se igualmente pertinente atender às consequências decorrentes da maior ou menor ponderação que lhes for atribuída. Todos estes elementos conjugados influenciam o resultado final, em termos de externalidades e de prevenção de novas estratégias de manipulação,¹⁹⁶ sendo certo que ambos influenciarão o equilíbrio da fórmula e a sua aptidão para ser considerada justa e eficiente.

Quando tomamos como objeto de análise uma fórmula de repartição constituída por múltiplos fatores, equitativamente ponderados, existirá sempre um “elemento de auto-ajustamento que, ao influenciar o resultado final de repartição, leva a que as possíveis escolhas relativas a cada fator tenham um impacto muito limitado.”¹⁹⁷

Neste sentido, apesar da maior simplicidade do sistema, são muitas vezes sugeridas soluções de política fiscal com pouco impacto no resultado final de repartição ao nível agregado, por mais completa ou complexa que seja.

4.3.1 - Trabalho

No âmbito da proposta de Directiva o elemento trabalho foi escolhido para integrar a nova fórmula de repartição como um dos factores responsáveis pela correcta alocação do rendimento dos grupos. A respeito da afetação de trabalhadores e massa salarial, dispõe o artigo 33.º da proposta que os trabalhadores devem ser incluídos no fator mão de obra do membro do grupo que lhes paga a remuneração (sem prejuízo dos números seguintes)¹⁹⁸

Desde muito cedo compreendeu-se, sobretudo a partir do estudo de GORDON e WILSON, que procurar medir o fator de repartição trabalho exclusivamente com recurso ao elemento folha de pagamento levaria à criação de distorções fiscais e à alocação ineficiente de outros elementos produtivos relevantes no âmbito da base tributável.¹⁹⁹

196 C. MCLURE, *The European Commission's Proposals...*, p. 35, tradução própria

197 CCCTB WG: possible elements of the sharing...p.7, tradução própria.

198 Proposta de Directiva do Conselho...COM (2016) 683, pp. 31-32.

199 R. GORDON e J. D. WILSON, *An Examination of Multijurisdictional Corporate Income, Taxation under Formula Apportionment*, IN National Bureau of Economic Research, Working Paper N.º 1369 June 1984, pp. 24-26; cfr. C. MCLURE, *Harmonizing Corporate ...* pp. 162-163, refira-se aqui também outras questões pertinentes como o valor que lhe deveria ser atribuído e sobre se seria necessário efetuar ajustamentos para que o fator refletisse as diferenças nas taxas de salário através dos EM.

RIEDEL confirmou a existência de uma enorme flexibilidade por parte dos grupos multinacionais para ajustar os custos do elemento folha de pagamento em ordem a reduzir a respetiva carga fiscal. Foi possível obter aqui elementos criados pelos grupos.²⁰⁰ Por isso, ao refletir o trabalho como fator de produção na criação do rendimento das empresas surge uma primeira dificuldade e que respeita à sua medição. Por norma, o fluxo de moeda existente (dinheiro), inerente ao fator folha de pagamento, constitui uma ferramenta adequada (maleável) e justa para medir e localizar o rendimento²⁰¹, Porém, poderão surgir várias questões relacionadas com a compensação de outras formas de trabalho e com o tratamento dos trabalhadores que os desempenham.

Em geral, o fator folha de pagamento mede-se pela compensação obtida no emprego, onde se incluem comissões, ordenados, bónus, entre outros. Ou seja, cada parte do rendimento tributável é alocado à jurisdição onde a força de trabalho contribui para a produção de lucros, onde cada funcionário efetivamente opera. Tratam-se dos montantes fiscalmente dedutíveis da base de imposto dos empregadores para os trabalhadores, em conformidade com as regras aplicáveis ao cálculo do rendimento tributável²⁰².

Contudo, esta opção implicaria a não contabilização na folha de pagamento de outras formas de compensação, como os pagamentos em espécie ou de pensões, o não tratamento de contratantes independentes, e bem assim a não consideração adequada de outros funcionários a trabalhar em vários EM, entre outros casos.

Uma segunda dificuldade resulta das evidentes diferenças nos custos de trabalho entre os vários EM. Aceitar uma fórmula de repartição neste âmbito, cuja composição contém como um dos fatores base, uma folha de pagamento, implica aceitar que a produtividade do trabalho é sempre a mesma em todas as jurisdições fiscais. Tal conclusão afigura-se, no entanto, irrealista, uma vez que os níveis de salários são significativamente diferentes entre os vários Estados Membros, e, ao mesmo tempo, injusta, porque não falamos de uma produtividade mais elevada resultante de desvantagens inerentes à distribuição (alocação) dos lucros a jurisdições de elevado custo que tenham como fator base a folha de pagamento. A possibilidade de obter taxas de compensação mais elevadas, manter-se-ia.²⁰³

200 NADINE RIEDEL, *The Downside of formula apportionment: evidence on factor demand distortions*, IN *Int Tax Public Finance*, 2010, pp.238, 250 e 251.

201 AGÚNDEZ-GARCÍA, *The Delineation...*p.47.

202 *The KMG Guide...*p. 61, tradução própria.

203 CCCTB WG: *possible elements of the sharing...*, prf. 26, p.8.

Por outro lado, refira-se que as diferenças existentes nos custos de trabalho aumentaram substancialmente devido aos sucessivos alargamentos da UE. No entanto, a longo prazo, à medida que a integração económica e monetária avança espera-se que estas disparidades nos salários entre jurisdições desapareçam, tornando, conseqüentemente, desnecessário o ajustamento do fator trabalho para efeitos de consolidação e repartição.²⁰⁴ Qualquer iniciativa de ajustamento deste fator, mesmo ao nível agregado, torna mais difícil para já a complexa tarefa de harmonização fiscal no domínio da tributação dos grupos multinacionais europeus. A potencial inclusão do fator folha de pagamento, ou mesmo a sua alteração unilateral posterior numa fórmula de repartição cria efeitos económicos diversos.

GOOLSBEE e MAYDEW analisaram empiricamente os efeitos resultantes da escolha e variação unilateral (sem coordenação) do elemento folha de pagamento, enquanto opção de política fiscal. Embora o estudo tenha sido desenvolvido para aplicação aos E.UA., as suas conclusões podem ser validamente consideradas sempre que se pretenda incluir o item folha de pagamento como fator de repartição da base tributável de um grupo.²⁰⁵ Da sua análise foi possível retirar duas conseqüências distintas. Primeiro, uma alteração não coordenada da folha de pagamento, feita isoladamente pelos Estados, leva as empresas a aumentarem as suas possibilidades de criação de lucro, no sentido de que uma redução na ponderação do fator aumenta potencialmente a percentagem de emprego.²⁰⁶ Segundo, como efeito da referida alteração, assiste-se a uma diminuição do emprego em Estados vizinhos, colocando estes em pior situação.

Equacionar os efeitos da ocorrência de tais alterações dentro do espaço da UE, por natureza fortemente integrado e dependente do ponto de vista económico, conduziria a um impato negativo sobre o mercado único superior ao que é possível prever dentro de um Estado Federal. Por isso, a criação e permanência de externalidades fiscais dependerá da maior ou menor capacidade dos EM para coordenar as suas políticas fiscais e respetivas estratégias de atuação. Qualquer manipulação unilateral efetuada na ponderação dos fatores de repartição será suscetível de criar externalidades fiscais negativas, colocando efetivamente os outros EM num perigoso jogo de concorrência fiscal. Estas externalidades consubstanciam-se em incentivos, tanto para que empresas desloquem (realocarem) as suas

204 AGÚNDEZ-GARCÍA, *The Delineation...* pp. 47-48.

205 A. GOOLSBEE e E. L. MAYDEW, *Coveting Thy Neighbour's Manufacturing: the Dilemma of State Income Apportionment*, in *Journal of Public Economics*, Vol. 75, 2000, pp. 16-17.

206 Percentagem é medida pelo nível de emprego dentro do Estado- ao reduzir a ponderação da folha de pagamento de 1/3 para 1/4 aumenta-se o emprego industrial / manufaturação em cerca de 1,1%. - *Idem*, pp. 9-10.

forças de trabalho de jurisdições com elevados níveis de tributação para jurisdições com impostos mais baixos, bem como na utilização pelos governos de instrumentos de concorrência fiscal capazes de atrair novos investimentos, novos negócios.

Deste modo, a utilização da folha de pagamento como único elemento representativo do trabalho acabaria, por transformar o imposto sobre o rendimento das sociedades num imposto sobre o trabalho²⁰⁷, podendo inclusive o seu uso e ponderação dentro da fórmula gerar efeitos ao nível agregado. Este raciocínio, aplicado na análise do presente fator, acaba por se tornar igualmente válido²⁰⁸, no âmbito dos fatores ativos e vendas, reforçando a posição ou influência da fórmula na tarefa de aplicação do montante do imposto.

Face às dificuldades expostas, foram apresentadas alterações na compreensão deste elemento como fator de repartição para que a contribuição da produtividade do trabalho para a criação do rendimento seja reconhecida pela fórmula. Assim, para haver equilíbrio e conformidade com o princípio da neutralidade, foi sugerida a inclusão da força de trabalho, ou seja, do número de trabalhadores. Tal permite diminuir os riscos de oscilação e utilização do fator na criação de distorções fiscais.

O quadro global de compreensão deste factor passa, assim, a ser composto por dois elementos igualmente ponderados: a folha de pagamento e a força de trabalho. Como bem salienta o artigo 32º nº1 da Proposta de Directiva, "o factor mão-de-obra é constituído, em 50%, pelo montante total da massa salarial de um membro do grupo, como numerador, e pelo montante total da massa salarial do grupo, como denominador..." e, nos restantes "...50%, pelo número de trabalhadores de um membro do grupo, como numerador, e pelo número de trabalhadores do grupo, como denominador". Este preceito confirma, na 2ª parte, que sempre que "um trabalhador individual for incluído no factor mão-de-obra de um membro do grupo, o montante do imposto sobre a massa salarial referentes a esse trabalhador deve ser imputado ao factor mão de obra desse membro do grupo".²⁰⁹

Dentro desta lógica, devemos primeiro conhecer os custos e o número da força de trabalho qualificada atribuível a essa entidade e, só depois, comparar esse valor com o custo e o número da força de trabalho qualificada atribuível ao grupo todo. São duas etapas distintas mas essenciais para calcular a base de imposto relativamente a uma determinada

207 O mesmo risco está presente em cada fator da fórmula de repartição .

208 Idem, pp. 18-19; cfr também J. WEINER, *Formula Apportionment in the European Union: A Dream Come True or the EU'S Worst Nighmare ?*, IN CESifo Working Paper N.º 667, February 2002, pp.4-7, disponível em http://www.cesifo-group.de/DocDL/cesifo_wp667.pdf, acedido a 20.05.2016.

209 Proposta de Diretiva...COM (2016) 683 final...p.31; - cfr. anterior artigo 91.º da Proposta de Diretiva relativa...COM 2011, 121 final , pp.52

entidade assente na base do fator trabalho²¹⁰.

Deste modo, para definirmos o fator mão de obra devem ser conhecidos três elementos essenciais: (i) âmbito da força de trabalho; (ii) valor (custo) e (iii) localização da força de trabalho.

Quanto ao âmbito da força de trabalho qualificada optou-se pela utilização de uma definição de "empregado", já presente na legislação nacional dos EM onde os empregados trabalham e que, simultaneamente, constitua objeto de um reconhecimento mútuo entre as várias jurisdições.²¹¹ Neste sentido, como refere o GT, foram incluídos todo "o pessoal efetivamente empregado por uma dada entidade, sejam eles operários, gestores ou diretores, ou mesmo trabalhadores que apesar de inseridos no âmbito de contratos de trabalho temporários, por realizarem os mesmos serviços que normalmente seriam desempenhados por empregados habituais, passam a ser considerados como trabalhadores efetivos".²¹² Prevalece, portanto, a regra geral de que cada trabalhador é alocado ao membro do grupo do qual recebe a sua remuneração, em consonância com o fator trabalho daquele membro do grupo²¹³. Assim, "o grupo que paga o ordenado será igualmente o grupo que beneficia do trabalho do empregado e como tal é razoável alocar o rendimento tributável a esse grupo."²¹⁴ Todavia, existirá uma exceção sempre que o trabalhador exercer fisicamente o seu trabalho sob o controlo e responsabilidade de um membro do grupo que não aquele através do qual obtém a sua remuneração. Aqui o artigo 33 n.º2 da proposta de 2016 determina que o trabalhador e a massa salarial serão considerados do fator mão-de-obra do membro do grupo onde é efetivamente exercida, fisicamente, a atividade.²¹⁵ Já no que respeita aos serviços prestados a partes terceiras²¹⁶, a regra é a de que os mesmos não serão considerados. Contudo, atendendo ao aspeto da localização do fator, se tanto o fornecedor dos serviços como a empresa que os recebe (usufrui) pertencerem ao mesmo grupo multinacional, sujeito a consolidação, os custos de trabalho

210 CCCTB WG: possible elements of the sharing...pp. 7-8; The KMG Guide..., p. 61

211 Artigo 32.º n.º3 da Proposta de Diretiva...COM (2016) 683 final, p. 31.

212 CCCTB WG: possible elements of the sharing..., prf. 22, p. 8.

213 Art. 35.º da Proposta de Diretiva...COM (2016) 683 final, p. 32; cfr. também The KPMG Guide..., p. 61.

214 M. PETUTSCHNIG, Common Consolidated Corporate Tax Base: Effects of Formulary Apportionment on Corporate Group Entities, IN WU International Taxation Research Paper Series, N.º 2012 – 04.

215 Proposta de Diretiva...COM (2016) 683 final, p. 32; Não obstante, deve salientar-se que a exceção indicada não dispensa o preenchimento de dois elementos: o de o trabalhador ali laborar sem interrupções por um período de pelo menos 3 meses e tais empregados representarem pelo menos 5% da totalidade dos empregados do membro do grupo do qual recebem a remuneração – cfr. The KPMG Guide..., p. 61.

216 Tudo, desde de limpeza, segurança e, em geral, qualquer fornecimento de serviços que vá além da simplicidade que ponha trabalhadores à disposição da companhia.

dos empregados que fornecem os serviços terciários devem ser atribuídos à entidade onde os empregados efetivamente operam. "Nesta situação deve olhar-se em concreto para o local onde os serviços são prestados"²¹⁷.

Quanto ao conhecimento do elemento (ou custo) do fator trabalho, devemos atender ao valor da remuneração obtida que, para o cálculo da base fiscal, será considerada como despesa dedutível, tais como os benefícios adicionais, contribuições sociais, opções de stock associados, entre outros. Desta articulação (ligação) direta no contexto da MCCCIS entre os custos dedutíveis e a partilha da base fiscal resulta um importante aspecto da reforma empreendida, a simplicidade, traduzida na redução dos custos de conformidade²¹⁸. Igualmente as potenciais distorções derivadas da existência de diferentes níveis de salários através dos EM poderão sofrer um efeito corretivo pela mera introdução do elemento número de trabalhadores sem qualquer necessidade de ajustamentos intencionais. O procedimento, embora diferente, poderá vir a ter um efeito semelhante, afastando assim as razões para outras abordagens.

Já no que respeita à localização do fator trabalho, optou-se pela utilização "do local onde os empregados fornecem os seus serviços"²¹⁹ que, por norma, corresponde com o lugar onde a entidade que registou aqueles empregados na sua folha de pagamento está localizada.

Face ao exposto, defendemos ser vantajoso a introdução do elemento número de trabalhadores no fator trabalho com o objectivo de tornar menos distorcionário a medição e localização do fator. Por um lado, confere-se maior previsibilidade e segurança na sua aplicação, definindo-se empregado e calculando os custos inerentes ao valor da remuneração obtida com base na legislação do EM onde o trabalhador labora de facto, tornando-se mais realista e equilibrado a dimensão do fator e a representação da sua produtividade em cada EM. Por outro lado, atribui-se menor mobilidade ao fator através da consideração da jurisdição onde a força de trabalho efetivamente contribui para a produção de lucros. Estes aspetos levam a uma aproximação do princípio da territorialidade, reduzindo as opções de manipulação do fator pelas empresas e os próprios incentivos das jurisdições que acolhem de forma efectiva a força de trabalho, disponibilizando muitas vezes recurso e outras infra-estruturas. Em termos práticos, parece-nos ser a solução que melhor assegura uma repartição justa e eficiente do rendimento.

217 CCCTB WG: possible elements of the sharing...prf. 24, p. 8.

218 CCCTB WG: possible elements of the sharing..., prf. 25, p. 8.

219 Idem, prf. 27, p.8.

4.3.2 - Ativos

A relevância do ativo (propriedade) como fator de repartição na divisão do rendimento das sociedades não pode ser dissociado do elemento capital. O capital desempenhou desde sempre um papel chave na criação de rendimento. Como salienta AGÚNDEZ-GARCÍA, "A tributação do rendimento sobre as sociedades tem sido tradicionalmente reconhecido nas economias europeias como um imposto sobre o retorno ao capital: o fator de repartição propriedade para dividir o rendimento das sociedades pode ser visto como ligado com aquela perspectiva"²²⁰.

Porém, inerente a esta afirmação existem várias razões ou preocupações práticas que colidem com possíveis benefícios teóricos gizados pelo sistema MCCCIS, e que respeitam à admissibilidade de determinado tipo de ativos para a fórmula.

Em primeiro lugar, a propósito da medição dos ativos, a pretendida valoração teórica conforme ao valor de mercado corrente dos ativos apresenta dificuldades. Na tarefa de repartir o rendimento societário presente deve realçar-se não apenas a impossibilidade de conhecer o valor de muitos ativos não determinados, como também a incerteza no apuramento do valor fiscalmente devido pelas empresas em virtude das habituais flutuações de preço, o que dificulta a implementação da fórmula de modo equilibrado. Solucionar todos estes aspetos para alcançar a determinação precisa do valor dos ativos implicaria uma excessiva carga para as administrações fiscais e para os contribuintes, obrigando, nomeadamente à recuperação do custo histórico da propriedade e do seu valor ajustado, em conformidade com as regras fiscais para que posteriormente pudesse ser indexado a diferentes taxas nas várias entidades do grupo. Ou seja, obter a referida conformidade com o valor de mercado e evitar questões de comparabilidade entre ativos depreciados a diferentes taxas, adquiridas em momentos diferentes, constituiria uma tarefa demasiado árdua.²²¹ A carga fiscal suportada será tanto maior quanto mais precisa for a informação sobre o valor dos ativos. A utilização desta informação está dependente das condições de acesso existente, particularmente quando esteja em causa informação fiscal privilegiada.

220 A. AGÚNDEZ-GARCÍA, *The Delineation...*p.49, tradução própria.

221 Neste âmbito, o recurso aos Padrões de Relato Financeiro Internacionais (IFRS) não irão fornecer uma solução precisa, ainda que confirmem maior determinabilidade aos ativos objeto de transação.

Em segundo lugar é essencial conhecer certos elementos fundamentais sobre toda a dimensão tributável relevante do fator *e*, conseqüentemente, da própria dinâmica do mercado. Falamos aqui do âmbito, da forma de avaliação e da localização dos ativos. Quanto ao âmbito dos ativos qualificados, embora tenha sido teoricamente demonstrada a preferência por uma definição ampla que evidencie uma íntima relação com a criação de lucros, razões de ordem prática e de simplicidade tendem a sugerir apenas a consideração dos ativos tangíveis, tais como terra, edifícios, plantas, máquinas, entre outros, etc., ou mesmo aqueles ativos considerados ociosos ou não usados. Como salientado pelo grupo de trabalho MCCCIS, "para calcular a parcela da base fiscal para uma certa entidade é necessário conhecer o valor dos ativos qualificados atribuíveis a uma entidade do grupo e compará-lo com o valor dos ativos qualificados atribuíveis a todo o grupo".²²² Esta opção implica a exclusão do denominador e do numerador da fórmula de ativos correntes e financeiros, bem como dos intangíveis (incluindo inventários).

A proposta MCCCIS, dispõe nos termos do artigo 34.º n.º1 que o "fator activos deve ser constituído pelo valor médio de todos os ativos fixos corpóreos detidos, arrendados ou alocados por um membro do grupo, como numerador, e pelo valor médio de todos os activos fixos corpóreos detidos, arrendados ou alocados pelo grupo, como denominador"²²³.

A exclusão dos ativos financeiros do fator ativos da fórmula de repartição justifica-se pela sua grande mobilidade e pelo seu elevado valor, características desviantes do propósito do regime MCCCIS, já que favorecem a utilização de instrumentos para a deslocação elementos nucleares da base tributável. Contudo, na medida em que representam, para instituições financeiras, o principal rendimento criador de parte do fator ativo, estes ativos devem ser objeto de regras especiais²²⁴. Pode assim ocorrer que este tipo de ativo não seja passível de utilização para o cálculo do seu valor, podendo ser utilizado para influenciar a valorização e localização do intangível, e assim do fator ativo globalmente considerado, bem como a própria distribuição da BIC e do seu imposto fiscal médio. Os ativos intangíveis, apesar de constituírem hoje uma "parte substancial dos activos totais de muitas multinacionais"²²⁵, sendo possível identificar métodos próprios de

222 CCCTB WG: possible elements of the sharing..., prf. 29, p. 9, tradução própria.

223 Proposta de Diretiva...COM (2016) 683 final, prf 32 e 69, pp. 8 e 16.

224 CCCTB WG: possible elements of the sharing..., prf. 33, p. 9-10, em aplicar aqui uma fórmula de repartição especial)

225 Entre eles, os relativos à propriedade intelectual, goodwill, patentes, marcas de troca, entre outros.

valorização²²⁶, a sua eventual inclusão numa fórmula de repartição acabaria por exigir cálculos complexos e elevados custos de conformidade para as empresas de um grupo²²⁷ tendo sido por isso desconsiderados da composição do fator ativos. A sua exclusão deve-se sobretudo a razões de ordem prática, directamente relacionadas com a sua medição e localização. Inclui-se não apenas a utilização predominante de ativos intangíveis auto-gerados por certas empresas como também das incertezas resultantes da localização dos ativos intangíveis, sobretudo quando criados e usados por todo o grupo e não de forma individual por cada membro.

Tal como exemplifica AGÚNDEZ -GARCÍA,²²⁸ “em princípio, o valor de um intangível deve ser determinado pelo valor descontado presente, do fluxo de rendimento que a propriedade for gerar.” Contudo, nem sempre os intangíveis são constituídos por “royalties que possam ser usados para calcular o seu valor”, podendo até, em caso de pagamento de royalties ao nível intra-grupo, vir a serem “distorcidos caso os incentivos à deslocação de lucros tributáveis de altas para baixas jurisdições.”

A grande mobilidade dos ativos intangíveis transforma-os numa ferramenta por excelência²²⁹ na adoção de estratégias de planeamento fiscal assente na deslocação de parte do fator aqui considerado. O novo método pretende garantir o respeito pelo princípio da neutralidade, ao nível das transações de ativos intangíveis dentro de um grupo consolidado. Por isso, decidiu-se que aqueles ativos devem ser avaliados por um critério assente no valor escrito final mais baixo, justificando os Serviços da Comissão que os mesmos já se encontram “incluídos indiretamente na fórmula de repartição por via dos outros fatores.”²³⁰

A sua potencial inclusão na fórmula de repartição obrigaria que muitos dos seus itens (ex: royalties) fossem valorados segundo o SCS²³¹, aumentando os custos administrativos e de conformidade, plenamente contrários à simplicidade e efetividade de custos exigidos pela nova proposta de diretiva.

No que respeita ao elemento, avaliação de ativos, os Serviços da Comissão

226 Seja pela subtração do valor da empresa como um todo o valor de todos os ativos identificáveis e passivos – residual de uma avaliação empresarial completa - CCCTB WG: possible elements of the sharing..., prf. 33, p. 9-10; cfr.nos EUA o Caso Geoffrey Inc. v. South Carolina Tax Commission, 437 S.E. 2D (1993).

227 CCCTB WG: possible elements of the sharing..., prf. 33, p. 9-10.

228 A. AGÚNDEZ GARCÍA, *The Delineation...*p. 50, tradução própria.

229 J. WEINER, *Formula One. The race to find a common formula to apportion the EU tax base*, EC Tax Law Review, 2008-3, pp.104-106.

230 Como exemplos podemos realçar, quanto ao fator trabalho, o caso dos ordenados de outros empregados/mão-de- obra que lidam com intangíveis, quanto ao factor activos, através de activos usados na criação de activos intangíveis, ou das próprias vendas, pela venda de bens ou serviços que incluam o valor dos intangíveis - CCCTB WG: possible elements of the sharing...,prf. 33, p. 9-10;

231 Com a inerente aplicação de um método de comparabilidade de preços de mercado.

decidiram afastar neste âmbito as opções assentes no valor justo, no custo histórico ou numa abordagem de fluxo, em abono de um entendimento mais realista que considere o valor fiscal escrito mais baixo dos ativos. Como defendido, esta opção permitirá identificar de forma simples e adequada o valor a computar na fórmula, já que transmite de forma mais próxima o valor de mercado do ativo. É uma solução que confere maior alívio e afasta os altos custos de conformidade inerentes à medição do valor de mercado. Ou seja, os benefícios de utilizar o valor de mercado seriam inferiores face aos excessivos custos e dificuldades de reavaliação de todos os ativos cada ano.²³²

Deste modo, passa a ser possível determinar o valor fiscal escrito mais baixo dos ativos qualificados, primeiro, na preparação dos cálculos da base de imposto da entidade, podendo-se considerar o valor fiscal escrito mais baixo dos ativos qualificados individualmente depreciados. Em segundo lugar, sempre que estiverem em causa ativos agrupados, pode ser usado o valor fiscal escrito mais baixo da entidade dos ativos agrupados, excluindo-se ativos do inventário, dos ativos financeiros e dos ativos intangíveis do conjunto ativos agrupados (pool de ativos), uma vez que os dois primeiros não são ativos depreciáveis e os últimos são muitas vezes depreciados individualmente.

Para além da valoração dos ativos intangíveis, coloca-se também o problema da sua atribuição a uma concreta jurisdição. Dado que está em causa a aplicação de uma fórmula de repartição que considera o resultado consolidado de todo o grupo, economicamente relacionado, a tarefa de separar e identificar a contribuição de cada jurisdição torna-se mais complexa.²³³ No que toca ao conhecimento do elemento, localização de ativos, enfatizou-se, como regra geral, a coincidência com a localização do proprietário económico dos ativos, ou seja, aquele que tem na sua esfera jurídica o direito a depreciar os ativos.²³⁴ Mas perante situações em que a entidade que utiliza os ativos não coincida com a entidade que efetivamente os deprecia, prevalece a coerente regra da atribuição do direito aquela primeira. Esta regra que desconsidera o proprietário dos ativos (jurídico ou económico) em favor do local onde efetivamente eles são usados²³⁵ tem fortes consequências, por exemplo, no caso de bens ativos arrendados ou alugados a partes terceiras, sendo relevante para reduzir os riscos de dupla tributação ou de não tributação, mesmo que um “ativo surja em duas fórmulas diferentes onde as duas partes do contrato de leasing não pertencem ao

232 CCCTB WG : the possible elements of the sharing...p.10.

233 AGÜNDEZ-GARCIA, The Delineation...p. 51.

234 Artigo 35.º n.º 1 da Proposta de Diretiva...COM (2016) 683 final, p. 32; cfr. também AGÜNDEZ-GARCIA, The Delineation...p. 51.

235 Artigo 35.º n.º 2 da Proposta de Diretiva...COM (2016) 683 final, p. 32; cfr. CCCTB WG: possible elements of the sharing..., prf. 39, p. 11.

mesmo grupo MCCCIS.”²³⁶ Estão em causa o tratamento de ativos que geram dois tipos diferentes de rendimento.

Saliente-se ainda a importância da exclusão de ativos de grande mobilidade, (inventário, financeiros e os ativos intangíveis) e a regra de localização que refere o lugar efetivo onde os ativos serão usados que se assegure a diminuição dos espaços para o planeamento fiscal estratégico sempre que o mecanismo de repartição for afetado por transferências intra-grupo de ativos²³⁷.

O fator ativos é considerado como aquele que introduz mais distorções num sistema de tributação com uma fórmula de repartição, precisamente por ser o que beneficia de maior mobilidade²³⁸. As empresas detêm controlo sobre a localização da maioria dos fatores móveis, como a propriedade e o capital. O seu contributo na criação de valor para a economia como um todo é evidente. Por isso, a imposição restrições para certas categorias, com reflexo numa menor precisão sobre a sua origem, apesar de necessária não deverá omitir o fomento de uma iniciativa constante no desenvolvimento de novas pesquisas, que permitam acolher o contributo de cada ativo para criação do rendimento tributável.

Na definição do elemento "localização de ativos", os Serviços da Comissão afirmaram a possibilidade de, no plano técnico de elaboração da fórmula, se construir uma regra anti-evasão para contrariar as transferências de activos entre membros de um grupo para os EM com um nível mais baixo de tributação, e bem assim as vendas desses ativos subsequentes a partes terceiras sensivelmente no prazo de um ano. Esta regra consubstancia-se na possibilidade de considerar o ativo no numerador para a entidade que foi a proprietária originária do ativo e não para a proprietária do ativo quando este foi vendido ou deixou o grupo²³⁹.

Dada a grande mobilidade e multiplicidade de categorias que o fator ativos pode assumir e o pleno ou quase total controlo que as empresas detêm sobre eles, é

236 CCCTB WG: possible elements of the sharing..., prf. 40, p.11.

237 Consideremos a situação descrita: primeiro, um ativo é transferido ao seu valor fiscal escrito mais baixo para uma entidade do grupo localizada no Estado Membro com nível de imposto mais baixo sem accionar a tributação; segundo, o ativo é vendido a uma parte terceira, e uma parcela maior da base fiscal será atribuída à empresa localizada no Estado Membro com um nível de imposto mais baixo devido à localização dos ativos (deslocação de fator); CCCTB WG: possible elements of the sharing..., prf. 41, p. 11;

238 Contrariamente ao que sucede com os factores trabalho e vendas pelo destino, menos susceptíveis de controlo pelas empresas.

239 Caso a venda a partes terceira ocorre dentro de um ano a partir da transferência intra-grupo, CCCTB WG: possible elements of the sharing... p. 12. prf. 42.

impreterível aplicar critérios que delimitem com rigor o respetivo âmbito, valoração e localização daquele. O objetivo é minimizar a adoção de comportamentos estratégicos desconformes com o princípio da neutralidade, e que se traduzem na deslocação de fatores entre jurisdições levando aumento das situações de concorrência fiscal prejudicial entre os governos nacionais na captação de investimento estrangeiro.

Deste modo, apesar de concordarmos com a necessidade de restringir o fator, parece-nos difícil que as regras e critérios escolhidos para a determinação de rendimento sejam suficientes para criar um repartição justa e adequada, respeitadora do princípio da neutralidade. Enquanto elemento económico, os ativos apresentam uma dinâmica muito própria, diferente dos restantes fatores, caracterizada pela elevada mobilidade dos bens transaccionados e pela maleabilidade de aplicação às mais diversas situações do comércio internacional. Contudo, esta capacidade de adaptação aos mais variados tipos de transacção, ao ser limitada pelos critérios territoriais previstos para o princípio waters edge dificulta a valorização efectiva do fator como elemento criador de rendimento. Seja utilizando a regra da depreciação efectiva, seja afastando intangíveis e financeiros. Por isso, ao pretender-se maior simplicidade e eficiência, acaba-se, de certo modo, por descaracterizar a realidade do fator ativos através da sua representação imperfeita na fórmula de repartição (embora se preveja a aplicação de uma fórmula especial para os ativos financeiros).

4.3.3 – Vendas

O terceiro e não menos relevante fator a ser acolhido pela fórmula de repartição no âmbito da proposta de Directiva da Comissão Europeia são as vendas. No desenho da fórmula de repartição, o fator vendas identifica-se com o lado da procura e, como tal, pretende, "estimar a contribuição de cada jurisdição para os lucros do grupo"²⁴⁰.

Diz-nos o artigo 37.º n.º 1 da proposta que o “fator vendas é constituído pelo total das vendas imputadas a um membro do grupo incluindo estabelecimentos estáveis”...“como numerador, e pelo total das vendas do grupo, como denominador”. Esta configuração está contida na fórmula previamente apresentada. Clarifica o n.º 2 que o conceito de vendas para efeitos de consolidação e repartição, inclui “os proventos de todas as vendas de bens e prestações de serviços, depois dos descontos e das devoluções, excluindo o imposto sobre o valor acrescentado e outros impostos de direito.”

240 AGÚNDEZ – GARCÍA, *The Delineation*....p. 52.

O fator vendas pelo destino, no qual se destaca o elemento receitas brutas, constitui um fator criador de rendimento importante, passível de ser tributado e repartido entre os EM no contexto de aplicação de uma fórmula de repartição. Em grupos multinacionais, a realização de lucros só é possível por meio da efetiva realização de vendas.²⁴¹ Assim, ao considerar a procura um importante fator criador de rendimento, no sentido de que o lucro só é realizado pelas empresas se conseguirem vender o seu output, reconhece-se que "o papel do fator vendas na fórmula é representar o lado da procura na criação de rendimento", devendo, como tal, ser medido pelo destino"²⁴². As vendas medidas pelo destino como fator de repartição representam o lado da procura na fórmula.²⁴³

Não obstante a sua relevância como fator criador de rendimento, sobretudo atendendo ao percurso histórico dos EUA e Canadá, foi necessário ultrapassar no seio do GT vários obstáculos relativos à sua admissibilidade como fator de repartição.²⁴⁴ Estarão aqui em causa questões relacionadas com o seu âmbito, avaliação e localização. Em particular, no que toca à sua medição, a importante questão sobre se o fator deve ser medido com base na origem ou atendendo ao destino das mesmas.

Considerar o fator vendas na origem implicaria atender ao lugar ou jurisdição a partir da qual os bens são enviados. Porém, esta tendência, que favorece a lógica de tributação com base na residência (países desenvolvidos) revelou, tal como expressamente realçado pelos Serviços da Comissão, "uma base concetual fraca como fator gerador de rendimento e como fator de repartição".²⁴⁵ A sua consideração repetiria de forma significativa o papel desempenhado não só pelos ativos e pela folha de pagamento como igualmente outros fatores criadores de rendimento. Adicionalmente, traduzir-se-ia na atribuição inadequada da base fiscal a localizações incorretas, uma vez que as transações intra-grupo serão eliminadas. Deste modo, "os efeitos da contribuição dos inputs intermediários para a criação do rendimento ou a produtividade de outros fatores através da cadeia de empresas de um dado grupo não seriam escolhidas."²⁴⁶ Outro argumento que afasta a introdução de um fator vendas pela origem é a sua fácil manipulação

241 Idem, p. 52.

242 CCCTB WG: possible elements of the sharing... p. 12, prf. 46.

243 C. SPENGLER e A. SCHÄFER, *The Impact of ICT*.. p. 22.

244 WEINER dá-nos aqui um exemplo: uma empresa pode contratar com uma agente de vendas independente para conduzir as vendas no mercado relevante, deslocando desta forma as vendas do Estado pretendido para o Estado escolhido, J. WEINER, *Formula One*...p.103.

245 CCCTB WG: possible elements of the sharing..., prf. 44, p. 12, tradução própria.

246 Idem, prf. 44, p. 12, tradução própria.

e consequente propensão para a elaboração de estratégias artificiais de planeamento fiscal por meio da deslocação de fatores²⁴⁷, inviabilizando a possibilidade de o fator vendas compensar os Estados de comercialização.

Quanto às vendas pelo destino, embora possamos encontrá-la presente noutros fatores de repartição, a sua dinâmica reduz consideravelmente os espaços para a criação de estratégias de planeamento fiscal. As vendas pelo destino consideram como relevante o local onde os bens e serviços são entregues ou consumidos.²⁴⁸ Trata-se de um fator dotado de menor mobilidade comparativamente com os restantes fatores, gozando inclusive de alguma flexibilidade e capacidade de adaptação consoante estejam em causa entregas físicas no contexto do comércio tradicional ou, diferentemente, entregas digitais, onde se privilegia a atribuição da parcela do rendimento tributável à jurisdição em que o bem é consumido. O próprio consumidor ou “cliente será dificilmente influenciado pela empresa vendedora”²⁴⁹, dado que uma eventual tentativa de realocação do destino da venda, por exemplo, a um terceiro país, torna mais dispendioso os custos da transação. Tal permite uma maior conformidade com o princípio da neutralidade no sentido de que a menor mobilidade do fator vendas, medido pelo destino, conduz a menores distorções fiscais nos impostos aplicados na jurisdição do destino dos bens.²⁵⁰ Esta opção leva as empresas a terem menos facilidade em controlar a efetiva localização dos consumidores,²⁵¹ permitindo-se através daquelas unidades em exercício a obtenção de uma maior parcela dos lucros tributáveis do grupo por referência aos EM onde os bens são predominantemente vendidos ou os serviços prestados.²⁵²

MCLURE realça que as empresas desenvolverão estratégias mais competitivas se for atribuída "maior ponderação aos factores medidos pelo destino, por oposição aos factores avaliados pela origem, como a folha de pagamento (mão de obra) ou propriedade (ativos).”²⁵³

247 Aspeto particularmente relevante quando consideramos o lugar do carregamento do bem.

248 C. MCLURE, *Corporate Tax Harmonization...*, pp. 170; J. WEINER, *Formulary Apportionment and Group Taxation in the European Union: Insights from the United States and Canada*, Taxation Papers, DG Taxation and Customs Union, Working Paper n° 8, March 2005, European Commission, pp. 16-17, disponível em https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/resources/documents/taxation/gen_info/economic_analysis/tax_papers/2004_2073_en_web_final_version.pdf, acedido a 20.03.2016.

249 M PETUTSCHNIG, *Common Consolidated Corporate...* pp. 16-17, tradução própria.

250 Situação contrária à que ocorreria se as vendas fossem medidas na origem.

251 É o caso da existência de custos de transporte, na medida em os bens tornam-se fiscalmente relevantes pela sua entrega física no local de destino.

252 A. AGÚNDEZ-GARCIA, *The Delineation...* p. 52.

253 C. MCLURE *CCCTB WG: possible elements...*, prf. 50 e 51, p.13, tradução própria.

Da análise comparativa entre os dois itens assinalados resulta que o fator vendas pelo destino apresentará uma ligação mais direta com o território do EM onde cada membro do grupo desenvolve a sua atividade económica, contrastando com o conceito de vendas na origem, onde os fatores "têm em geral uma clara conexão com cada membro do grupo individualmente".²⁵⁴ Cada grupo multinacional dispõe, hoje, de mais do que uma entidade a operar num dado (ou em vários) EM, pelo que a decisão sobre como repartir equitativamente pelos membros as parcelas da base de imposto consolidada, não dispensa a escolha ou opção por um elemento mais ligado ao território ou, ao invés, mais conectado com a entidade que o gera (residência). Destas considerações prévias decorre portanto a necessidade de comparar o valor das vendas qualificadas atribuíveis a uma dada entidade com o valor das vendas qualificadas atribuíveis a todo o grupo.²⁵⁵

Na arquitetura delineada pelos Serviços da CE, a escolha do item destino permite uma medição fácil das vendas, identificando-as com um objetivo de quantidade, isto é, de fluxo de caixa. Contudo, apesar de mais vantajoso relativamente ao item origem, este fator acaba por colidir com os princípios de tributação das sociedades tradicionais, orientadas pelo livre jogo da oferta e da procura, o que gera, para cada empresa, a atribuição de cargas fiscais totais diferentes, consoante o local onde elas vendam os seus outputs.

O argumento principal "a favor do fator vendas é o de que pode mitigar ou mesmo eliminar as distorções na tributação internacional das multinacionais no contexto de uma fórmula de repartição".²⁵⁶ EICHNER considera vantajoso a inclusão do fator vendas na fórmula, uma vez que acaba por gerar em muitos casos externalidades positivas, ao nível da "fórmula" mas também quanto à "base tributável", "quando a propriedade e a folha de pagamento são usadas como fatores de repartição, mas negativas para uma fórmula puramente assente em vendas."²⁵⁷

Por outro lado, no que toca às vendas qualificadas, as mesmas foram aceites como elementos integrantes do conceito de negócio, em que se incluem as vendas de bens e a provisão de serviços e o próprio volume de negócios líquidos da conta de lucros e perdas. Deste núcleo de negócio decidiram os Serviços da Comissão retirar as receitas decorrentes

254 A. GÜNDEZ-GARCIA, *The Delineation*, p.54, tradução própria

255 CCCTB WG: *possible elements of the sharing...*, prf. 49, p.13, tradução própria.

256 T. EICHNER e M. RUNKEL, *Why the European Union Should Adopt Formula Apportionment with a Sales Factor*, *The Scandinavian Journal of Economics*, 2008, p. 586.

257 *Idem*, p. 586, tradução própria.

de rendimento isentos.²⁵⁸ Ou seja, acolheu-se uma solução que considera o volume de negócios obtido pelo contribuinte numa transação regular como forma de evitar a uma atribuição artificial de rendimento, por meio da deslocação do fator para uma jurisdição fiscal mais favorável, consubstancie-se esta regularidade em vendas de bens tangíveis ou intangíveis, ou na dinâmica dos serviços prestados. Os procedimentos de negócio não-regulares são assim excluídos.²⁵⁹ Favorece-se, assim, um maior equilíbrio no direito de tributação dos EM.

SPENGEL e SCHÄFER,²⁶⁰ questionaram se a mera procura constitui um fator produtor de rendimento e, em consequência, se a quota-parte do rendimento tributável deve ser atribuída às jurisdições que procuram, unicamente porque fornecem um mercado de consumo. Segundo a sua análise, a abordagem "oferta" é preferível a uma abordagem procura/oferta, não apenas por ser cada vez mais difícil determinar o exato lugar da procura, mas também por a tributação dos lucros de uma empresa, na jurisdição da procura, deter uma ligação fiscal à mesma. Por outro lado, considera que a atribuição de direitos de tributação sobre o rendimento das sociedades não é mais baseada em quaisquer condições de procura sejam elas quais forem.

AGÚNDEZ-GARCÍA²⁶¹ realça outro argumento que questiona o potencial benefício da inclusão do fator vendas pelo destino na fórmula de repartição: "se a procura nunca desempenhou um papel conceptual na remuneração das jurisdições fiscais para a tributação dos grupos, porque deveria fazê-lo agora?". A atribuição de direitos de tributação não depende das condições de procura existentes.

À semelhança dos restantes fatores, trabalho e ativos, o fator vendas pelo destino encontra-se sujeito a outro tipo de impostos para além do imposto sobre o rendimento do EM produtor do bem.²⁶² Através do regime tributação societário previsto na MCCCIS, e atendendo à ponderação dada na fórmula ao fator vendas, somente uma parte da base fiscal será atribuída aos Estados consumidores. A outra parte, constituída pelos fatores de repartição do lado da oferta, irá considerar os Estados produtores. Não existe, deste modo, risco de uma maior parte da base de imposto consolidado passar

258 Exemplo: os ganhos de capital financeiro ao abrigo do esquema de isenção de participação, o rendimento extraordinário, as receitas de rendimentos passivos afetos exclusivamente à fórmula e outras receitas de rendimento passivo, como juros, dividendos, etc...

259 CCCTB WG: possible elements of the sharing..., prf. 50 e 51, p.13, tradução própria.

260 C. SPENGEL e A. SHÄFER, The Impact of ICT...pp. 6-7.

261 A. AGÚNDEZ-GARCÍA, The Delineation...p. 53.

262 Afastado fica também o receio de que a medição do factor vendas pelo destino duplique as compensações fiscais nos Estados consumidores - CCCTB WG: possible elements..., prf. 50 e 51, p. 13.

passar a ser detido pelos Estados consumidores. Embora não goze de um amplo consenso na sua aplicação prática, o fator vendas pelo destino tomará em devida consideração a nova distribuição das bases de imposto sobre os grupos de empresas, contribuindo para uma tributação mais eficiente e justa.

Quanto à não inclusão das vendas intra-grupo no cálculo da mccc, pretende-se evitar as complexidades inerentes ao sistema de preços de transferência, considerando-as somente ao nível de utilização do método do SCS.²⁶³ Apesar de contribuírem para os lucros líquidos do grupo, a eventual inclusão deste item no fator vendas levaria à manutenção e aumento das atuais estratégias de manipulação de preços, refletindo-se no aumento das iniciativas para a deslocação do fator vendas para países com menor nível de tributação bem como na alteração do número de transações intra-grupo com o propósito de inflacionar o fator vendas.²⁶⁴ Pretendeu-se assim reafirmar os benefícios de adotar uma fórmula de repartição com múltiplos fatores, na medida em que apenas parcialmente conseguem influenciar (e no fundo equilibrar) o resultado final da repartição.²⁶⁵

No que respeita ao valor das vendas qualificadas, o regime da MCCCIS contém a proposta de cálculo simples da base fiscal, em termos de pagamento não monetário, taxa de troca, entre outros.²⁶⁶

Quanto à localização das vendas qualificadas, foi determinado, com base na opção vendas pelo destino, a atribuição das mesmas à entidade localizada no EM onde as vendas efetuadas a partes terceiras ocorrem, ou seja, o lugar da entrega física do bem ou serviço, se for identificável. Caso não seja possível, considerar-se-á a parte terceira recebedora da entrega física identificável em último lugar na cadeia de vendas (artigo 38.º da Proposta MCCCIS). Arredada deste âmbito ficou a questão dos preços de transferência, dada a exclusão das vendas intra-grupo. Sempre que o lugar da “entrega física” dos bens coincida com o território do EM onde a compra é estabelecida não haverá complexidades inerentes. Contudo, a existência desta coincidência nem sempre constituirá a regra. Por isso, apesar do esforço empreendido no sentido de construir um conceito de vendas útil e simples, existem certos tipos de bens transacionados, cujas características apelam à consideração de aspetos particulares.²⁶⁷

263 Exemplo: as vendas não relacionadas de partes terceiras que apenas contribuem para os lucros líquidos do grupo.

264 A. AGÚNDEZ-GARCÍA, *The Delineation...*p. 53.

265 CCCTB WG: possible elements of the sharing...p. 13, pt. 48

266 Idem, p. 12, prf. 43

267 Ex: onde o royaltie será localizado ou onde o pagador está localizado , etc

A simplicidade e conformidade do item destino em termos de custos, permitem determinar a jurisdição onde os bens e serviços são efetivamente fornecidos. Por vários motivos. Em primeiro, lugar mencione-se a complexidade inerente à atribuição de receitas derivadas do fornecimento de certos serviços e da venda de bens intangíveis. Por outro lado, vivemos numa economia cada vez mais global, onde é inegável o papel desempenhado pelas TIC na alteração do paradigma da relação entre comprador-vendedor. O curso do processo negocial entre ambos, desde o momento do início das negociações, não presenciais, tornam difícil determinar de forma exata o local da procura, aumentando o custo efetivo da sua determinação. A desnecessidade de uma presença física no contrato tornou mais fácil a realização de negócios num país. Estes aspetos caracterizam o atual quadro do comércio eletrónico, um dos fenómenos que maior complexidade tem dado à repartição e atribuição do rendimento tributável, sobretudo se atendermos ao facto de muitos dos bens comercializados e vendidos serem bens intangíveis ou mesmo serviços que não requerem a existência de um espaço fisicamente delimitado para serem entregues ou prestados aos consumidores. Este quadro torna exigível a ligação a uma determinada atividade económica para o estabelecimento de um nexo de tributação relevante e adequado à elevada mobilidade dos bens transacionados. Como denota AGÚNDEZ-GARCIA, sem o "estabelecimento de um nexo de tributação física nalgumas jurisdições da procura não é possível atribuir um direito de tributação às mesmas e então escolher a procura como fator de repartição é inútil, tais como as intenções subjacentes de atribuir parcelas do rendimento às jurisdições da procura não podem ser continuadas".²⁶⁸ Está em causa a difícil tarefa de determinar o exato local onde as vendas ocorrem. Recupera-se aqui o já supra mencionado a respeito da delimitação do âmbito territorial.

No plano internacional, a OCDE avançou com algumas sugestões, tendo-as plasmado no seu MCOCDE relativo à tributação dos capitais. De entre eles destaca-se a consideração do site de venda do estabelecimento. Porém a sua insuficiência como elemento de conexão tem sido altamente criticada. A este propósito o importante contributo das soluções avançadas por RITA PIRES, nomeadamente, quando invoca como potenciais soluções a consideração do lugar da residência do consumidor ou do intermediário tecnológico ou financeiro. Tratam-se de elementos que permitem identificar a cadeia de

268 A. AGÚNDEZ-GARCIA, *The Delineation...*, p. 54, tradução própria; cfr também o conceito de "térmitas fiscais" em VITO TANZI, *Globalization, Technological, Developments, and the Work of Fiscal Termites*, IN International Monetary Fund Working Paper, Washington, November 2000, pp. 5-8.

valor inerente à dinâmica da gestão, própria da tributação na fonte.²⁶⁹

No que toca às vendas de bens imóveis a solução encontrada é bem mais simples. Estas vendas, atendendo às características de imobilidade dos bens, serão localizadas no EM onde os bens são fisicamente entregues, ou seja, onde o bem imóvel está localizado.²⁷⁰ De forma semelhante à localização dos bens imóveis, também o fornecimento de serviços relacionados com estes bens acolhem como jurisdição para a sua localização o EM onde está localizado o próprio bem imóvel. Formula-se aqui uma regra paralela à da venda de bens imóveis. Quaisquer outros serviços que não os relacionados com bens imóveis serão adequadamente localizados no destino do fornecimento do serviço, isto é, no EM onde os serviços são correntemente usados ou consumidos (ex: serviços de educação).

Em face do exposto, entendemos que o conceito de vendas delineado pela proposta MCCCIS, apesar parcialmente presente nos restantes fatores, afigura-se da maior relevância, porque relacionado com os benefícios fiscais das empresas. Como realçado, as TIC tornaram complexo e dispendioso a tarefa de localização das vendas, sendo razoável que, à semelhança do ocorrido no fator ativos, os elementos intangíveis sejam excluídos como forma de assegurar que o rendimento é alocado/atribuído à jurisdição da procura. Do nosso ponto de vista, é preferível uma abordagem do fator pelo destino, que evite a aplicação do critério da jurisdição onde a transacção (performance económica) ocorre. Este critério, no âmbito da atividade económica de um grupo desenvolvido em vários EM, permite habitualmente localizar a oferta e confere oportunidades às empresas para manipularem um fator já por si bastante móvel.

4.4 - A Ponderação dos Fatores da Fórmula de Repartição

A procura por um método unitário de tributação para a UE envolve a escolha dos fatores de repartição mais pertinentes mas igualmente a forma mais simples aplicá-los, o que pode dificultar a defesa dos interesses fiscais dos vários interessados, EM e grupos multinacionais europeus.²⁷¹ Sobretudo se pretendermos que a fórmula de repartição reflita um equilíbrio relativamente aos benefícios e desvantagens decorrentes da maior ou menor ponderação atribuída aos fatores, tanto do lado da oferta (trabalho e ativos) como o lado da

269 RITA PIRES, *A Tributação Internacional*...pp. 354-383 e 400-411.

270 Veja -se a este propósito o Ac. do Tribunal de Justiça da União de 12 de Abril de 1994, *Halliburton Services BV contra Staatssecretaris van Financiën*, Processo C-1/93.

271 A. AGÚNDEZ-GARCIA, *The Delineation*...pp.57-56.

procura (vendas).²⁷² Esta constatação leva a considerar a medição dos fatores uma tarefa complexa.

A MCCCIS propõe um esquema de repartição diferente para a alocação do rendimento tributável das várias entidades de um grupo, com uma orientação própria a respeito dos princípios de tributação aplicáveis.²⁷³ Existe uma preferência clara por uma fórmula de repartição constituída por múltiplos fatores equitativamente ponderados, em detrimento de um esquema que acolha somente um ou dois fatores.

A presença ou existência de um maior número de fatores de repartição num determinado EM traduz-se na atribuição de uma parcela mais ampla da MCCC e, por conseguinte, na potencial criação de um maior número de vantagens económicas e fiscais. Complementarmente, maior disciplina deverá ser conferida na aplicação dos princípios da equidade e da eficiência para evitar a criação de externalidades fiscais.

Não obstante, como refere WEINER " a fórmula que maximiza o rendimento num Estado Membro não será muito provavelmente a fórmula que maximiza o rendimento em todos os Estados Membros".²⁷⁴ Com efeito, a aplicação da reforma em curso pode vir a beneficiar certos EM em detrimento de outros.²⁷⁵ Ao identificar os efeitos prováveis pelos diferentes fatores de repartição será pertinente atender às parcelas relativas dos fatores relativamente ao montante global. Os países que registem uma maior variação destas parcelas relativas quanto a outras jurisdições e entre os fatores de repartição, denotam maior incerteza no apuramento do lucro efetivamente tributável e uma maior necessidade de resposta concreta e de coordenação efetiva.²⁷⁶ Deverá existir, portanto, uma adequada correspondência entre a distribuição dos fatores presentes num EM e a parcela do rendimento tributável que lhe vier a ser atribuída através do mecanismo de repartição. O caminho a percorrer para obter os resultados desejados depende do concreto contexto político-económico. Estas condicionantes motivarão certamente os EM na decisão de acolhimento de certos fatores em detrimento de outros, com prejuízo para o princípio da

272 C. MCLURE, *The European Commission's Proposals...*p. 35.

273 M. DEVEREUX e S. LORENTZ, *The Effects...*pp. 9-11.

274 J. WEINER, *Formulary Apportionment and Group Taxation.*p. 102.

²⁷⁵ Levando a que as subsidiárias paguem impostos consideravelmente mais elevados do que no SCS – C. DAHLE e M. BÄUMER, *Cross-Border Group-Taxation and Loss-Offset in the EU- An Analysis for CCCTB (Common Consolidated Corporate Tax Base) and ETAS (European Tax Allocation System)*, IN *Diskussionsbeitrag Nr. 66, Arqus, April 2009*, pp. 17-18.

²⁷⁶ M. DEVEREUX e S. LORENTZ, *The Effects of...*pp. 9.

princípio da neutralidade.

Um interessante estudo a este propósito foi levado a cabo por REGINA ORTMAN²⁷⁷ que num quadro de inexistência de acordo entre EM quanto aos fatores escolhidos realçou o efeito útil da "ambiguidade da incerteza" e a sua repercussão nas expectativas de rendimento dos grupos multinacionais e no objectivo de prevenção do planeamento fiscal. Este aspecto, pertinentemente desenvolvido pela autora não incide na incerteza do imposto sobre as decisões de investimento, nem tampouco sobre o desenho de fórmulas de repartição destinadas a alocar a base de imposto dentro das jurisdições, mas sobre a "incerteza decorrente de uma alocação fiscal não coordenada entre jurisdições" do rendimento tributável relevante. O mecanismo de repartição surge como um sistema prático para a distribuição de rendimento tributável, decorrente de um processo de consolidação prévio de lucros e perdas de um grupo.

Contudo, conceder aos EM a livre escolha da ponderação dos fatores de repartição levará inevitavelmente a resultados ineficientes. Deste modo, os "resultados clarificam que a incerteza na ponderação dos fatores afetam as expectativas das multinacionais sobre o rendimento futuro pos-imposto de forma ambígua"²⁷⁸, dado que a "partilha da obrigação fiscal da base tributária do grupo depende da combinação na ponderação em cada jurisdição e da alocação dos fatores dentro das empresas multinacionais."²⁷⁹

Havendo incerteza na ponderação dos fatores de repartição, os EM enfrentam, segundo ANAND e SANSING²⁸⁰, o chamado dilema (do prisioneiro) entre uma solução de coordenação ou um incentivo a atuar unilateralmente. Neste jogo dinâmico, enquanto uma regra de repartição harmonizada prevalece como a solução cooperativa de um jogo entre dois Estados, num âmbito alargado ou multilateral, a maioria das jurisdições têm incentivos em desviar-se de uma tal solução de coordenação. Conforme salientam os autores, as o "bem estar social é maximizado quando os Estados coordenam a escolha sobre as formulas de repartição, "apesar de os "terem habitualmente incentivos unilaterais

277 R. ORTMAN, *Uncertainty in Weighting Formula Apportionment Factors – How does weighting uncertainty impact after-tax income of multinational groups?*, DIBT Doctoral Program in International Business Taxation at Vienna University of Economics and Business, Welthandelsplatz 1, A-1020 Vienna, 2015, p. 163.

278 Idem, p.175, tradução própria.

279 Idem, p.174, tradução própria.

280 B. ANAND e R. SANSING, *The Weighting Game: Formula Apportionment as an Instrument of Public Policy*", *National Tax Journal*, Vol. 53, 2000, p. 193

a desviarem-se de qualquer solução de coordenação". Parece existir aqui um conflito entre os Estados da fonte, que como importadores aumentam o seu fator vendas, como dos Estados exportadores, que terão incentivos em aumentar os seus fatores de produção.

GOOLSBEE e MAYDEW atenderam às consequências globais desfavoráveis de adoptar uma postura unilateral de alteração das ponderações dadas aos fatores de uma fórmula de repartição, com impacto não apenas sobre o seu sistema mas também sobre os outros sistemas com quem mantenham uma forte relação económica. Em particular, constataram que uma mudança unilateral operada no fator folha de pagamento tem como efeito a criação de externalidades negativas ao nível de emprego, investimento e vendas dentro e entre Estados. Como bem salientam, enquanto “uma redução no peso da folha de pagamento aumenta o emprego num Estado, igualmente diminui o emprego noutros Estados através do termo médio da carga fiscal”.²⁸¹ A análise dos autores permitiu-lhes concluir que os efeitos se encontram diretamente relacionados com a potencial adoção de uma política fiscal endógena pelos EM.²⁸²

O sistema com uma fórmula de repartição tem efeitos económicos semelhantes aos de um sistema que aplica um imposto sobre cada fator de repartição a incluir na fórmula. A adopção de uma fórmula de repartição uniforme, com fatores e níveis de ponderação aplicáveis de modo igual a todos, nas mesmas condições exige a conjugação de um amplo conjunto de interesses. Deste modo, o apuramento da fórmula de repartição ficará dependente do efeito útil das negociações desenvolvidas entre os EM. É um jogo de cooperação²⁸³ cujo sucesso depende em grande medida da credibilidade dos intervenientes (jogadores) e da informação disponível, bem como da melhor forma para transmiti-la às partes na sua vinculação. A possibilidade de cada EM divergir na escolha de uma fórmula de repartição determina a inexistência de uma fórmula tida como ótima por todos.

Considere-se aqui o exemplo dado por RUNKEL e SCHJELDERUP, e que respeita a uma ponderação positiva sobre o fator capital (ativos) de uma entidade no sentido de poder determinar o aumento da taxa de imposto aplicável ao grupo numa jurisdição, conduzindo a que aquela empresa invista menos naquela jurisdição e mais noutras. Este caso permite o aumento da base tributável consolidada atribuindo-a a outras jurisdições

281A. GOOLSBEE, E. L. MAYDEW, *Coveting Thy Neighbour's Manufacturing: the Dilemma of State Income Apportionment*", *Journal of Public Economics*, Vol. 75, 2000, p. 16, tradução própria.

282 *Idem...*p.11

283 J. MINTZ, *Corporate Tax Harmonization*, pp. 230-234

para além do que seria normalmente previsível, criando uma externalidade fiscal positiva. simultaneamente, a mudança operada na alteração da distribuição do capital leva também a modificar a procura por mão-de-obra e salários noutros Estados.²⁸⁴

Estes autores, contrariamente a outros, defendem que a introdução de uma fórmula de repartição irá aumentar substancialmente a receita fiscal média e o bem estar dos EM. O quadro obtido é de tal modo favorável que até será benéfico que os EM escolham a fórmula e a ponderação a atribuir aos fatores de repartição.²⁸⁵

O impacto ou importância de cada fator no rendimento gerado, na criação dos próprios lucros, influencia o nível de ponderação que, no plano político, cada Estado procura atribuir àqueles fatores. Nesta medida, os fatores de repartição escolhidos influenciarão a distribuição do rendimento tributável entre as empresas. Contudo, em termos práticos, defendemos que continua a ser difícil encontrar um equilíbrio entre dois objetivos nucleares do método de repartição: a repartição justa e eficiente da matéria colectável e a redução dos custos de conformidade. A definição de unidade tributável e a conceção do principio waters edge assumido pela reforma acabam por restringir em grande medida a forma como os fatores de repartição reconhecem o valor económico das actividades. Atenção, não se desconsidera aqui a necessidade de fixar limites interpretativos (pessoais ou territoriais), que com clareza e objetividade auxiliem na determinação de qual rendimento que deve ser tributado e quem tem o direito a tributar. Porém, sob a bandeira da simplicidade administrativa recorta-se a realidade económica integrada do mercado único de forma artificial plasmando-a em fatores teóricos que procuram identificar o lucro obtido por um grupo sem atender ao seu lucro real. Mesmo a preocupação sentida em que EM consumidores e produtores sejam tratados de igual forma na fórmula pode não afastar o fantasma do desequilíbrio na repartição, dado que a base de imposto prevista pela reforma passará a ser mais ampla que a actual. Teoricamente será concedida uma maior parcela a EM com menos PIB. Assim, ainda que exista um aumento das receitas fiscais, e se assista posteriormente a uma diminuição da tributação – reequilíbrio decorrente do ajustamento das condições de mercado, para as quais será fundamental o sistema de compensação de perdas - nada garante que os níveis de concorrência alcançarão níveis desejáveis, com taxas de imposto (não serão harmonizadas) direcionadas para o crescimento e sustentabilidade do mercado interno.

284 M. RUNKEL e G. SCHJELDERUP, The choice of apportionment factors under formula apportionment, *International Economic Review*, Vol.52, N.º3, August, 2011, pp. 914-915.

285 *Idem*, p. 915.

Parece tornar-se aqui necessário rever muitas das metodologias da nova proposta, com novas pesquisas sobre elementos até aqui desconsiderados (caso dos intangíveis).

CONCLUSÃO

I - A Proposta MCCCIS representa uma alternativa ao tradicional método de tributação dos grupos de sociedades assente no SCS.

II - Teoricamente, a MCCCIS procura uniformizar as regras de tributação aplicáveis mediante a concretização de duas etapas fundamentais: a consolidação e a repartição. Excluem-se deste âmbito as taxas de imposto. O objetivo é eliminar motivos que levam os grupos de empresas a atuar isoladamente no mercado e evitar a ocorrência de potenciais estratégias de planeamento e outras externalidades fiscais.

III - O processo de consolidação visa juntar os ganhos e perdas de um dado grupo de forma global ou unitária e molda os critérios de equidade, eficiência e proporcionalidade presentes nos fatores de repartição.

IV – Desafia-se o conceito tradicional de waters edge e introduz-se uma definição de unidade tributável e de grupo consolidado baseada em critérios jurídicos que utiliza testes de controlo para apurar os focos de criação de valor económico em cada jurisdição.

V – Fixa-se normas de adesão obrigatória ao sistema mas não se harmoniza as taxas de imposto. Por outro lado, procura-se um cenário cooperação efetiva. Relativamente às várias questões e critérios de atuação das instituições da UE.

VI – Este quadro prevê um sistema de compensação de lucros e perdas e elimina a lógica de tributação do sistema de preços de transferência nas transações intra-grupo. Perspetiva-se aqui a procura por uma afetação ótima dos recursos disponíveis, máxime por uma troca de informação fiscal credível.

VII - A obtenção de um quadro de tributação efetiva só será possível se houver uma compreensão prévia da dinâmica do processo de consolidação e das suas consequências e da verdadeira importância dos fatores escolhidos para a concretização da repartição da MCCC entre as empresas. Só assim se compreende a afirmação de que a fórmula de repartição é uma consequência necessária do processo de consolidação.

VIII – O método de repartição deve ser equitativo e eficiente através dos fatores trabalho, ativos e vendas pelo destino. Enquanto o fator trabalho e o fator ativos representam o lado da oferta na fórmula de repartição, o fator vendas pelo destino posiciona-se no lado da procura.

IX - Contudo, a solução não contempla ainda grande parte do valor económico associado às atividades produtoras de rendimento dos fatores.

X - No fator trabalho, a introdução do elemento número de trabalhadores ao lado do elemento folha de pagamento permite uma maior equilíbrio no reconhecimento da capacidade produtiva numa dada jurisdição pela massa de trabalhadores existente

XI – Por sua vez, como fator de maior mobilidade, exigir-se-ão para o fator ativos regras mais apertadas acolhendo-se apenas ativos fixos tangíveis e excluindo-se qualquer ligação a elementos intangíveis e financeiros.

XII – Já o fator vendas pelo destino ficou adstrito na sua medição ao destino de entrega ou consumo dos bens, sem qualquer elemento que reflita as operações intra-grupo.

XIII - A flexibilidade inerente à fórmula de repartição e aos fatores que a constituem poderão transformar-se numa importante ferramenta de coordenação à disposição dos EM, aproximando os seus interesses e fornecendo alternativas para contornar futuros obstáculos fiscais.

XIV - Contudo, o esquema traçado permite alterar também a forma de concorrência fiscal, gerando trade-offs e novas oportunidades de negócios para as empresas que podem ser prejudiciais para o mercado interno.

XV – Em particular, o nível de mobilidade dos fatores, intrinsecamente ligado à maior ou menor ponderação atribuída a cada fator, e o seu papel ou influência na concretização ou não das situações de deslocação. Quanto maior mobilidade tiverem os fatores de repartição, maior e mais intenso será o grau de concorrência fiscal e, conseqüentemente, maior será a exigência de respeito pelos princípios da neutralidade e equidade.

XVI - O alargamento dos Estados com direito a tributar e ao aumento das situações de manipulação dos fatores de repartição pelas empresas potencia a criação de futuras externalidades fiscais. Deste modo, a junção dos objetivos simplicidade administrativa e de representação da actividade económica real das empresas multinacionais acaba por precipitar a criação de um método e de uma fórmula de repartição que tratam imperfeitamente muitos dos aspetos que nos permitiriam concluir, com rigor, por um modelo de tributação mais justo e eficiente para o mercado interno.

ÍNDICE

INTRODUÇÃO	01
CAPÍTULO I. A INOVAÇÃO DA REFORMA DO SISTEMA DE TRIBUTAÇÃO DOS GRUPOS MULTINACIONAIS	
1.1 – Um Projeto Comum e uma "Solução Compreensiva"	04
1.2 – A Dicotomia entre um Sistema de Contabilidade Separada e um Sistema de Tributação Unitário com Fórmula de Repartição	08
1.2.1 – O Sistema de Contabilidade Separada	09
1.2.2 – O Método Unitário com Fórmula de Repartição	11
1.3 – O Conteúdo da Proposta: objetivos e vantagens principais	12
1.4 – Harmonização Direta e as Dificuldades na Aprovação do Regime: a escolha da base jurídica	15
CAPÍTULO II - A DELIMITAÇÃO DOS ÂMBITOS PESSOAL E TERRITORIAL DA PROPOSTA	
2.1 – Âmbito Pessoal da MCCCIS	19
2.1.1 - Sistema Obrigatório ou Opcional ? : As "multinacionais de grande dimensão"	21
2.1.2 – Definição Comum de Unidade Tributável	22
2.1.2.1 – Abordagem Jurídica	23
2.1.2.2 – Abordagem Económica	25

2.1.2.3 – Abordagem Escolhida	27
2.2 – Âmbito Territorial da MCCCIS	28
2.2.1 – Enquadramento e Análise	28
2.2.2 – Interpretação do Princípio Water’s Edge	34
CAPÍTULO III – O PROCESSO DE CONSOLIDAÇÃO	
3.1 – Consolidação	36
3.2 – Dedução de Perdas Intra-Grupo	38
3.3 – Transferências Intra-Grupo e o Sistema de Preços de Transferência	41
CAPÍTULO IV – A CONSTRUÇÃO DE UMA FÓRMULA DE REPARTIÇÃO	
4.1 – Enquadramento	44
4.2 – O Mecanismo de Repartição	46
4.3 – Os Fatores da Fórmula de Repartição	48
4.3.1 – Trabalho	49
4.3.2 – Ativos	55
4.3.3 – Vendas	60
4.4 – A Ponderação dos Fatores da Fórmula de Repartição	67

CONCLUSÃO 73

BIBLIOGRAFIA 78

BIBLIOGRAFIA

AGÚNDEZ-GARCÍA, Ana, The Delineation and Apportionment of an EU Consolidated Tax Base for Multi-jurisdictional Corporate Income Taxation: a Review of Issues and Options, Working paper no 9/2006,

ANAND, B. and SANSING, R., The Weighting Game: Formula Apportionment as an Instrument of Public Policy, National Tax Journal, Vol. 53, 2000, 183-199.

ANTUNES, José A. Engrácia, Os Grupos de Sociedades – Estrutura e Organização Jurídica da Empresa Plurissocietária, 2.º a Edição, Almedina, Coimbra, Maio de 2002.

BETTENDORF, Leon; DEVEREUX, Michael P.; VAN DER HORST, Albert; LORETZ, Simon and de MOOIJ, Ruud A., Corporate tax harmonization in the EU, IN Economic Policy, Great Britain, July 2010 pp. 537–590.

BROCHNER, Jens, JENSEN, Jasper, SVENSSON, Patrik e SORENSEN, Peter Birch, The Dilemmas of Tax Coordination in the Enlarged European Union, Cesifo Working Paper N.º 1859, November 2006, disponível em https://www.cesifo-group.de/ifoHome/publications/working-papers/CESifoWP/CESifoWPdetails?wp_id=14558086, acedido a 03.03.2017.

BÜETTNER, Thiess, RIEDEL, Nadine e RUNKEL, Marco, Strategic Consolidation under Formula Apportionment, Cesifo Working Paper N.º 2484, Category 1: Public Finance, December, 2008, disponível em <https://www.cesifo-group.de/ifoHome/publications/working>, acedido a 20.01.2017.

JUNKER, Jean Claude, TUSK, Donald, DIJSSELBLOEM, Jeroen, DRAGHI, Mario and SCHULZ, Martin, Completing Europe's Economic and Monetary Union, European Commission, Chapter 4. Towards Fiscal Union – an Integrated Framework for Sound and Integrated Fiscal Policies October 2014, disponível em <https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/5presidentsreport.en.pdf>, acedido a 20.03.2017.

DAHLE, Claudia e BÄUMER, Michaela, Cross-Border Group-Taxation and Loss-Offset in the EU

- An Analysis for CCCTB (Common Consolidated Corporate Tax Base) and ETAS (European Tax Allocation System), IN Arqus-Diskussionsbeiträge zur quantitativen Steuerlehre, N.º 66, April 2009, disponível em <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/30860/1/608213470.pdf>, acessado a 15.10.2016.

DEVEREUX, M.P and LORENTZ, Simon, The Effects of EU Formula Apportionment on Corporate Tax Revenues, IN FISCAL STUDIES, vol. 29, no. 1, 2008.

DE WILDE, Maarten Floris, Sharing the Pie – Taxing multinationals in a global market, Erasmus Universiteit Totterdam, 15 Januari 2015, disponível em <http://www.taxence.nl/Uploads/2016/6/Proefschrift-Maarten-de-Wilde-definitief-cover.pdf>, acessado a 15.10.2016.

EICHNER, Thomas and RUNKEL, Marco, Why the European Union Should Adopt Formula Apportionment with a Sales Factor, The Scandinavian Journal of Economics, 110(3), 2008, 567–589.

FREEDMAN, Judith e MACDONALD, Graeme, The Tax Base for CCCTB: The Role of Principles, Oxford University Centre For Business Taxation, , WP 08/07, Oxford, 2007.

FUEST, Clemens, The European's Commission's Proposal For a Common Consolidated Corporate Tax Base, Oxford University Centre For Business Taxation, Oxford, 2008 (WP 08/23), dispon

GÉRARD, Marcel e WEINER, Joann, Cross-border loss offset and formulary apportionment: How do they affect multijurisdictional firm investment spending and interjurisdictional tax competition?", CESifo Working Paper No. 1004, disponível em https://www.cesifo-group.de/ifoHome/publications/working-papers/CESifoWP/CESifoWPdetails?wp_id=14559833, acessado a 15.10.2016.

GIANNINI, Silvia, Home State Taxation vs. Common Base Taxation, IN CESifo Forum 1/2002, pp. 24-30, disponível em <https://www.cesifo-group.de/portal/page/portal/96843358BE990D9FE04400144FAFBA7C>, acessado a 15.10.2016.

GOOLSBEE, A. and MAYDEW, E.L, Coveting Thy Neighbour's Manufacturing: the Dilemma of State Income Apportionment, in Journal of Public Economics, Vol. 75, 2000.

GORDON, R. and WILSON, J. D. An Examination of Multijurisdictional Corporate Income Taxation under Formula Apportionment, IN National Bureau of Economic Research, Working Paper N.º 1369, June 1984.

HELLERSTEIN, Walter e MCLURE, Charles E., The European Commission's Report on Company Income Taxation: What de EU Can Learn from the Experience of the US States, IN International Tax and Public Finance, Vol. 11, 2004, Netherlands, pp. 199–220.

KIESEWETTER, Dirk, STEIGENBERGER, Tobias, STIER, Matthias, Can formula apportionment really prevent multinational enterprises from profit shifting ? - the role of asset valuation, intragroup debt, and leases, IN Arbeitskreis Quantitative Steuerlehre, Arqus Discussion Paper N.º 175, September 2014.

KIND, Hans Jarle, MIDELFART, Karen Helene, SCHELDERUP, Guttorm, Corporate Tax Systems, Multinational Enterprises, and Economic Integration, Cesifo Working Paper N.º 1241, July 2004.

MAHONEY, Michael K., Recommending an Apportionment Formula for the European Union's Common Consolidated Corporate Tax Base, IN Seton Hall Legislative Journal, Volume 34, Number 2, 2010, pp. 313-335.

MCLURE, Charles,

- Harmonizing Corporate Income Taxes in the European Community; Rationale and Implications, Hoover Institution, Stanford University and NBER, 200 DATA

- Corporate Tax Harmonization for the Single Market: What the European Union Is Thinking, IN Business Economics, Outubro de 2004,
- The European Commission's Proposals for Corporate Tax Harmonization, IN CESifo Forum 1/2005, 32-41, disponível em <http://www.cesifo-group.de/DocDL/forum1-05-special-1.pdf>, acessado a 15.10.2016.

MINTZ, J.M.,

- Corporate Tax Harmonization in Europe: It's All About Compliance, International Tax and Public Finance, Vol 11, 2004, 221-234.
- European Company Tax Reform: Prospects for the Future, CESifo Forum Company Taxation and Internal Market, 1/2002, 3-9, disponível em <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/166107/1/cesifo-forum-v03-y2002-i1-p03-09.pdf>, acessado a 03.09.2017.

NABAIS, José Casalta, Direito Fiscal, 7.º Edição, Almedina, Coimbra, 2013.

NIELSEN, S.B., RAIMONDOS-MOLLER P. e SCHJELDERUP, G., Tax Spillovers under Separate Accounting and Formula Apportionment, IN EPRU Working Paper 2001-07, Institute of Economics, University of Copenhagen.

NIELSEN, S.B., RAIMONDOS-MOLLER, P. and SCHJELDERUP, G., Formula Apportionment and Transfer Pricing under Oligopolistic Competition, IN Journal of Public Economic Theory, 2003, Vol. 5, 419-437.

ORTMANN, Regina, Uncertainty in Weighting Formula Apportionment Factors – How does weighting uncertainty impact after-tax income of multinational groups?, DIBT Doctoral Program in International Business Taxation at Vienna University of Economics and Business, Welthandelsplatz 1, A-1020 Vienna, 2015.

PEREIRA, Paula Rosado

- Princípios de Direito Fiscal Internacional -Do Paradigma Clássico ao Direito Fiscal Europeu, Almedina, Coimbra, Novembro, 2010,

- A Tributação das Sociedades na União Europeia: Entraves Fiscais ao Mercado Interno e Estratégias de Actuação Comunitária, Coimbra, Almedina, Janeiro, 2004.

PERNA, Rosa e CERIONI, Luca, The new CCCTB proposed scheme: an opportunity for cross-border business, a challenge for the national Judge, Testo della Relazione presentata l'8 settembre 2012, nel Workshop "Taxation Law" dell'Associazione dei Giudici amministrativi europei (AEAJ) e di prossima pubblicazione sul sito dell'Associazione.

PETUTSCHNIG, Matthias, Common Consolidated Corporate Tax Base: Effects of Formulary Apportionment on Corporate Group Entities, IN WU International Taxation Research Paper Series, N. ° 2012 – 04.

PINTO, Dale, Exclusive Source or Residence-Based Taxation – Is a New and Simpler World Tax Order Possible ?, Bulletin for International Taxation, July, 2007.

PIRES, Rita Calçada, A Tributação Internacional do Rendimento Empresarial grado através do Comércio Electrónico – Desvender mitos e construir realidades, Almedina Coleção Teses, Fevereiro 2011.

PORTER, Michael E., Competitive Advantage – Creating and Sustaining Superior Performance, The Free Press, Collier Macmillan Publishers, New York, 1985.

RIBEIRO, João Sérgio, A Tributação das Sociedades de Acordo com uma Base Comum Consolidada na União Europeia, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier, Economia, Finanças Públicas e Direito Fiscal, Vol. I, Fevereiro, 2013, pp. 725-742.

RIEDEL, Nadine, The Downside of formula apportionment: evidence on factor demand distortions, IN Int Tax Public Finance, (2010) 17: 236-258.

RUNKEL, Marco e SCHLJELDERUP, Guttorm, IN The choice of apportionment factors under formula apportionment, International Economic Review, Vol.52, N.º 3, August, 2011.

SCHÄFER, Anne. and SPENGEL, Christoph, The impact of ICT on Profit Allocation within Multinational Groups: Arm's Length Pricing or Formula Apportionment?, IN ZEW (Centre for European Economic Research) Discussion Paper No. 03-53, 2003, disponível em <http://ftp.zew.de/pub/zew-docs/dp/dp0353.pdf>, acedido em 03.09.2016.

SCHÖN, Wolfgang, Group Taxation and the CCCTB, IN Tax Notes International, Vol. 48, Number 11, p. 1063-1080, December 10, 2007. disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1577037, acedido em 03.09.2016.

SORENSEN, Peter B., Company Tax Reform in the European Union, International Tax and Public Finance, Vol. 11, 2004, pp. 91-115.

SPENGEL, Christoph e WENDT, Carsten, A Common Consolidated Corporate Tax Base for Multinational Companies in the European Union: Some Issues and Options, Oxford University Centre for Business Taxation, Mannheim, June 19th 2007, disponível em https://www.sbs.ox.ac.uk/sites/default/files/Business_Taxation/Docs/Publications/Working_Papers/Series_07/WP0717.pdf, acedido em 03.04.2016.

TANZI, Vito, Globalization, Technological, Developments, and the Work of Fiscal Terminals, IN International Monetary Fund Working Paper, Washington, November 2000.

The KMG Guide to CCCTB, published by KPMG International Cooperative in collaboration with KPMG's EU Tax Centre – Part 2, disponível em www.kpmg.com/ccctb, acedido em 15/02/2017.

The KMG Guide to CCCTB, published by KPMG International Cooperative in collaboration with KPMG's EU Tax Centre – Part 3, disponível em www.kpmg.com/ccctb,

acedido em 15/02/2017.

YONAH, Reuven S. Avi and BENSHALOM, Ilan, Formulary Apportionment: Myths and Prospects - Promoting Better International Policy and Utilizing the Misunderstood and Under-Theorized Formulary Alternative, IN World Tax Journal, October 2011, pp. 370-398

WEINER, Joann M.,

- Formula Apportionment and the Future of Company Taxation in the European Union", 2002, CESifo Forum 1/2002, 10-20, disponível em <http://www.cesifo-group.de/ifoHome/publications/docbase/details.html?docId=14562723>, acedido a 03/09/2016.

- Formulary Apportionment and Group Taxation in the European Union: Insights from the United States and Canada, Taxation Papers, DG Taxation and Customs Union, WorkingPaper n° 8, March 2005, European Commission, disponível em https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/resources/documents/taxation/gen_info/economic_analysis/tax_papers/2004_2073_en_web_final_version.pdf, acedido a 20.03.2016.

- Formula One. The race to find a common formula to apportion the EU tax base, EC Tax Law Review, 2008-3.

- Formula Apportionment in the European Union: A Dream Come True or the EU'S Worst Nigthmare ?, IN CESifo Working Paper N.º 667, February 2002, 10-20, disponível em http://www.cesifo-group.de/DocDL/cesifo_wp667.pdf, acedido a 20.05.2016.

DOCUMENTAÇÃO OFICIAL

Europeia

Regulamento (CE) n.º 2157/2001 do Conselho de 8 de Outubro de 2001 relativo ao Estatuto da Sociedade Cooperativa Europeia

Regulamento (CE) n.º1435/2003 do Conselho, de 22 de Julho de 2003

Comissão Europeia, Comunicação da Comissão Europa 2020, Estratégia para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo, Bruxelas, 3.3.2010, COM(2010) 2020 final

Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu e ao Comité Económico e Social, Para um mercado interno sem obstáculos fiscais, Estratégia destinada a proporcionar às empresas uma matéria colectável consolidada do imposto sobre as sociedades para as suas actividades a nível da UE, Bruxelas, 23.10.2001, COM(2001) 582 final

Commission of the European Communities, Commission Staff Working Paper, Company Taxation in the Internal Market, 23.10.2001, SEC (2001) 1681, Brussels, COM(2001)582 final

Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu e ao Comité Económico e Social Europeu- Um Mercado Interno sem obstáculos em matéria de fiscalidade das empresas – realizações, iniciativas em curso e desafios a ultrapassar”, Bruxelas, COM (2003) 726

Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu de 25.10.2005, Execução do Programa Comunitário de Lisboa – A contribuição das políticas fiscais e aduaneiras para a Estratégia de Lisboa, Bruxelas, COM (2005) 532

Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu e ao Comité Económico e Social Europeu de 23.12.2005, Luta contra os obstáculos causados pelo imposto sobre as sociedades que afectam as pequenas e médias empresas no mercado interno – descrição de um eventual regime-piloto de tributação de acordo com as regras do Estado de residência, Bruxelas, COM (2005) 702 final

Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu e ao Comité Económico e Social Europeu de 5.4.2006, Execução do Programa Comunitário de Lisboa: Progressos realizados e acção futura para uma matéria colectável comum consolidada do imposto sobre as sociedades (MCCCIS), Bruxelas, COM (2006) 157 final

Comunicação da Comissão Europeia ao Parlamento Europeu e ao Conselho de 17.06.2015, Um Sistema de Tributação dos Grupos Eficiente e Justo na União Europeia: 5 Áreas Chave para Acção, Bruxelas, COM (2015) 302

Report of the Committee of Independent Experts on Company Taxation (the Ruding Report), Office for Official Publications of the European Communities: Luxembourg, 1992

Parecer do CESE sobre a "Proposta de Directiva do Conselho relativa a uma Matéria Colectável Comum Consolidada do Imposto sobre as Sociedades", 475º Sessão Plenária de 26 e 27 de Outubro de 2011, in Jornal Oficial da União Europeia, relator Joachim Wuermeling, 28.01.2012

Common Consolidated Corporate Tax Base Working Group, CCCTB: progress to date and future plans for the ccctb, 20 November 2006, Brussels, CCCTB\WP046\doc\en

Common Consolidated Corporate Tax Base Working Group, CCCTB, An Overview of the main issues that emerged during the discussion on the mechanism for sharing the CCCTB, Brussels, 27 February 2007, Brussels, CCCTB\WP\052\doc\en

Common Consolidated Corporate Tax Base Working Group, CCCTB: possible elements of the sharing mechanism, 13 November 2007, Brussels, CCCTB/WP060\doc\en

Common Consolidated Corporate Tax Base Working Group, CCCTB: possible elements of a technical outline, Brussels, 26 July 2007, CCCTB/WP057\doc\en

Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu e ao Comité Económico e Social Europeu de 19.12.2006, O tratamento fiscal dos prejuízos num contexto transfronteiras, Bruxelas, COM(2006) 824 final

Commission Staff Working Document, Impact Assessment, Accompanying Document to the Proposal for a Council Directive on Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB), 16.3.2011, Brussels, SEC (2011) 315 final

Presidência do Conselho, Erosão da Base Tributável e Transferência de Lucros (BEPS) – Projeto de Conclusões do Conselho..., Doc. N.º 14947/15 FISC 173 ECOFIN 925, Bruxelas, 4 de Dezembro de 2015

Proposta de Diretiva do Conselho relativa a uma matéria coletável comum consolidada do imposto sobre as sociedades (MCCCIS), Estrasburgo, 25.10.2016 COM (2016) 683 final

Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho de 12 de Julho de 2016 que estabelece regras contra as práticas de elisão fiscal que tenham incidência direta no funcionamento do mercado interno, Jornal Oficial da União Europeia, 19.7.2016

Diretiva 2014/107/UE do Conselho de 9 de Dezembro de 2014 que altera a Diretiva 2011/16/UE no que respeita à troca automática de informações obrigatória no domínio da fiscalidade, Jornal Oficial da União Europeia de 16.12.2014, L 359/1

Protocolo (N.º 2) Relativo à Aplicação dos Princípios da Subsidiariedade e Proporcionalidade, publicado no Jornal Oficial da UE C-115, de 09.05.2008, pp. 206-209.

Tratado da União Europeia, publicado no Jornal Oficial da União Europeia C-202/13, de 7.6.2016

Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (Versão Consolidada), publicado no Jornal Oficial da União Europeia C 326/47, de 26.10.2012

JURISPRUDÊNCIA

NACIONAL

Ac do Supremo Tribunal Administrativo, 2.^a Secção: proc. n.º 0275/08, de 04.06.2008,
Relator: Juiz Conselheiro António Calhau.

Ac.do Supremo Tribunal Administrativo, 2.^a Secção: proc.n.º 01502/12, de 29.10.2014,
Relator Juiz Conselheiro Dulce Neto

Ac.do Supremo Tribunal Administrativo, 2.^a Secção: proc. n.º 0694/12, de 28.11.2012,
Relator: Juiz Conselheiro Fernanda Maçãs

Ac. do Tribunal Constitucional, 3.º Secção, Proc. N.º 430/16, de 30 de Setembro, Relator:
Juíza Conselheira Maria José Rangel Mesquita

EUROPEIA

Ac. do Tribunal de Justiça da União de 28 de Janeiro de 1986, Comissão das Comunidades Europeias contra República Francesa, Processo 270/83

Ac. do Tribunal de Justiça da União de 13 de Julho de 1993, The Queen contra Inland Revenue Commissioners, ex parte Commerzbank AG., Processo C-330/91

Ac. do Tribunal de Justiça da União de 12 de Abril de 1994, Halliburton Services BV contra Staatssecretaris van Financiën, Processo C-1/93

Ac. do Tribunal de Justiça da União de 15 de Maio de 1997, Futura Participations SA e Singer contra Administration des contributions, Processo C-250/95

Ac. do Tribunal de Justiça da União de 29 de Abril de 1999, Royal Bank of Scotland plc contra Elliniko Dimosio (Estado helénico), Processo C-311/97

Ac. do Tribunal de Justiça da União de 21 de Novembro de 1996, X e Y contra Riksskatteverket, Processo C-436/00

Ac. do Tribunal de Justiça de 12 de Dezembro de 2002, Lankhorst-Hohorst GmbH contra Finanzamt Steinfurt, Processo C-324/00

Ac. do Tribunal de Justiça de 13 de Dezembro de 2005, Marks & Spencer plc contra David Halsey (Her Majesty's Inspector of Taxes)

Ac. do Tribunal de Justiça de 21 de Setembro de 1999, Compagnie de Saint-Gobain, Zweigniederlassung Deutschland contra Finanzamt Aachen-Innenstadt, Processo C-307/97

ESTRANGEIRA

Ac. Decisão do Tribunal de Nova Jersey - Lanco, Inc. v. Director, Division of Taxation, 21 NJ Tax 200 (2003)

Ac. Barclays Bank PLC v. Franchise Tax Board of California, 512 U.s. 298 (1994).

Ac. Mobil Oil Corp. v. Commissioner, 445 U.S. 425 (1980).

Ac. Geoffrey Inc. v. South Carolina Tax Commission, 437 S.E. 2D (1993).