

**OS PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA,
OS ACORDOS DE PARTILHA DE CUSTOS
E A TRIBUTAÇÃO DE ROYALTIES**

JOAQUIM PEDRO LAMPREIA

**Vieira de Almeida & Associados
Sociedade de Advogados**

Resumo

A questão da tributação, como royalties, das contribuições efectuadas ao abrigo de acordos de partilha de custos (APCs) por sociedades residentes e recebidas por sociedades não residentes tem sido discutida na jurisprudência e na doutrina portuguesa durante décadas. O presente artigo pretende analisar as implicações decorrentes do novo regime português dos preços de transferência nessa questão, incidindo assim sobre uma área onde confluem três temas distintos: preços de transferência, APCs e royalties.

Abstract

The issue of whether contributions made by resident companies to foreign companies under cost sharing agreements (APCs) should be taxed as royalties has been discussed by the Portuguese Courts and doctrine for decades. This Article provides an analysis of the implications of the new Portuguese transfer pricing system on that matter, focusing therefore on a meeting point of three different issues: transfer pricing, cost sharing agreements and royalties.

ÍNDICE:

1 – Introdução; 2 – Royalties - actualidade da questão; a) Tributação dos royalties; b) A Directiva aplicável aos royalties; 3 – Os acordos de partilha de custos em Portugal; 4 – Um novo dado: o artigo 11.º da Portaria de preços de transferência; a) A suposta questão da inconstitucionalidade do artigo 11.º; b) O reconhecimento dos acordos de partilha de custos por parte do legislador; c) O princípio de plena concorrência aplicado aos acordos de partilha de custos; 5 – Questões por resolver; a) Conceito de participante e a titularidade dos bens ou direitos; b) Actividade desenvolvida por entidade não participante; c) Pagamentos de entrada e pagamentos de saída; d) Acordos de partilha de custos celebrados entre entidades não relacionadas

1. INTRODUÇÃO

Apesar do regime jurídico de preços de transferência em Portugal remontar a 1964¹, foi apenas com as alterações introduzidas pela Lei n.º 30-G/2000, de 29 de Dezembro, ao artigo 57.º do Código do IRC² e com a entrada em vigor da Portaria de regulamentação daquele artigo³ que este regime adquiriu a importância que lhe é devida.

Em virtude destas alterações legislativas, e tal como já acontecia na maioria dos países desenvolvidos, Portugal passou a dispor de um conjunto de normas coerente e quase completo⁴ que possibilita aos contribuintes zelar pela observância do regime dos preços de transferência e, simultaneamente, atribui à Administração Tributária os instrumentos necessários à efectiva fiscalização dessa observância.

Ao analisar estas novas normas, chega-se à conclusão que uma das características distintivas do regime português dos preços de transferência é a inclusão de uma disposição legal inteiramente dedicada aos acordos de partilha de custos⁵ (“APCs”) celebrados entre entidades relacionadas – o artigo 11.º da Portaria de Preços de Transferência⁶.

Como se verá adiante, a importância desta disposição legal excede em muito o estrito domínio dos preços de transferência, uma vez que permite resolver também uma questão que tem vindo a ser discutida em Portugal (sobretudo na jurisprudência) há décadas: a questão da tributação ou não tributação, como royalties, dos pagamentos efectuados por sociedades residentes e recebidos por sociedades estrangeiras ao abrigo de APCs. Decorre do exposto que o tema em análise incide sobre uma

¹ O artigo 51.º-A do Código da Contribuição Industrial referia já que as operações entre entidades relacionadas estavam sujeitas ao princípio da plena concorrência.

² Actual artigo 58.º do Código do IRC.

³ Portaria n.º 1446-C/2001, de 21 de Dezembro (“Portaria dos Preços de Transferência”).

⁴ De facto, e conforme é referido no próprio preâmbulo da Portaria dos Preços de Transferência, o regime português não se encontra ainda completo, aguardando-se a publicação de legislação específica sobre as penalidades aplicáveis às situações de incumprimento das obrigações impostas na citada Portaria e a publicação de legislação que permita a celebração de acordos prévios sobre preços de transferência entre os contribuintes e a Administração Tributária.

⁵ *Cost contribution arrangements* ou *cost sharing agreements* em Inglês.

⁶ O artigo 16.º da mesma Portaria é igualmente dedicado aos APCs, referindo-se às obrigações de documentação impostas relativamente a estes Acordos.

área onde se verifica a intersecção de três realidades distintas: (i) a tributação de royalties, (ii) os APCs e (iii) o regime dos preços de transferência.

A influência que uma norma sobre APCs, inserida no regime de preços de transferência, exerce na questão da tributação ou não tributação de royalties, será pois o objecto da presente análise.

2. ROYALTIES - ACTUALIDADE DA QUESTÃO

a) Tributação dos royalties

Durante muitos anos, qualquer empresa residente em Portugal que efectuasse pagamentos relacionados (ainda que apenas remotamente) com questões de propriedade intelectual ou transferência de tecnologia a uma entidade não residente corria o risco de ver esses pagamentos qualificados de royalties pela Administração Tributária.

A qualificação dos rendimentos obtidos em território nacional por entidades não residentes⁷ como royalties deu origem a inúmeros litígios judiciais e não raros dissabores para os contribuintes. Na causa desta polémica estava o regime legal estabelecido no Código do IRC para este tipo de rendimentos.

Com efeito, sendo Portugal um país maioritariamente importador de tecnologia, interessava tributar os rendimentos auferidos pelas entidades não residentes com essa importação. Nestes termos, dispunha o artigo 69.º n.º 2 daquele Código⁸ que a taxa de IRC aplicável aos “rendimentos provenientes da propriedade intelectual ou industrial, da prestação de informações respeitantes a uma experiência adquirida no sector industrial, comercial ou científico e bem assim da assistência técnica”⁹ auferidos por entidades não residentes era de 15%. Estes rendimentos estavam sujeitos a retenção na fonte àquela taxa, nos termos do então artigo 75.º do Código do IRC¹⁰

⁷ Sempre que se refira a entidades não residentes estar-se-á a fazer referência a entidades não residentes e sem estabelecimento estável em Portugal ao qual os rendimentos mencionados no texto lhe sejam imputáveis.

⁸ Actual artigo 80.º n.º 2 alínea a).

⁹ Conceito de royalties no direito interno português.

¹⁰ Actual artigo 88.º do Código do IRC.

Ao contrário, os rendimentos das entidades não residentes provenientes de serviços prestados em território nacional não eram então tributados, não havendo assim obrigação de retenção. Estavam, pois, lançadas as bases para o conflito: Se uma sociedade residente não efectuasse retenção na fonte sobre os pagamentos efectuados a entidades não residentes, por considerar que esses pagamentos eram a contraprestação de serviços recebidos, via-se na contingência de ser responsabilizada por não ter efectuado essa retenção, caso os pagamentos viessem a ser requalificados pela Administração Tributária como pagamentos de royalties.

A insegurança jurídica criada por esta requalificação levou a doutrina, tanto nacional como estrangeira, a tentar estabelecer a definição de vários conceitos essenciais nesta matéria. A intenção da doutrina, ao definir cuidadosamente conceitos como “transferência de tecnologia” (*know-how*) e prestação de “assistência técnica”¹¹, era dar a oportunidade aos contribuintes de qualificar da forma mais correcta os rendimentos e de efectuar a devida retenção na fonte, caso esta fosse devida.

Desde as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 25/98, de 10 de Fevereiro, aos Códigos do IRC e do IRS, os rendimentos de entidades não residentes provenientes de prestações de serviços passaram a ser tributados à mesma taxa de IRC aplicável aos royalties¹².

Face à consagração no Código do IRC de um regime idêntico aplicável, desde 1998, aos rendimentos provenientes de royalties e de prestações de serviços, perguntar-se-á qual a relevância actual de estabelecer a distinção entre estas duas figuras? A resposta decorre dos acordos sobre dupla tributação bilaterais celebrados por Portugal (“ADTs”).

Com efeito, refere a Convenção Modelo da OCDE para Eliminar a Dupla Tributação que os rendimentos provenientes de prestações de serviços e os royalties¹³ apenas são tributados no Estado da residência da sociedade, não podendo o Estado da fonte efectuar retenção sobre esses rendimentos.

Desta forma, e de acordo com a Convenção Modelo da OCDE, sempre que estivesse em causa uma entidade residente num Estado com o qual Portugal celebrou um ADT, não se deveria tributar em Portugal, por retenção na fonte, os seus rendimentos provenientes de prestações de serviços e os royalties (ao contrário, como se referiu acima, do estabelecido na legislação interna). No entanto, no

¹¹ Sobre este assunto, ver Miguel Teixeira de Abreu, *Fisco n.º 30* (Abril 1990), 23 e ss e Manuel Henrique Freitas Pereira, *Fisco n.º 30* (Abril 1990), 30 e ss.

¹² Cfr. artigo 4.º n.º 3 alínea c) 7), artigo 80.º n.º 2 alínea e) e artigo 88.º n.º 1 alínea g), todos do Código do IRC.

¹³ Artigos 7.º e 12.º da Convenção Modelo da OCDE para Eliminar a Dupla Tributação, respectivamente.

âmbito das reservas efectuadas a esta Convenção Modelo, o Estado Português assegurou o direito de tributar os royalties na fonte¹⁴. Reflectindo esta excepção, os ADTs bilaterais celebrados por Portugal permitem a tributação de royalties no Estado da fonte¹⁵.

Contudo, não foi efectuada semelhante reserva por Portugal no que diz respeito aos lucros das empresas, pelo que os ADTs celebrados por Portugal não permitem a tributação no Estado da fonte desses lucros. Assim, tendo presente que as prestações de serviços efectuadas por entidades não residentes em Portugal constituem lucros dessas sociedades, não se pode tributar em Portugal tais rendimentos. Continua, deste modo, a ser de importância fundamental distinguir os rendimentos das sociedades não residentes provenientes de prestações de serviços (lucros da sociedade) daqueles que provêm de royalties, uma vez que, ao abrigo dos ADTs, os primeiros não podem ser tributados em Portugal ao passo que os segundos são-no por retenção na fonte.

É precisamente o facto de Portugal poder tributar na fonte os rendimentos obtidos a título de royalties, nos termos acima referidos, que origina a perniciosa tentação, por parte da Administração Tributária, de alargar o conceito de royalties – e até de desconsiderar realidades fácticas que, a serem admitidas, inviabilizariam a tributação de certos pagamentos a título de royalties. Uma dessas realidades fácticas é precisamente a existência de um APC, como se verá adiante.

b) A Directiva Aplicável aos Royalties

Foi recentemente aprovada a Directiva 2003/49/CE do Conselho, de 3 de Junho de 2003, que vem impedir a tributação dos royalties pelo Estado da fonte quando estão em causa duas sociedades associadas entre si (“Directiva dos Royalties”).

No entanto, esta Directiva não elimina os problemas que são gerados, como acima se referiu, pela tributação dos royalties em Portugal. Tal fica a dever-se ao facto da Directiva dos Royalties apenas ser

¹⁴ Na linha de vários outros países e também de acordo com o disposto no artigo 12.º da Convenção Modelo das Nações Unidas Sobre a Dupla Tributação. Ver Maria Margarida Cordeiro Mesquita, *As Convenções Sobre Dupla Tributação*, Centro de Estudos Fiscais, Lisboa (1998), 194 e ss.

¹⁵ Embora essa tributação seja restringida pela aplicação de taxas de imposto reduzidas constantes dos ADTs aplicáveis. Sobre esta questão, deve ser tido em conta o disposto no artigo 18.º do Decreto-Lei n.º 42/91, de 22 de Janeiro, com a redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 80/2003, de 23 de Abril, no que diz respeito aos formulários necessários à aplicação dos ADTs.

aplicável quando a sociedade pagadora e a sociedade beneficiária dos royalties sejam residentes em Estados-Membros da União Europeia e também ao facto de apenas ser aplicável quando estão em causa sociedades associadas.

Acresce ao exposto que a Directiva dos Royalties contém uma regra, nos termos da qual Portugal¹⁶ beneficia de um período transitório de oito anos durante o qual poderá tributar na fonte os royalties, pese embora a uma taxa reduzida¹⁷. Nestes termos, e tendo em conta que a aplicação do regime transitório apenas deverá ter início a 01.01.2005, Portugal não aplicará esta Directiva na sua plenitude até 2014¹⁸.

3. OS APC EM PORTUGAL

De acordo com o relatório da OCDE de 1995 sobre preços de transferência – *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations* (“*Transfer Pricing Guidelines*”), um APC é um acordo-quadro celebrado entre empresas que permite a partilha dos custos e riscos associados ao desenvolvimento, produção ou obtenção de bens, serviços ou direitos, e a determinação da natureza e da extensão dos benefícios¹⁹ que cada participante retira desses bens, serviços ou direitos.

Os APCs são sobretudo utilizados em áreas que envolvam grandes riscos, como a “investigação & desenvolvimento”, ou áreas onde possam existir grandes economias de escala quando os custos são repartidos pelas várias sociedades de uma entidade multinacional, como é o caso do “marketing & publicidade”²⁰. Daqui resulta que a maioria dos APCs está relacionada com a transferência de *know-*

¹⁶ Assim como a Espanha e a Grécia (cfr. Artigo 6.º da Directiva dos Royalties).

¹⁷ Tributação a uma taxa nunca superior a 10% nos primeiros quatro anos e não superior a 5% nos últimos quatro.

¹⁸ Na verdade, o período transitório de 8 anos aplicável a Portugal poderá ter início mais tarde do que o acima referido. Com efeito, deverá ser tido em conta que a entrada em vigor do referido período transitório está dependente da entrada em vigor de uma outra Directiva relativa à tributação dos rendimentos da poupança sob a forma de juros (Directiva 2003/48/CE do Conselho, de 3 de Junho de 2003). Por sua vez, está previsto que esta última Directiva entre em vigor em 01.01.2005, estando no entanto esta data dependente da verificação de certas condições pelo Conselho (cfr. Artigo 17.º n.º 3 da Directiva 2003/48/CE).

¹⁹ *Interests* no original. Na tradução portuguesa dos *Transfer Pricing Guidelines* optou-se, de forma pouco feliz, pela palavra “interesses” (cfr. *Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 189, Lisboa (2002), 226.

²⁰ Para uma análise mais aprofundada sobre a utilização de APCs por entidades multinacionais, ver William T. Cunningham / Carlos Loureiro, *Fisco* n.º 50 (Janeiro 1993), 3-12. A nível internacional, ver Colin Clavey / Sulakshana Bala, *Cost Contribution Agreements - A Global, OECD and Country Review*, *Practical European Tax Strategies*, vol. 5, n.º 5 e 6 (Maio e Junho de 2003).

how, a assistência técnica e a propriedade intelectual. Estas são precisamente as áreas de incidência de tributação em sede de royalties.

A polémica em Portugal relativa aos APCs nunca teve por base o regime dos preços de transferência, mas sim a discussão em torno da natureza dos pagamentos (as chamadas “contribuições”) efectuados ao abrigo destes Acordos por sociedades residentes a sociedades não residentes.

Com efeito, os APCs foram objecto de vários acórdãos onde se discutia, no essencial, se os pagamentos, quando relacionados com “*propriedade intelectual ou industrial, prestação de informações respeitantes a uma experiência adquirida no sector industrial, comercial ou científico e assistência técnica*”, deveriam ser considerados como royalties ou, tendo em conta o APC subjacente, deveriam ser considerados como mero débito de custos incorridos.

Numa primeira fase, considerou o Supremo Tribunal Administrativo que as contribuições efectuadas no âmbito de um APC não deveriam ser qualificadas de royalties²¹. As questões colocadas perante o Tribunal incidiam sobre a qualificação dos pagamentos efectuados por uma sociedade residente, pertencente a uma empresa multinacional, à sua sociedade dominante, sediada noutra jurisdição, tendo esses pagamentos por base um APC. Considerava então o Supremo Tribunal Administrativo que estes pagamentos mais não eram do que reposições de despesas incorridas pela casa-mãe em benefício de todas as empresas do mesmo grupo multinacional.

De acordo com esta jurisprudência, os direitos de propriedade industrial criados ou desenvolvidos ao abrigo de um APC pela sociedade dominante eram pertença das sociedades dominadas participantes do APC, não existindo, desta forma, qualquer cedência de direitos ou transferência de tecnologia que originasse royalties tributáveis em Portugal.

O Tribunal ia mesmo mais longe: segundo a jurisprudência então unânime, as contribuições pagas, no âmbito de um APC, pela sociedade residente à sua casa-mãe constituíam uma mera reposição das despesas incorridas²². Assim sendo, estes pagamentos não deveriam ser qualificados sequer de rendimentos da casa-mãe, e muito menos de royalties.

²¹ Ver, como exemplo, os seguintes Acórdãos: Ac. STA (pleno) de 09.05.76; Ac. STA de 01.02.78; Ac. STA 05.04.78; Ac. Tribunal de 2ª Instância de Contribuições e Impostos de 4.07.84, *CTF n.º 313-315*, 455-458; Ac. Tribunal de 2ª Instância de Contribuições e Impostos de 13.02.85, *CTF n.º 322-324*, 484-490; Ac. STA de 18.03.87, *CTF n.º 343-345*, 446-451.

²² Essas despesas podiam ser incorridas de várias formas, sendo as mais comuns o fornecimento de pareceres, a prestação de serviços e assistência, a pesquisas técnicas de produção e a comercialização de produtos.

Houve, no entanto, uma total inversão jurisprudencial nesta matéria. A partir da segunda metade da década de 80, o Supremo Tribunal Administrativo passou a desconsiderar a existência dos APCs²³, qualificando simplesmente de royalties as contribuições efectuadas, sempre que estas integravam o conceito de royalties estabelecido no Código do IRC.

O facto de ter sido celebrado um APC entre várias empresas deixava de ter qualquer relevância. Pior, nas palavras do Tribunal de 2ª Instância de Contribuições e Impostos (Ac. de 14.02.89), “*fazer apelo aqui à existência de um artificial fundo comum, supostamente financiado pelas diversas empresas do grupo que assim se apresentariam como adquirentes directas do “know-how” assim obtido, seria coonestar a instituição de uma das atrás mencionadas situações propiciadoras de fraude e de evasão fiscal*”. As situações propiciadoras de evasão fiscal que tinham sido referidas atrás mais não eram do que a existência de relações especiais entre as empresas. O APC foi considerado irrelevante, olhado com desconfiança e, conseqüentemente, os pagamentos efectuados ao seu abrigo foram tributados como royalties.

A desconsideração dos APC foi prosseguida pela jurisprudência nacional contra a maior parte da doutrina que se debruçou sobre este tema²⁴. Com efeito, a doutrina avançou várias razões para a não tributação, em sede de royalties, dos pagamentos relacionados com *know-how* ou propriedade intelectual efectuados no âmbito de um APC. Estes argumentos podem ser resumidos da seguinte forma:

- Os pagamentos não representam um rendimento tributável da sociedade não residente mas apenas um reembolso de despesas;
- Mesmo que se considerasse como rendimentos nunca seriam rendimentos de capital mas sim rendimentos do trabalho da entidade não residente;

²³ Ver, como exemplo, os seguintes acórdãos: Ac. STA de 15.10.1986, *CTF n.º 337-339*, 388-396; Ac. Tribunal de 2ª Instância de Contribuições e Impostos de 04.10.88, *CTF n.º 353*, 239-244; Ac. Tribunal de 2ª Instância de Contribuições e Impostos de 14.02.89, *CTF n.º 354*, 257-272; Ac. STA de 18.10.89; Ac. STA de 10.04.91, Ac. STA de 28.02.96; Ac. STA de 29.10.97, estando estes últimos disponíveis em www.dgsi.pt.

²⁴ Cfr. Miguel Teixeira de Abreu, *Fisco n.º 30* (Abril 1990), 23 e ss; William T. Cunningham / Carlos Loureiro, *Fisco n.º 50* (Janeiro 1993), 3-12; Alberto Xavier, *Direito Internacional Tributário – Tributação das Operações Internacionais*, Almedina (1993), 490-492.

- As actividades desenvolvidas ao abrigo do APC são pertença dos participantes no APC *ab initio*, não pagando estes qualquer quantia a título de royalties para beneficiar dessas actividades.

Apesar de, como acima se referiu, a jurisprudência não ter seguido a doutrina nesta questão, é de salientar que foi recentemente proferido um extenso e bem fundamentado acórdão pelo Tribunal Central Administrativo que reconhece a existência dos APCs²⁵. Neste acórdão, foi retomada a linha jurisprudencial interrompida em meados da década de 80, sendo decidido que os pagamentos efectuados ao abrigo de um APC não são considerados como royalties.

4. UM NOVO DADO: O ARTIGO 11.º DA PORTARIA DE PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA

Considerando que vários países, onde a celebração de APCs é reconhecidamente uma prática comum, não contemplam no seu regime dos preços de transferência qualquer regulamentação específica sobre os APCs²⁶, é de saudar a inclusão de uma norma como a do artigo 11.º da Portaria de Preços de Transferência no ordenamento português²⁷, não obstante o mesmo deixar várias questões por responder e existirem algumas dúvidas que poderão ser suscitadas no que respeita à sua constitucionalidade.

a) A suposta questão da inconstitucionalidade do artigo 11.º

No que diz respeito à possível inconstitucionalidade deste artigo 11.º, deve começar-se por referir que o n.º 13 do artigo 58.º do Código do IRC estabelece que são regulamentados por Portaria do Ministro das Finanças os seguintes aspectos do regime dos preços de transferência: (i) a aplicação dos métodos de determinação dos preços de transferência; (ii) o tipo, a natureza e o conteúdo da documentação; e (iii) os procedimentos aplicáveis aos ajustamentos correlativos.

²⁵ Ac. do TCA de 08.04.2003, disponível em www.dgsi.pt.

²⁶ Como é o caso, por exemplo, da Finlândia, Irlanda, Suécia e Suíça, segundo Colin Clavey / Sulakshana Bala, Cost Contribution Agreements - A Global, OECD and Country Review, *Practical European Tax Strategies*, vol. 5, n.º 5 e 6 (Maio e Junho de 2003).

²⁷ No mesmo sentido, Eduardo Goldszal, *Fisco n.º 105/106* (Novembro 2002).

Pese embora o exposto, para além de regulamentar estas três questões, a Portaria dos Preços de Transferência inclui também, no seu artigo 11.º, o regime dos preços de transferência aplicável aos APCs. Tendo em conta que o Código do IRC não faz qualquer referência particular a estes Acordos, poder-se-ia argumentar que aquele artigo constitui uma verdadeira norma de incidência em sede de IRC, ao criar um "sub-regime" de preços de transferência aplicável a um novo tipo de realidade. De acordo com esta argumentação, o artigo 11.º da Portaria de Preços de Transferência estaria ferido de inconstitucionalidade formal, por violação das regras relativas à reserva de competência legislativa da Assembleia da República.

A verdade, porém, é outra. Face à redacção do artigo 58.º do Código do IRC, é inegável que os APCs estão incluídos no âmbito deste artigo, tendo em conta que o mesmo cobre todas as operações comerciais e financeiras efectuadas entre entidades vinculadas. Desta forma, mesmo na hipótese de não ter sido incluído o artigo 11.º n referida Portaria, os APCs estariam sempre sujeitos ao regime dos preços de transferência e à aplicação do princípio de plena concorrência que é seu corolário, por força do disposto no artigo 58.º do Código do IRC.

Com efeito, e em bom rigor, a Portaria dos Preços de Transferência mais não faz do que explicitar a forma de aplicar o princípio de plena concorrência às especificidades criadas pela celebração de APCs, não estando pois, em causa a constitucionalidade do seu artigo 11.º²⁸.

b) O reconhecimento dos APCs por parte do legislador

Conforme se referiu acima, o artigo 11.º da Portaria dos Preços de Transferência é apenas uma norma de regulamentação do regime de preços de transferência consagrado no artigo 58.º do Código do IRC. Esta norma está, aliás, inteiramente de acordo com as recomendações da OCDE sobre a matéria, onde é dado particular ênfase aos APCs, às suas especificidades e à forma de determinar o princípio de plena concorrência aos pagamentos efectuados no âmbito destes Acordos²⁹.

No entanto, para além de ser uma mera norma de regulamentação do regime dos preços de transferência, este artigo 11.º encerra um reconhecimento explícito dos APCs na legislação portuguesa.

²⁸ O mesmo pode ser referido relativamente ao artigo 12.º da Portaria aplicável aos acordos de prestação de serviços intragrupo.

²⁹ Os *Transfer Pricing Guidelines* dedicam, inclusivamente, um capítulo inteiro a esta matéria.

Como se verá, é este reconhecimento do legislador que impede a tributação, em sede de royalties, dos pagamentos efectuados ao abrigo de APCs.

Como se referiu no capítulo anterior, o principal argumento da jurisprudência a favor da tributação como royalties das contribuições efectuadas no âmbito de um APC é o facto da transmissão de *know-how*, ou a cessão temporária de direitos de propriedade intelectual, gerarem rendimentos sujeitos a IRC, “*não obstante a tal a existência de convénio celebrado entre as empresas adquirentes e a prestadora da tecnologia, do qual conste ser a remuneração recebida por esta a parte atribuída àquela nos custos suportados pela transmitente*”³⁰. Por outras palavras, esta corrente jurisprudencial pura e simplesmente desconsidera a existência dos APCs, encarando os pagamentos efectuados pelos seus participantes como se os próprios APCs não existissem e tributando-os em conformidade com essa “realidade”. Com a introdução do artigo 11.º da Portaria dos Preços de Transferência esta linha de raciocínio seguida desde meados da década de 80 não mais é possível nem pode ser defensável. Com efeito, não pode a jurisprudência desconsiderar uma realidade fáctica (a existência de um APC) quando essa realidade é também uma realidade que expressamente consta da legislação. O legislador veio assim admitir a existência de APCs, dando razão à doutrina maioritária quando esta referia que as contribuições efectuadas no âmbito de um APC deveriam ser analisadas e qualificadas no âmbito desse Acordo.

É certo que o legislador não alterou as normas dos Códigos do IRS e do IRC que estabelecem a tributação dos royalties. No entanto, também é certo que não necessitava de o fazer. Seria inclusivamente incorrecto estabelecer na lei que são tributáveis a título de royalties os *rendimentos provenientes da propriedade intelectual ou industrial, da prestação de informações respeitantes a uma experiência adquirida no sector industrial, comercial ou científico e bem assim da assistência técnica*, excluindo os rendimentos obtidos no âmbito de um APC. Isto porque a verdadeira questão coloca-se a montante, ou seja, o reconhecimento da existência de um APC impossibilita a existência de rendimentos de capital tributáveis em sede de royalties por parte da entidade que prossegue a actividade do APC – na verdade, não existe rendimento de capital mas apenas uma partilha de custos incorridos.

³⁰ Acórdão do STA de 29.10.97, *in fine*.

À conclusão acima referida chegou também a OCDE. A este respeito, menciona-se nos *Transfer Pricing Guidelines* que “Nenhuma contribuição efectuada no âmbito de um APC constitui um royalty pelo uso de propriedade intangível³¹, excepto na medida em que a contribuição confira a quem a efectua somente o direito de usar a propriedade intangível pertencente a um outro participante (ou uma terceira entidade) e o contribuinte não obtenha também um benefício directo na própria propriedade intangível.”³² Ou seja, de acordo com os princípios directores da OCDE sobre a matéria dos preços de transferência – que, nos termos do preâmbulo da Portaria dos Preços de Transferência, devem ser observados na interpretação do regime português – as contribuições dos participantes num APC não podem ser encaradas como constituindo royalties. A segunda parte da transcrição acima efectuada, que estabelece a excepção a este princípio, será analisada mais adiante.

c) O princípio de plena concorrência aplicado aos APCs

A regulamentação estabelecida no artigo 11.º da Portaria dos Preços de Transferência relativa aos APCs segue de perto as considerações da OCDE sobre esta matéria constantes das *Transfer Pricing Guidelines*³³.

É estabelecido, no artigo 11.º n.º 1 desta Portaria, que existe um APC quando duas ou mais entidades acordam em repartir entre si os custos e os riscos de produzir, desenvolver ou adquirir quaisquer bens, direitos ou serviços de acordo com um critério de proporção das vantagens ou benefícios que cada uma das partes espera vir a obter da sua participação no Acordo.

Como forma de resolver a questão que tem vindo aqui a ser tratada – a tributação ou não tributação em sede de royalties das contribuições efectuadas no âmbito de um APC – acrescentou o legislador que um dos objectos do APC é o “direito a utilizar os resultados alcançados em projectos de investigação e desenvolvimento sem o pagamento de qualquer contraprestação adicional”. Pretendeu o legislador

³¹ A propriedade intangível é definida, em termos muito amplos, como a realidade que inclui os direitos de usar activos industriais, tais como patentes, marcas, firmas, desenhos ou modelos, e incluindo também os direitos de propriedade literários e artísticos, bem como a propriedade intelectual, tal como o *know-how* e os segredos comerciais (cfr. parágrafo 6.2. dos *Transfer Pricing Guidelines*).

³² Parágrafo 8.23 das *Transfer Pricing Guidelines*. De referir que a tradução portuguesa altera completamente o sentido da frase transcrita, acabando por expressar exactamente o contrário do pretendido (cfr. *Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 189, Lisboa (2002)).

³³ Ver, neste sentido, Paula Rosado Pereira, *Fiscalidade n.º 5* (Janeiro 2002), 29.

aqui excluir expressamente da tributação em sede de royalties os pagamentos efectuados no âmbito de APCs que originem direitos de propriedade intelectual, industrial ou transferências de tecnologia, pondo um ponto final na polémica doutrinal e jurisprudencial que se colocou em evidência *supra*. Apesar de bem intencionado, o legislador parece ter dito mais do que aquilo que pretendia, colocando alguns problemas na interpretação da lei em certas situações, como será explicado mais adiante.

No que ao regime dos preços de transferência diz respeito, a especial relevância dos APCs advém do facto de a Portaria dos Preços de Transferência estabelecer critérios específicos de aplicação do princípio de plena concorrência quando estes Acordos são celebrados entre entidades relacionadas. Em termos gerais, o princípio de plena concorrência, que preside à temática dos preços de transferência, impõe às entidades que estão em situação de relações especiais a contratação, aceitação e prática de termos e condições, nas operações entre si efectuadas, substancialmente idênticos aos que normalmente seriam contratados, aceites e praticados entre entidades independentes em operações comparáveis.

Ora, o princípio de plena concorrência, quando aplicado aos APCs, determina a existência de uma relação de equivalência entre o valor da contribuição imposta a cada uma das partes no acordo e o valor da contribuição que seria imposta ou aceite por uma entidade independente em condições comparáveis.

Ou seja, por um lado, exige-se que o valor das contribuições fosse aceite por uma entidade independente e, por outro, que a entidade independente impusesse o valor dessas contribuições às restantes participantes, colocando, em ambas as situações, a entidade independente na posição de parte no acordo.

O n.º 3 do artigo 11.º da Portaria dos Preços de Transferência estabelece a forma de determinar se os pagamentos efectuados no âmbito de um APC estão de acordo com o princípio de plena concorrência. No âmbito dos APCs, a aferição entre o putativo comportamento da entidade independente e os comportamentos das entidades relacionadas é efectuada da seguinte forma: a entidade independente apenas aceitaria participar num APC se a sua contribuição fosse equivalente à quota-parte que lhe for atribuída nas vantagens ou benefícios globais resultantes desses Acordos³⁴, tal como está previsto no n.º 3 do artigo 11.º da Portaria dos Preços de Transferência.

³⁴ Avaliada através de estimativas dos rendimentos adicionais a auferir no futuro ou das economias de custo que se espera obter pela participação no APC, podendo ser utilizada uma ou várias chaves de repartição adequadas a estabelecer esta relação de equivalência.

Caso o princípio de plena concorrência, aferido nos termos mencionados nos parágrafos anteriores, não seja observado, devem os participantes efectuar pagamentos compensatórios adequados a estabelecer uma equivalência entre as contribuições efectuadas e as vantagens ou benefícios esperados, tal como refere o n.º 4 do artigo 11.º da Portaria em causa. Na hipótese desses pagamentos compensatórios não serem efectuados, deve a Administração Tributária proceder a um ajustamento ao lucro tributável das entidades participantes, nos termos gerais do regime dos preços de transferência.

Coloca-se então a seguinte questão: quando resultar, através da aplicação do princípio de plena concorrência, que as contribuições de determinada sociedade para um APC estão acima do valor que uma entidade independente aceitaria pagar face aos seus benefícios expectáveis, não poderá ser considerado que esse excesso foi pago a título de royalties?

A resposta a esta questão deve ser negativa. Isto porque o regime dos preços de transferência apenas permite o ajustamento ao lucro da sociedade e não a requalificação dos pagamentos. Desta forma, as contribuições efectuadas para um APC em excesso devem continuar a ser consideradas como contribuições e não como pagamentos de royalties. Uma excepção pode, no entanto, ocorrer nas situações em que a desproporção entre o valor das contribuições e o valor dos benefícios esperados pela participante seja de tal forma excessiva que permita concluir que, de facto, o acordo celebrado não se trata de um verdadeiro APC³⁵.

No que diz respeito à determinação do lucro tributável, a mencionada Portaria estabelece, no n.º 5 do artigo 11.º, que as contribuições de uma sociedade participante num APC devem ser tratadas de acordo com o regime que seria aplicável às despesas que o contribuinte realizaria caso desenvolvesse ele próprio directamente as actividades ou adquirisse a uma entidade independente os mesmos benefícios que adquire com o acordo. Esta norma visa explicitar outra questão muito discutida em algumas jurisdições estrangeiras: a questão da possibilidade de se considerar como custos ou perdas do exercício as contribuições efectuadas ao abrigo de um APC.

Decorre do exposto uma considerável e legítima vantagem fiscal na celebração de um APC, já que as contribuições efectuadas por entidades residentes são, em geral, consideradas como custos ou perdas

³⁵ Sobre a possibilidade das administrações tributárias requalificarem excepcionalmente as operações levadas a cabo por entidades relacionadas, ver parágrafos 1.36 e 8.29 das *Transfer Pricing Guidelines*.

do exercício e essas contribuições não são tributáveis, por retenção na fonte em Portugal, uma vez que, como se viu, não podem ser qualificadas de royalties.³⁶

5. QUESTÕES POR RESOLVER

Apesar do que acima foi referido, são várias as questões relativas aos APCs e à tributação de royalties que ficam por resolver. Os aspectos tratados de seguida serão analisados à luz do estabelecido no artigo 11.º da Portaria dos Preços de Transferência, do regime geral português de preços de transferência e das directrizes orientadoras da OCDE sobre esta matéria.

a) **Conceito de participante e a titularidade dos bens ou direitos**

Conforme foi acima referido, as contribuições efectuadas pelos participantes de um APC não podem ser qualificadas de royalties. Já pelo contrário, pode deduzir-se do regime estabelecido no artigo 11.º da Portaria de Preços de Transferência – e é expressamente referido nas *Transfer Pricing Guidelines* – que o pagamento de royalties será exigível a quaisquer outras entidades para além das participantes que explorem os benefícios desenvolvidos no âmbito de um APC³⁷. Face ao exposto, é essencial definir o conceito de participante.

O participante pode ser definido como aquele que é parte num APC e contribui na repartição dos custos ou dos riscos de produzir, desenvolver ou adquirir bens, direitos ou serviços objecto do APC, tendo uma expectativa razoável de obter uma vantagem da própria actividade do APC. Sobre esta questão, esclarecem os *Transfer Pricing Guidelines* que “*Uma entidade não pode ser considerada como participante se não poder razoavelmente esperar uma vantagem da própria actividade do APC. [O participante] deve ter uma expectativa razoável de poder explorar ou usar, directa ou indirectamente*

³⁶ Esta será uma das razões pela qual as obrigações de documentação relativas aos APCs, estabelecidas no artigo 16.º da Portaria de Preços de Transferência, revestem uma enorme importância.

³⁷ Parágrafo 8.3 das *Transfer Pricing Guidelines*.

(por exemplo, através de acordos de uso, concessão do uso ou vendas, tanto a empresas relacionadas como independentes) as vantagens ou benefícios que espera vir a obter.”³⁸.

Acontece que a propriedade intelectual ou o *know-how* criados ou desenvolvidos no âmbito de um APC podem ficar na titularidade jurídica de apenas um dos participantes, tendo os restantes unicamente o direito de usar essa propriedade intelectual ou *know-how*. Coloca-se então a questão de saber se as contribuições efectuadas por estes segundos participantes são consideradas como royalties, uma vez que estes não são co-proprietários jurídicos da propriedade intelectual ou *know-how*. Ora, nem o regime estabelecido no artigo 11.º da Portaria de Preços de Transferência e muito menos as *Transfer Pricing Guidelines* permitem este entendimento.

Com efeito, e como foi atrás já referido, a OCDE considera que “*Nenhuma contribuição efectuada no âmbito de um APC constitui um royalty pelo uso de propriedade intangível, excepto na medida em que a contribuição confira a quem a efectua o direito de obter somente um direito de usar a propriedade intangível pertencente a um outro participante (ou uma terceira entidade) e o contribuinte não obtenha também um benefício directo na própria propriedade intangível.*” Nestes termos, para além de não poderem ser consideradas royalties as contribuições efectuadas pelos participantes com direito à titularidade jurídica dos activos desenvolvidos ao abrigo do APC, também não constituem royalties as contribuições que apenas conferem aos participantes o direito de usar a propriedade intangível pertencente a outro participante ou a terceiros, desde que os primeiros obtenham também um benefício económico directo no resultado do APC. Isto porque, segundo a OCDE, é desnecessário que todos os participantes num APC sejam considerados como co-titulares legais da propriedade intangível criada ou desenvolvida ao abrigo daquele Acordo, podendo perfeitamente existir APCs em que a propriedade intangível criada seja pertença jurídica de apenas um ou de alguns dos participantes³⁹. Decorre do exposto que mesmo só havendo um titular legal, a cessão do direito de uso daquela propriedade intangível por parte dos outros participantes não dá origem ao pagamento de royalties.

³⁸ Parágrafo 8.10 das *Transfer Pricing Guidelines*.

³⁹ Claro está que se o direito de dispor da propriedade intangível pertencer contratualmente a apenas um ou alguns dos participantes, o princípio da plena concorrência impõe que esse ou esses participantes efectuem contribuições proporcionalmente maiores que os restantes participantes, na medida em que obtêm este benefício adicional.

Como enunciam os *Transfer Pricing Guidelines* da OCDE, “*Pode acontecer que apenas um dos participantes seja o legal titular da propriedade intangível, mas que todos os participantes sejam co-titulares em termos económicos*” e, nestes casos, “*não é necessário o pagamento de royalties*” pelo uso da propriedade intangível desenvolvida ao abrigo do APC pelos outros participantes⁴⁰. Pelo contrário, o pagamento de royalties será exigível a quaisquer outras entidades, para além dos participantes, que explorem os benefícios desenvolvidos no âmbito de um APC.

Para a OCDE, é, pois, a definição de participante ou não participante num APC que vai determinar a existência de royalties. Por sua vez, a OCDE considera que se deve ter em conta a realidade económica subjacente ao APC (e não a realidade estritamente jurídica) para determinar quem deve ser considerado participante ou não participante num APC.

Ora, seguindo o regime português dos preços de transferência tão de perto as directrizes estabelecidas sobre esta matéria pela OCDE, sobretudo no que diz respeito aos APCs, deve ser entendido que as considerações acima tecidas são inteiramente aplicáveis ao regime nacional⁴¹.

b) Actividade desenvolvida por entidade não participante

Situações existem em que a prossecução do objecto do APC é confiado a uma entidade jurídica distinta que, nos termos acima definidos, não deva ser considerada participante desse APC. Isto porque não deve ser considerada participante a entidade que não possa razoavelmente esperar obter uma vantagem da *própria actividade* do APC. Assim, quando uma entidade apenas obtenha essa vantagem *do exercício* de parte ou da totalidade da actividade objecto do APC, essa entidade não deve ser considerada como participante.

Os casos judiciais envolvendo APCs em Portugal enquadravam-se, na sua maioria, nesta segunda situação. Com efeito, as entidades que prosseguiam o objecto dos APCs (prestando serviços, acumulando conhecimentos e patenteando direitos de propriedade intelectual em seu nome) não obtinham, elas mesmas, vantagens da actividade decorrente do APC, mas apenas de exercerem essa

⁴⁰ Parágrafo 8.6 das *Transfer Pricing Guidelines*.

⁴¹ É interessante notar que, ao contrário do regime português, o regime alemão dos preços de transferência aplicáveis aos APC estabelece critérios adicionais aos mencionados nos *Transfer Pricing Guidelines* para que se considere determinada entidade como sendo participante num APC. Sobre esta questão ver *Transfer Pricing 5th Edition, International Tax Review*, n.º 10 (London, 2002), 69.

actividade, prosseguindo o objecto do APC (sendo que, não raras vezes, as entidades em causa eram sociedades sem fins lucrativos)⁴².

Embora o artigo 11.º da Portaria de Preços de Transferência não refira expressamente estas situações, nada leva a crer que as mesmas sejam excluídas do seu âmbito.

De acordo com as *Transfer Pricing Guidelines*, o facto da actividade objecto do APC ser desenvolvida por uma entidade distinta das participantes em nada altera o regime do APC, com excepção de um aspecto: de acordo com o princípio de plena concorrência, uma entidade independente, colocada na posição da sociedade que desenvolva o objecto do APC, exigiria que as participantes acrescessem ao mero débito dos custos incorridos uma margem de lucro apropriada às suas funções⁴³. Trata-se da aplicação do princípio de plena concorrência estabelecido no artigo 58.º n.º 1 do Código do IRC e no artigo 1.º da Portaria de Preços de Transferência à actividade de uma entidade que não deve ser considerada como participante no APC.

Deve ser referido que a margem de lucro que acresce à reposição das despesas nunca constitui um royalty recebido por aquela entidade. A margem de lucro constitui, como o próprio nome indica, um lucro da sociedade que prossegue o objecto do APC, mesmo quando o objecto está relacionado com a obtenção de *know-how* ou a criação de propriedade intelectual. Sobre este aspecto, são aplicáveis as considerações estabelecidas a propósito da impossibilidade dos pagamentos efectuados no âmbito de um APC serem qualificados de royalties.

De acordo com os *Transfer Pricing Guidelines*, a margem de lucro deve ser aplicada inclusivamente nas situações em que são criadas, pelas participantes, sociedades distintas cujo objecto é unicamente a prossecução dos fins do APC, por forma a que as participantes beneficiem da responsabilidade limitada desta sociedade jurídica distinta⁴⁴.

Acontece que, como já se referiu, o legislador português optou por incluir um exemplo de APC no n.º 1 do artigo 11.º da Portaria de Preços de Transferência, referindo que um dos objectos do APC é o “direito a utilizar os resultados alcançados em projectos de investigação e desenvolvimento sem o

⁴² A título de exemplo, ver o acórdão do STA de 29.10.97, onde a entidade que prosseguia o objecto do APC era a Ford of Europe Incorporated, uma sociedade sem fins lucrativos sediada no Reino Unido.

⁴³ É a questão da aplicação do *mark-up*, muito discutida em várias jurisdições. Ver, por exemplo, a tentativa efectuada na Alemanha de se estabelecer um limite de 5% à margem de lucro incluída nas contribuições efectuadas no âmbito de APCs no artigo *Germany Tightens Cost-Sharing Rules, International Tax Review*, (London, 10.02.2000).

⁴⁴ Parágrafo 8.12 das *Transfer Pricing Guidelines*.

pagamento de qualquer contraprestação adicional". Ora, esta referência à não existência de contraprestações adicionais pode levar a dúvidas interpretativas quando as participantes num APC acrescentem uma margem de lucro apropriada como forma de remunerar o trabalho da entidade jurídica distinta, nos termos do regime dos preços de transferência, às suas contribuições na repartição dos custos do APC.

Atendendo aos princípios orientadores nesta matéria, a parte final do n.º 1 do artigo 11.º da Portaria de Preços de Transferência deve ser entendida apenas como uma explicitação, por parte do legislador, da impossibilidade de tributar em sede de royalties as contribuições efectuadas ao abrigo de um APC e não uma impossibilidade de acrescentar uma margem de lucro apropriada para remunerar a sociedade que prossegue o objecto do APC e não se qualifica de participante, o que seria, aliás, contrário ao próprio princípio de plena concorrência, orientador do regime dos preços de transferência.

Acrescente-se que é estabelecido no n.º 7 do artigo 11.º da Portaria de Preços de Transferência que, no caso de acordos de aquisição conjunta de bens, direitos ou serviços, o débito do custo de aquisição deve ser acrescido de margem adequada aos custos de estrutura da entidade adquirente. Tendo em conta o n.º 1 do mesmo artigo, chega-se à conclusão que este n.º 7 tem apenas em conta as situações em que a “entidade adquirente” é ela própria participante do APC. Assim, este n.º 7 não contende com o facto das participantes incluírem uma margem de lucro como remuneração (que vá além da mera remuneração *adequada aos custos de estrutura*) da “entidade adquirente”, sempre que esta não seja participante no Acordo. Para além do referido, o n.º 7 deve ser aplicado não só quando está em causa a *aquisição* conjunta de bens, direitos ou serviços, mas igualmente quando está em causa o *desenvolvimento* conjunto de bens, direitos ou serviços no âmbito de um APC, como referem, de resto, as *Transfer Pricing Guidelines* da OCDE.

c) Pagamentos de entrada e pagamentos de saída

Durante a vigência de um APC, pode acontecer que um ou mais participantes abandonem o Acordo. Pode também suceder que entrem novos participantes. Esta última situação pode ser vista como se os novos participantes obtivessem um benefício da anterior actividade já desenvolvida ao abrigo do APC, sendo que esse benefício é conseguido através da transferência de parte dos benefícios alocados a cada

um dos participantes originários⁴⁵. De acordo com o princípio de plena concorrência estabelecido no regime dos preços de transferência, esta transferência de benefícios deve ser compensada através de um “pagamento de entrada”⁴⁶ efectuado pelo novo participante. O valor deste pagamento de entrada deve ser determinado de acordo com o preço de plena concorrência estabelecido no regime dos preços de transferência.

A tributação em sede de royalties dos pagamentos de entrada que envolvam a transferência de propriedade intelectual ou *know-how* já desenvolvido ao abrigo do APC é uma questão delicada. E assim é porque pode existir uma transferência de tecnologia ou a cessão de direitos de propriedade intelectual, desenvolvidos ao abrigo do APC e na titularidade dos participantes originários, para o novo participante que efectua um pagamento de entrada. Ora, este pagamento de entrada poderá ser interpretado como constituindo royalties⁴⁷. Esta é, de resto, uma questão muito discutida noutros países e que não foi especificamente contemplada no artigo 11.º da Portaria dos Preços de Transferência, pelo que se deverá recorrer aos princípios gerais sobre a matéria na resolução da questão.

As *Transfer Pricing Guidelines* referem que os pagamentos de entrada também não constituem royalties, embora não clarifiquem inteiramente a questão. Fazendo apelo aos princípios que foram sendo referidos ao longo do presente trabalho, parece poder-se defender que os pagamentos de entrada não constituirão royalties nas situações em que o novo participante integre efectivamente o APC enquanto tal. Neste caso, o pagamento de entrada poderá ser qualificado apenas como uma compensação efectuada no âmbito do APC para estabelecer o equilíbrio entre todos os participantes.

No entanto, poderão ser vislumbradas situações em que o pagamento de entrada (que é devido, lembre-se, por aplicação estrita do regime dos preços de transferência) seja considerado como royalties. A título de exemplo, refira-se situações em que o novo participante entre num APC, beneficiando da actividade já desenvolvida ao abrigo deste, mas já sem ter de suportar custos e riscos equiparáveis (o que poderá acontecer em casos de entrada de novos participantes em APCs outrora muito produtivos mas em que à data das novas entradas a sua vigência ou utilidade estejam perto de terminar). Refira-se igualmente situações em que um participante entra num APC, beneficiando da actividade já desenvolvida, cessando a sua actividade como participante nesse Acordo pouco tempo depois. Nestes

⁴⁵ O ganho de uns é a perda de outros. Ver, parágrafo 8.31 das *Transfer Pricing Guidelines*.

⁴⁶ *Buy-in payment*, em inglês.

⁴⁷ Parágrafo 8.33 das *Transfer Pricing Guidelines*.

casos, o novo participante mais não faz do que beneficiar da actividade desenvolvida no âmbito do APC pelos participantes originários sem efectivamente contribuir nos seus custos e riscos. Nestas situações, em que a qualidade de participante é apenas formal, poderá considerar-se que são devidos royalties pelo novo participante aos participantes originários. É a aplicação do Princípio atrás mencionado, segundo o qual deve ter-se em conta a realidade económica do APC e não a realidade estritamente jurídica deste.

d) APCs celebrados entre entidades não relacionadas

Uma questão suscitada pelo acórdão do Tribunal de 2ª Instância de Contribuições e Impostos (Ac. de 14.02.89) prende-se com o reconhecimento dos APCs e a desigualdade que desse reconhecimento possa resultar para as sociedades não relacionadas que adquiram os mesmos direitos de propriedade intelectual ou *know-how* sem recurso a um APC. De acordo com aquele Tribunal, esta desigualdade estribar-se-ia no facto de não existirem royalties na primeira situação, mas eles existirem na segunda.

Não existe, contudo, qualquer violação do princípio da igualdade. Com efeito, existirá tributação em sede de royalties tanto na hipótese da cessão de direitos da propriedade intelectual ou transferência de *know-how* entre entidades relacionadas como entre entidades não relacionadas. Por outro lado, não existirá tributação em sede de royalties se a propriedade intelectual ou o *know-how* forem desenvolvidos ao abrigo de um APC, quer este seja celebrado entre entidades relacionadas quer seja celebrado entre entidades independentes⁴⁸.

Contra o exposto não se argumente que o facto do artigo 11.º da Portaria de Preços de Transferência apenas ser aplicável aos APCs celebrados entre entidades relacionadas não permite o reconhecimento dos APCs celebrados entre entidades independentes. Com efeito, se é verdade que aquele artigo apenas é aplicável entre entidades relacionadas (pois só a estas se colocam questões relativas a preços de transferência) também é verdade que esse facto não tem qualquer implicação no devido reconhecimento de outros APCs. Aliás, conforme foi acima referido, o artigo 11.º da Portaria dos Preços de Transferência constitui o reconhecimento de uma realidade fáctica (a existência de um APC) na legislação portuguesa. Essa realidade fáctica inviabiliza a tributação em sede de royalties, uma vez que

⁴⁸ A existência de APCs celebrados entre entidades não relacionadas, embora mais rara, é perfeitamente admissível.

estes não existem naquele domínio. Esta decorrência é válida quer o APC seja celebrado entre entidades relacionadas, quer seja celebrado entre entidades independentes.

