

**CAAD: Arbitragem Tributária**

**Processo n.º: 160/2013-T**

**Tema: IRC - Cash pooling; Regime dos preços de transferência; Art. 58º CIRC**

## **Processo 160/2013**

### **Decisão Arbitral**

#### **I. Relatório.**

1. A... -, S.A., com o NIF ... sede na Rua ..., .... (doravante a Requerente), apresentou em 5 de Julho de 2013, requerimento de constituição de tribunal arbitral, nos termos do disposto na alínea a) do nº 1 do art. 2º e dos arts. 10º e segs. do Regime Jurídico da Arbitragem Tributária (RJAT), constante do Decreto-Lei nº 10/2011, de 20 de Janeiro, invocando ainda os artigos 66º e a alínea a) do art. 99º do Código de Procedimento e Processo Tributário (CPPT).

2. No pedido de pronúncia arbitral, o Requerente declarou não pretender proceder à designação de árbitro, pelo que a constituição do Tribunal Arbitral se processou em conformidade com o disposto no nº1 do artigo 6º e no nº1 do artigo 11º do RJAT, mediante decisão do Presidente do Conselho Deontológico do Centro de Arbitragem Administrativa, foram designados árbitros o Desembargador Manuel Luís Macaísta Malheiros, o Prof. Doutor Luís Menezes Leitão e o Dr. Manuel Alberto Soares.

Em 21 de Agosto de 2013 foram as partes notificadas dessa designação, não tendo manifestado vontade de recusar a designação dos árbitros, considerando-se por isso o Tribunal Arbitral constituído em 17 de Setembro de 2013, nos termos da alínea c) do nº1 do art. 11º do RJAT.

Nestes termos, o Tribunal Arbitral encontra-se regularmente constituído para apreciar e decidir o objecto do processo.

3. A pretensão objecto do pedido de pronúncia arbitral consiste na declaração de ilegalidade da liquidação adicional de IRC nº 2012 ...de 31.08.2012, relativa ao exercício de 2009, a qual foi objecto de reclamação graciosa e de cujo indeferimento parcial foi interposto recurso hierárquico, o qual se presume tacitamente indeferido, bem como da liquidação de juros compensatórios nº 2012 ..., assim como a compensação/acerto de contas nº 2012 ..., todos na parte não anulada pela decisão de deferimento parcial da reclamação graciosa.

Em virtude desse acerto de contas a Requerente pagou a quantia de € 308.002,43, tendo-lhe sido devolvida na sequência do deferimento parcial da reclamação graciosa a quantia de € 152.657,30, reclamando a Requerente a anulação total das liquidações em causa e a consequente devolução do remanescente de €155.345,13, acrescido dos juros indemnizatórios legalmente devidos.

4. Sustenta o Requerente, em síntese, que houve violação do regime hoje constante do art. 63.º do Código do IRC (CIRC) por neles ter sido pressuposta a existência de relação de garantia susceptível de ser apreciada à luz do princípio da plena concorrência e do regime de preços de transferência, por este regime ser insusceptível de aplicação ao contrato de *cash pooling* celebrado pela Requerente e, subsidiariamente, a ilegalidade na determinação do preço de plena concorrência, por desadequação do método do preço comparável de mercado.

5. Ao abrigo do art. 17º do RJAT a Autoridade Tributária e Aduaneira (AT), ora Requerida, apresentou a sua Resposta, onde sustenta a existência de diversas implicações legais e fiscais suscitadas pelos contratos de *cash pooling*, uma vez que dos mesmos resulta a centralização da tesouraria em países terceiros, sendo por isso prática comum na União Europeia a sua regulação através do regime dos preços de transferência.

No caso presente, resulta dos termos do contrato de *cash pooling* celebrado que a Requerente, para além de prestar uma garantia, acaba por financiar a actividade da empresa-mãe B... AG em termos menos favoráveis para a Requerente do que os que seriam acordados se não existisse uma relação especial de subordinação. Por esse motivo entende ter sido correctamente aplicado o regime dos preços de transferência através do

preço normal de mercado, tendo o método de comparabilidade sido o de uma garantia bancária já existente a nível interno.

6. Realizou-se em 6 de Novembro de 2013 a reunião prevista no art. 18º do RJAT, tendo a Requerente prescindido das testemunhas que tinha previamente arrolado, tendo o Senhor Presidente do Tribunal Arbitral determinado a apresentação pelas partes de alegações escritas, nas quais as mesmas fundamentaram juridicamente as suas posições.

## **II. Pressupostos processuais.**

7. Nos termos do art. 2º, nº1, a) do RJAT, os tribunais arbitrais são competentes para apreciar as pretensões de declaração de ilegalidade dos actos de liquidação e de autoliquidação de tributos. Por sua vez, o nº1 do art. 4º do mesmo diploma determina que a vinculação da administração tributária à jurisdição dos tribunais arbitrais depende de portaria conjunta dos Ministros das Finanças e da Justiça. Foi assim publicada a Portaria 112-A/2011, de 22 de Março, resultando dos seus arts. 1º e 2º que a Direcção-Geral dos Impostos e a Direcção-Geral das Alfândegas e dos Impostos Especiais sobre o Consumo ficaram vinculadas à jurisdição dos tribunais arbitrais que funcionam no CAAD que tenham por objecto a apreciação das pretensões relativas a impostos cuja administração lhes esteja cometida, com algumas excepções. Um destes é o IRC pelo que o presente Tribunal Arbitral tem competência para dirimir esta questão.

## **II. Fundamentação fáctica.**

8. Com base nos elementos que constam do processo consideram-se provados os seguintes factos:

a) A Requerente integra um grupo de sociedades, de que é sociedade dominante a sociedade alemã B... AG, detendo esta uma participação de 100% no seu capital.

b) A Autoridade Tributária efectuou uma inspecção tributária à requerente relativa ao exercício de 2009, a qual concluiu ter sido celebrado um contrato de gestão de tesouraria internacional, entendendo que os depósitos efectuados pela requerente no

BANCO ... (...) no âmbito desse contrato serviram de garantia aos financiamentos obtidos pela B... AG junto desse Banco, havendo assim violação do princípio da plena concorrência previsto no nº1 do art. 58º CIRC, de onde resultaria uma correcção ao lucro tributável no montante de € 747.911,33.

c) Com base na correcção referida na alínea anterior foi efectuada a Demonstração da Liquidação de IRC nº 2012 ..., a qual deu origem à Demonstração de Acerto de Contas nº ... (nº de compensação 2012 ...), do qual resultou um montante a pagar de € 308.002,43, o qual integrava € 200.040,12 de IRC e juros compensatórios relativos às correcções verificadas, tendo o respectivo montante sido pago em 9 de Abril de 2012.

d) Em 6 de Agosto de 2012 a Requerente apresentou reclamação graciosa contra essa correcção, tendo a mesma sido objecto em 5 de Dezembro de 2012 de indeferimento expresso parcial nos termos do qual se deferiu a reclamação quanto à correcção de € 570.960,69, mantendo-se o acréscimo de € 176.950,64 ao lucro tributável.

e) Inconformada com essa decisão, a Requerente apresentou em 7 de Fevereiro de 2013 recurso hierárquico, o qual não foi objecto de decisão até 5 de Julho de 2013.

f) Em 5 de Julho de 2013, a Requerente apresentou o pedido de constituição do Tribunal Arbitral que deu origem ao presente processo.

g) Em 27 de Junho de 2005 a Requerente e a B...AG. celebraram com o Banco ..., com sede em Amsterdão, um contrato intitulado "*Cash Pooling Agreement*", acompanhado por um *Operating Manual for* ..., os quais constituem os Anexos I.2 e I.3. ao Relatório de Inspeção junto com a contestação e cujo teor se dá por reproduzido.

h) Em 30-9-2008, a Requerente enviou à Direcção de Serviços de Inspeção Tributária uma carta que constitui o Anexo I.5 ao mesmo Relatório de Inspeção, cujo teor se dá como reproduzido) onde, com referência a inspecções de 2005 e 2006, refere, além do mais, o seguinte:

"1) Montantes não utilizados pela B..., AG

*Resulta do contrato de Cash Pooling que cada um dos intervenientes tem uma conta individual junto do Banco na qual são reflectidas todas as operações bancárias ocorridas em cada período.*

*As contas são independentes e só podem ser movimentadas por cada um dos intervenientes:*

*A conta da B...AG tem a referência NL ....*

*A conta da A... tem a referência NL....*

*Neste entendimento, e respondendo à pergunta, a B..., AG não fez qualquer utilização dos fundos da A... na sua conta NL..., os quais contribuem por consolidação virtual para o cálculo do Overall Balance de que o Cash Pooling Co-ordinator é informado.*

*Este apuramento de um saldo virtual pelo Banco não implica qualquer alteração da posição financeira de cada um dos intervenientes perante o Banco, não dando, assim, origem a nova operação financeira entre as empresas participantes.*

*Os possíveis depósitos e financiamentos realizados pela B...AG, nos termos contratuais, são da sua exclusiva responsabilidade e estarão reflectidos nos extractos bancários da sua conta.*

*Nas suas diversas aplicações nos termos do contrato (cash pooling) a B...AG obtém rentabilidades que são resultado da qualidade da sua gestão de tesouraria face aos seus negócios.*

*A A... não é parte interessada nestes negócios e as condições de remuneração dos seus depósitos ("the Bank's Base Rate" + "0,025% over a credit balance") na conta NL..., acordadas com o Bank ..., em nada são alteradas pela gestão de tesouraria da B...AG.*

*Também a possibilidade de disponibilidade imediata do saldo da conta da A... não é afectada - esta pode levantar os fundos depositados a qualquer momento.*

*A pedido da Snr<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup> e por amostragem foram já entregues diversos elementos esclarecedores sobre o assunto.*

*Dentro desta amostra e em dois meses (Julho de 2005 e Fevereiro de 2006), com a ajuda da B...AG, foram reconstituídos os cálculos de todos os movimentos ocorridos.*

*Entende-se que foi integralmente e claramente esclarecida a prática do Contrato nos exercícios em análise, referentes aos anos de 2005 e 2006.*

## 2) Tradução do disposto nas cláusulas 7 e 8 - implicações a nível do funcionamento.

*Tradução:*

*Cláusula 7*

### **GARANTIA ADICIONAL**

*Como garantia do pagamento do Passivo Garantido, cada um dos Clientes dá como garantia ao Banco, pelo presente contrato, através de um direito de caução prioritário, qualquer um e todos os seus actuais e futuros créditos junto do Banco, decorrentes de ou em ligação com as Contas.*

*Com a assinatura deste Contrato, o Banco reconhece ter tomado conhecimento da disponibilidade dos Clientes para a aceitação desta garantia adicional.*

*Cláusula 8*

### **COMPENSAÇÃO / EXECUÇÃO**

*Cada um dos Clientes que, em qualquer altura, tenha saldos devedores nas Contas, poderá compensar quaisquer montantes devidos ao Banco, resultantes de ou em ligação com as Contas, com quaisquer montantes devidos pelo Banco a cada um dos clientes que, em qualquer altura,*

*tenham saldos credores nas Contas, resultantes de ou em ligação com as Contas.*

*Quando desejar receber o pagamento do Passivo Garantido o Banco deverá, em primeiro lugar baseado no critério pró rata temporis, recorrer aos saldos credores existentes nas Contas que se encontrem caucionadas ao Banco, em conformidade com a Cláusula 7*

*Comentários:*

*No primeiro parágrafo da Cláusula 8 aprova-se a possível utilização de um mecanismo de compensação entre as contas, por vontade/ordem dos Clientes. Uma vez que as Contas são independentes e só podem ser movimentadas pelo respectivo titular, a efectiva aplicação deste mecanismo depende do prévio acordo entre os Clientes e subsequente instrução ao Banco nesse sentido pelo Cliente(s) com saldo(s) credor(es). Por ele, dá-se aceitação à transferência de valores de contas credoras para contas devedoras com o objectivo de se anular estes últimos saldos.*

*Nos exercícios em análise da conta NL..., sempre credora, não foi transferida qualquer verba com esta intenção.*

*No segundo parágrafo da Cláusula 8 é estabelecido o critério prático de execução a seguir pelo Banco, caso este venha a requerer a efectivação da Cláusula 7.*

*A feitura das Cláusulas 7 e 8 deverá ser entendida no seu contexto para o qual é importante ter também em atenção o estabelecido na Cláusula 6 deste mesmo Contrato.*

*Nesta cláusula a B..., AG é referida como sendo o primeiro responsável pelo pagamento dos saldos devedores.*

*Em termos práticos significa que a garantia expressa na cláusula 7 é potencial e só será accionada no caso da B...AG não corresponder primeiramente às solicitações do Banco.*

*Durante os exercícios de 2005 e 2006 não foi recebida pela A... qualquer notificação do Banco ...neste sentido.*

*A declaração do Banco ..., que juntamos, datada de 29 de Setembro de 2008, confirma que até ao presente momento as Cláusulas 7 e 8 nunca foram accionadas.*

*Se, hipoteticamente, estas Cláusulas fossem accionadas e o saldo credor da A... respondesse por dívida ao Banco, esta operação repercutir-se-ia indirectamente no accionista, o qual poderá solicitar a bastante transferência de lucros de "Reservas Livres") que, por encontro de contas, saldaria as responsabilidades assumidas pela A...*

i) No exercício de 2001 a Requerente obteve um financiamento do Banco X... no valor de € 40.000.000 no âmbito de Projecto de Investimento, tendo apresentado para o efeito uma garantia emitida pelo Banco Y... a favor daquela entidade, suportando no exercício de 2009 a Requerente com essa garantia um encargo anual de 0,375%, da mesma forma que nos exercícios de 2005, 2006, 2007 e 2008.

j) Em 2009 manteve-se em vigor o contrato de *cash pooling*, não tendo sido feitos, no entanto, reforços de liquidez para a conta do *cash pooling*, tendo mesmo sido levantados os excedentes que lá se encontravam, ficando a conta em 31.12.2009 apenas com um saldo positivo de € 732.36.

### **III. Fundamentação de Direito.**

#### **1. Da ilegalidade da liquidação de IRC e respectivos juros compensatórios.**

##### **1.1. Generalidades.**

8. Analisemos agora a questão de mérito que se reconduz à apreciação da ilegalidade da liquidação de IRC. Neste ponto, cabe salientar que este processo é semelhante, para o exercício de 2009, em relação ao decidido pelo CAAD em relação ao mesmo sujeito passivo no exercício de 2008 (Processo 55/2012). Nas páginas seguintes ir-se-á por isso acompanhar a fundamentação dessa acórdão.

##### **1.2. Análise da situação fáctica.**

Resulta da matéria de facto fixada que a Requerente e integra um grupo de sociedades, de que é sociedade dominante a sociedade alemã B...AG, que a detinha a 100% em 2009.

Em 27-6-2005, a Requerente e a B..., AG celebraram com o Banco ..., com sede em Amesterdão, um contrato o contrato com a denominação «*Cash Pooling Agreement*».

Nos termos desse contrato, a Requerente e a B..., AG detinham contas independentes naquele banco que só podiam ser movimentadas por quem era seu titular.

O sistema de *cash pooling* (gestão integrada de tesouraria) foi implementado na modalidade de *notional cash pooling*, em que os movimentos de tesouraria (depósitos e levantamentos) eram efectuados directamente com o BANCO ..., que era entidade intermediária e interveniente no sistema.

Nos contratos do tipo *notional cash pooling* não há movimentação física dos saldos das contas individuais dos participantes no acordo, procedendo o banco à consolidação virtual dos saldos das diversas contas apenas para efeitos de determinação da taxa de juro (credora ou devedora) a aplicar a todas as contas, independentemente dos seus saldos individuais. Na verdade, conforme escrevem JOHN C. HOLLAS e GORDON HANDS, no caso de *cash pooling* de um grupo de sociedades com recurso a uma estrutura bancária externa as contas bancárias das diversas sociedades do grupo são compensadas com o fim de determinar um saldo global, ao qual será aplicada a taxa de remuneração dos depósitos bancários do banco (ou alternativamente a taxa de remuneração que será cobrada ao *cash pool* em caso de descoberto bancário). A configuração do acordo de compensação no *cash pooling* permite que algumas das contas bancárias possam estar a descoberto (contas a débito) desde que o sistema em geral tenha um saldo positivo, não havendo, no entanto, transferência física de fundos. Assim, ao contrário do que normalmente sucederia perante uma conta a descoberto em que uma multinacional se veria forçada a obter fundos de outra fonte para cobrir esse descoberto bancário, a compensação pela via do *cash pooling* evita esse recurso ao financiamento externo, reduzindo consideravelmente os custos de financiamento do grupo<sup>1</sup>.

Na Cláusula 3.<sup>a</sup> do contrato referido estabelece-se que a taxa de juro a aplicar aos saldos credores é a taxa base do BANCO... e a taxa a aplicar aos saldos devedores é a taxa base do BANCO... acrescida de 0,50%.

Na Cláusula 4.<sup>a</sup> do contrato estabelece-se que é de aplicar aos saldos devedores a taxa credora a sempre que o saldo global das contas envolvidas no acordo seja positivo. Caso o saldo global das contas seja negativo, os saldos credores beneficiarão da aplicação de taxa devedora.

Através de uma comunicação extracontratual entre o BANCO (comunicação de 27.06.2005 efectuada à B...AG enquanto coordenadora do sistema de *cash pooling*) é atribuída à conta da Requerente uma taxa de juro credora correspondente à taxa base do ... acrescida de 0,25%, ou seja, é atribuída, só para a Requerente, uma

---

<sup>1</sup> Cfr. JOHN C. HOLLAS e GORDON HANDS, "Transfer Pricing and Intragroup Cash Pooling", disponível em <http://www.tpa-global.com/news/2013/09/17/transfer-pricing-and-intra-group-cash-pooling>



remuneração superior à estabelecida contratualmente em 0,25 pontos percentuais, remuneração esta assegurada pela própria B..., AG (página 10 do relatório da inspecção).

Nos termos das cláusulas 2.2., 2.3 do contrato, e pontos 1.5. e 4.5 do Manual Operativo, o sistema de *cash pooling* funciona numa base diária e tanto o saldo global das contas envolvidas como o saldo da conta da Requerente devem ser positivos ou nulos, só podendo a conta da B... AG ter saldos devedores, impondo-se a esta, em caso de se verificar um saldo global negativo, o dever de assegurar que ele deixe de existir.

Ainda nos termos da cláusula 7.<sup>a</sup> do contrato, a Requerente e a B... AG dão ao Banco, para garantia do pagamento do passivo, através de um direito de caução prioritário, todos os seus actuais e futuros créditos junto do banco, decorrentes de ou em ligação com as contas.

Na cláusula 8.2 do contrato, estabelece-se que quando desejar receber o passivo garantido, o Banco deverá recorrer aos saldos credores existentes nas contas que se encontram caucionadas ao Banco em conformidade com a Cláusula 7.<sup>a</sup>.

Não se fez prova de que alguma vez, durante o ano de 2009, estas cláusulas tivessem sido accionadas. Porém, constatando que ao longo da vigência do contrato a Requerente apresentou sempre saldos positivos, a Autoridade Tributária e Aduaneira concluiu que os depósitos da Requerente no Banco funcionavam como garantia do pagamento dos saldos passivos que ocorreram na conta da B... AG.

A Autoridade Tributária e Aduaneira considerou ainda que os depósitos da Requerente no Banco não podiam ser movimentados livremente, por a B..., AG ser a única accionista da Requerente. Assim, aquela poderia decidir a manutenção dos depósitos desta para cobertura dos financiamentos pelo banco àquela.

Entendeu ainda a Autoridade Tributária e Aduaneira que «*os depósitos efectuados no Banco... pela A... não se inserem numa óptica de curto prazo atendendo ao histórico de criação de excedentes anterior à celebração do contrato de cash pooling e à permanência e contínuo reforço dos depósitos na vigência do referido contrato. O facto de a A... ter considerado os depósitos no Banco... como depósitos à ordem não retira o carácter de permanência dos fundos*» (página 20 do relatório da inspecção).

A Autoridade Tributária e Aduaneira entendeu ainda «*a A..., através dos seus depósitos, permite a redução das taxas de juro aplicadas aos financiamentos obtidos pela*

AG, em primeiro lugar pelo facto de direccionar os seus excedentes para um modelo de negócio, o *cash pooling*, e, em segundo lugar, pelo facto de assumir responsabilidades, perante o Banco..., em caso de incumprimento por parte da AG.

*Os depósitos da A... são de facto garantias no âmbito do referido negócio contratado"* (pág. 23 do Relatório de Inspeção).

Em face das manifestas relações especiais entre a Requerente e a B..., AG, a Autoridade Tributária e Aduaneira concluiu que a remuneração auferida pela Requerente com os seus depósitos no Banco... deveria estar em conformidade com o Princípio da Plena Concorrência, por força do disposto no art. 58.º, n.º 1, do CIRC, na redacção anterior ao DL n.º 159/2009, de 13 de Julho, a que corresponde actualmente o art. 63.º do mesmo Código.

Dos métodos indicados no n.º 2 daquele art. 58.º e na Portaria n.º 1446- C/2001, de 21 de Dezembro, para determinação do preço de plena concorrência, a Autoridade Tributária e Aduaneira entendeu que o Método do Preço Comparável de Mercado é o mais adequado, em conformidade com o previsto no art. 4.º, n.º 2, daquela Portaria.

Como operações com características económicas que entendeu serem suficientemente comparáveis com a realizada pela Requerente com o referido contrato denominado de *cash pooling*, a Autoridade Tributária e Aduaneira seleccionou um empréstimo do Banco X, obtido pela Requerente em 2001, no valor de € 40.000.000,00, para o que apresentou uma garantia emitida pelo Banco Y..., cuja taxa de remuneração, no ano de 2008, foi de 0,375%.

Esta garantia bancária, no entender da Autoridade Tributária e Aduaneira, será comparável à que foi concedida pela Requerente à B..., AG através do contrato de *cash pooling*, pois «*de acordo com o parágrafo 7 13 do Relatório da OCDE não constitui prestação de serviço usar o “rating” de outra empresa do grupo, estando assim reunidas as condições para aplicação do Método do Preço Comparável de Mercado*». No entanto, a Autoridade Tributária e Aduaneira destaca que há particularidades que diferenciam, em termos funcionais, as duas operações em questão:

*"— O banco Y..., enquanto garante na operação de crédito entre o Banco X... e a A... é formalmente alheio a essa operação intervindo apenas para assegurar*

*que o interesse económico do credor (Banco X...) seja satisfeito, sendo remunerado pelos riscos que incorre (Operação Comparável);*

*— A A..., por seu lado, enquanto garante nas operações de crédito entre o Banco ... e a AG, é parte directa no contrato de gestão de tesouraria (cash pooling), ou seja, no modelo de negócio que determina a possibilidade de a AG obter financiamentos, e inclusive, é o montante dos depósitos da A... que determina o valor permitido desses financiamentos Logo, o montante dos empréstimos do Banco ... à AG depende dos excedentes que a A... direcciona para o BANCO...*

*Resulta assim, que os depósitos da A... ao serem direccionados para o sistema de cash pooling no BANCO... garantem de duas formas os financiamentos da AG – determinam o valor dos financiamentos e podem ser compensados pelo credor (BANCO...) em caso de incumprimento do devedor (AG) — pelo que a remuneração dos mesmos deverá contemplar, para além do risco económico da operação, o custo de oportunidade de aplicações alternativas" (página 31 do relatório da inspecção).*

No exercício de 2009, em que o contrato de *cash pooling* ficou inoperacional a partir de Fevereiro, a Autoridade Tributária entendeu manter como operação comparável a mesma operação que reflectia as condições de mercado em 2008 e utilizada em relação a este exercício, ou seja, uma "*aplicação efectuada no Banco ... com data de início de 12.6.2008 e data de fim de 15.07.2008 no valor de € 2.505.000,00, à taxa de 5,46%, pelo prazo de 33 dias. À data de 12.06.2008 os depósitos da A... no BANCO... foram remunerados à taxa de 4,25%. Resulta assim uma diferença de taxas de 1,21%*".

*"Considerando a análise de comparabilidade, o ajustamento de comparabilidade e os comparáveis identificados para determinação do preço que seria praticado entre entidades independentes é de considerar como remuneração da A... enquanto garante nas operações de financiamento da AG em Janeiro e Fevereiro de 2009 a taxa anual de 1,585%, calculada pela soma das seguintes parcelas: 0,375% — taxa praticada na garantia prestada no empréstimo do BANCO X...; 1,21% — diferença entre a taxa da operação comparável seleccionada (5,46%) e a remuneração obtida pela A... junto do BANCO... (4.25%)".*

O argumento para manter como operação comparável a mesma verificada no exercício de 2008 e não os depósitos realizados pela Requerente em 2009 foi o de que esses depósitos revelam factores de distorção e não são comparáveis em virtude da crise financeira que atingiu a Europa a partir do final de 2008.

Tendo a Requerente apresentado reclamação graciosa, a mesma veio a ser parcialmente deferida, por se ter considerado que *"na operação vinculada, a remuneração obtida pela A... junto do BANCO..., não deve ser afectada pelo custo de oportunidade da aplicação financeira, considerando, face aos comparáveis utilizados que a operação reflecte as condições de mercado, se considerarmos o acréscimo de 0,375% que deriva da indisponibilidade produzida pela manutenção dos depósitos, enquanto garante no contrato de cash pooling, que vigora no grupo a que pertence a ora recorrente"*.

### **2.3. Enquadramento jurídico.**

Está em causa no presente processo a aplicação do regime de preços de transferência, previsto, no início de 2009, no art. 58.º do CIRC, que tinha a seguinte redacção:

#### **Artigo 58.º**

##### **Preços de transferência**

*1 – Nas operações comerciais, incluindo, designadamente, operações ou séries de operações sobre bens, direitos ou serviços, bem como nas operações financeiras, efectuadas entre um sujeito passivo e qualquer outra entidade, sujeita ou não a IRC, com a qual esteja em situação de relações especiais, devem ser contratados, aceites e praticados termos ou condições substancialmente idênticos aos que normalmente seriam contratados, aceites e praticados entre entidades independentes em operações comparáveis.*

*2 – O sujeito passivo deve adoptar, para a determinação dos termos e condições que seriam normalmente acordados, aceites ou praticados entre entidades independentes, o método ou métodos susceptíveis de assegurar o mais elevado grau de comparabilidade entre as operações ou séries de operações que efectua e outras substancialmente idênticas, em situações normais de mercado ou de ausência de relações especiais, tendo em conta, designadamente, as características dos bens, direitos ou serviços, a posição de mercado, a situação económica e financeira, a estratégia de negócio, e demais características relevantes das empresas envolvidas, as funções por elas desempenhadas, os activos utilizados e a repartição do risco.*

*3 – Os métodos utilizados devem ser:*

- a) *O método do preço comparável de mercado, o método do preço de revenda minorado ou o método do custo majorado*
- b) *O método do fraccionamento do lucro, o método da margem líquida da operação ou outro, quando os métodos referidos na alínea anterior não possam ser aplicados ou, podendo sê-lo, não permitam obter a medida mais fiável dos termos e condições que entidades independentes normalmente acordariam, aceitariam ou praticariam.*

4 – *Considera-se que existem relações especiais entre duas entidades nas situações em que uma tem o poder de exercer, directa ou indirectamente, uma influência significativa nas decisões de gestão da outra, o que se considera verificado, designadamente, entre:*

- a) *Uma entidade e os titulares do respectivo capital, ou os cônjuges, ascendentes ou descendentes destes, que detenham, directa ou indirectamente, uma participação não inferior a 10% do capital ou dos direitos de voto;*
- b) *Entidades em que os mesmos titulares do capital, respectivos cônjuges, ascendentes ou descendentes detenham, directa ou indirectamente, uma participação não inferior a 10% do capital ou dos direitos de voto;*
- c) *Uma entidade e os membros dos seus órgãos sociais, ou de quaisquer órgãos de administração, direcção, gerência ou fiscalização, e respectivos cônjuges, ascendentes e descendentes;*
- d) *Entidades em que a maioria dos membros dos órgãos sociais, ou dos membros de quaisquer órgãos de administração, direcção, gerência ou fiscalização, sejam as mesmas pessoas ou, sendo pessoas diferentes, estejam ligadas entre si por casamento, união de facto legalmente reconhecida ou parentesco em linha recta;*
- e) *Entidades ligadas por contrato de subordinação, de grupo paritário ou outro de efeito equivalente;*
- f) *Empresas que se encontrem em relação de domínio, nos termos em que esta é definida nos diplomas que estatuem a obrigação de elaborar demonstrações financeiras consolidadas;*
- g) *Entidades entre as quais, por força das relações comerciais, financeiras, profissionais ou jurídicas entre elas, directa ou indirectamente estabelecidas ou praticadas, se verifica situação de dependência no exercício da respectiva actividade, nomeadamente quando ocorre entre si qualquer das seguintes situações:*
  - 1) *O exercício da actividade de uma depende substancialmente da cedência de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de know-how detidos pela outra;*
  - 2) *O aprovisionamento em matérias-primas ou o acesso a canais de venda dos produtos, mercadorias ou serviços por parte de uma dependem substancialmente da outra;*

- 3) *Uma parte substancial da actividade de uma só pode realizar-se com a outra ou depende de decisões desta;*
  - 4) *O direito de fixação dos preços, ou condições de efeito económico equivalente, relativos a bens ou serviços transaccionados, prestados ou adquiridos por uma encontra-se, por imposição constante de acto jurídico, na titularidade da outra;*
  - 5) *Pelos termos e condições do seu relacionamento comercial ou jurídico, uma pode condicionar as decisões de gestão da outra, em função de factos ou circunstâncias alheios à própria relação comercial ou profissional.*
- h) Uma entidade residente ou não residente com estabelecimento estável situado em território português e uma entidade sujeita a um regime fiscal claramente mais favorável residente em país, território ou região constante da lista aprovada por portaria do Ministro de Estado e das Finanças.*

*5 – Para efeitos do cálculo do nível percentual de participação indirecta no capital ou nos direitos de voto a que se refere o número anterior, nas situações em que não há regras especiais definidas, são aplicáveis os critérios previstos no n.º 2 do artigo 483.º do Código das Sociedades Comerciais.*

*6 – O sujeito passivo deve manter organizada, nos termos estatuídos para o processo de documentação fiscal a que se refere o artigo 121.º, a documentação respeitante à política adoptada em matéria de preços de transferência, incluindo as directrizes ou instruções relativas à sua aplicação, os contratos e outros actos jurídicos celebrados com entidades que com ele estão em situação de relações especiais, com as modificações que ocorram e com informação sobre o respectivo cumprimento, a documentação e informação relativa àquelas entidades e bem assim às empresas e aos bens ou serviços usados como termo de comparação, as análises funcionais e financeiras e os dados sectoriais, e demais informação e elementos que tomou em consideração para a determinação dos termos e condições normalmente acordados, aceites ou praticados entre entidades independentes e para a selecção do método ou métodos utilizados.*

*7 – O sujeito passivo deve indicar, na declaração anual de informação contabilística e fiscal a que se refere o artigo 113.º, a existência ou inexistência, no exercício a que aquela respeita, de operações com entidades com as quais está em situação de relações especiais, devendo ainda, no caso de declarar a sua existência:*

- a) Identificar as entidades em causa;*
- b) Identificar e declarar o montante das operações realizadas com cada uma;*
- c) Declarar se organizou, ao tempo em que as operações tiveram lugar, e mantém, a documentação relativa aos preços de transferência praticados.*

*8 – Sempre que as regras enunciadas no n.º 1 não sejam observadas, relativamente a operações com entidades não residentes, deve o sujeito passivo efectuar, na declaração a que se refere o artigo 112.º, as necessárias correcções positivas na determinação do lucro tributável, pelo montante correspondente aos efeitos fiscais imputáveis a essa inobservância.*

9 – Nas operações realizadas entre entidade não residente e um seu estabelecimento estável situado em território português, ou entre este e outros estabelecimentos estáveis daquela situados fora deste território, aplicam-se as regras constantes dos números anteriores.

10 – O disposto nos números anteriores aplica-se igualmente às pessoas que exerçam simultaneamente actividades sujeitas e não sujeitas ao regime geral de IRC.

11 – Quando a Direcção-Geral dos Impostos proceda a correcções necessárias para a determinação do lucro tributável por virtude de relações especiais com outro sujeito passivo do IRC ou do IRS, na determinação do lucro tributável deste último devem ser efectuados os ajustamentos adequados que sejam reflexo das correcções feitas na determinação do lucro tributável do primeiro.

12 – Pode a Direcção-Geral dos Impostos proceder igualmente ao ajustamento correlativo referido no número anterior quando tal resulte de convenções internacionais celebradas por Portugal e nos termos e condições nas mesmas previstos.

13 – A aplicação dos métodos de determinação dos preços de transferência, quer a operações individualizadas, quer a séries de operações, o tipo, a natureza e o conteúdo da documentação referida no n.º 6 e os procedimentos aplicáveis aos ajustamentos correlativos são regulamentados por portaria do Ministro das Finanças.

Ao abrigo deste n.º 13 foi aprovada a Portaria n.º 1446-C/2001, de 21 de Dezembro, em que se estabelece, além do mais o seguinte:

#### **Artigo 4.º**

##### **Determinação do método mais apropriado**

1 - O sujeito passivo deve adoptar, para determinação dos termos e condições que seriam normalmente acordados, aceites ou praticados entre entidades independentes, o método mais apropriado a cada operação ou série de operações, tendo em conta o seguinte:

a) O método do preço comparável de mercado, o método do preço de revenda minorado ou o método do custo majorado;

b) O método do fraccionamento do lucro, o método da margem líquida da operação ou outro método apropriado aos factos e às circunstâncias específicas de cada operação que satisfaça o princípio enunciado no n.º 1 do artigo 1.º desta portaria, quando os métodos referidos na alínea anterior não possam ser aplicados ou, podendo sê-lo, não permitam obter a medida mais fiável dos termos e condições que entidades independentes normalmente acordariam, aceitariam ou praticariam.

2 - Considera-se como método mais apropriado para cada operação ou série de operações aquele que é susceptível de fornecer a melhor e mais fiável estimativa dos termos e condições que seriam normalmente acordados, aceites ou praticados numa situação de plena concorrência, devendo ser

*feita a opção pelo método mais apto a proporcionar o mais elevado grau de comparabilidade entre as operações vinculadas e outras não vinculadas e entre as entidades seleccionadas para a comparação, que conte com melhor qualidade e maior quantidade de informação disponível para a sua adequada justificação e aplicação e que implique o menor número de ajustamentos para efeitos de eliminar as diferenças existentes entre os factos e as situações comparáveis.*

*3 - Duas operações reúnem as condições para serem consideradas comparáveis se são substancialmente idênticas, o que significa que as suas características económicas e financeiras relevantes são análogas ou suficientemente similares, de tal modo que as diferenças existentes entre as operações ou entre as empresas nelas intervenientes não são susceptíveis de afectar de forma significativa os termos e condições que se praticariam numa situação normal de mercado ou, sendo-o, é possível efectuar os necessários ajustamentos que eliminem os efeitos relevantes provocados pelas diferenças verificadas.*

*4 - Sempre que existam dúvidas fundadas acerca da fiabilidade dos valores que seriam obtidos com a aplicação de um dado método, o sujeito passivo deve tentar confirmar tais valores mediante a aplicação de outros métodos, de forma isolada ou combinada.*

*5 - Se, no âmbito de aplicação de um método, a utilização de duas ou mais operações não vinculadas comparáveis ou a aplicação de mais de um método considerado igualmente apropriado conduzir a um intervalo de valores que assegurem um grau de comparabilidade razoável, não se torna necessário proceder a qualquer correcção, caso as condições relevantes da operação vinculada, nomeadamente o preço ou a margem de lucro, se situarem dentro desse intervalo.*

### **Artigo 5.º**

#### **Factores de comparabilidade**

*Para efeitos do artigo anterior, o grau de comparabilidade entre uma operação vinculada e uma operação não vinculada deve ser avaliado, tendo em conta, designadamente, os seguintes factores:*

- a) As características específicas dos bens, direitos ou serviços que, sendo objecto de cada operação, são susceptíveis de influenciar o preço das operações, em particular as características físicas, a qualidade, a quantidade, a fiabilidade, a disponibilidade e o volume de oferta dos bens, a forma negocial, o tipo, a duração, o grau de protecção e os benefícios antecipados pela utilização do direito e a natureza e a extensão dos serviços;*
- b) As funções desempenhadas pelas entidades intervenientes nas operações, tendo em consideração os activos utilizados e os riscos assumidos;*
- c) Os termos e condições contratuais que definem, de forma explícita ou implícita, o modo como se repartem as responsabilidades, os riscos e os lucros entre as partes envolvidas na operação;*



- d) *As circunstâncias económicas prevaletentes nos mercados em que as respectivas partes operam, incluindo a sua localização geográfica e dimensão, o custo da mão-de-obra e do capital nos mercados, a posição concorrencial dos compradores e vendedores, a fase do circuito de comercialização, a existência de bens e serviços sucedâneos, o nível da oferta e da procura e o grau de desenvolvimento geral dos mercados;*
- e) *A estratégia das empresas, contemplando, entre os aspectos susceptíveis de influenciar o seu funcionamento e conduta normal, a prossecução de actividades de pesquisa e desenvolvimento de novos produtos, o grau de diversificação da actividade, o controle do risco, os esquemas de penetração no mercado ou de manutenção ou reforço de quota e, bem assim, os ciclos de vida dos produtos ou direitos;*
- f) *Outras características relevantes quanto à operação em causa ou às empresas envolvidas.*

#### **Artigo 6.º**

##### **Método do preço comparável de mercado**

*1 - A adopção do método do preço comparável de mercado requer o grau mais elevado de comparabilidade com incidência tanto no objecto e demais termos e condições da operação como na análise funcional das entidades intervenientes.*

*2 - Este método pode ser utilizado, designadamente, nas seguintes situações:*

- a) *Quando o sujeito passivo ou uma entidade pertencente ao mesmo grupo realiza uma transacção da mesma natureza que tenha por objecto um serviço ou produto idêntico ou similar, em quantidade ou valor análogos, e em termos e condições substancialmente idênticos, com uma entidade independente no mesmo ou em mercados similares;*
- b) *Quando uma entidade independente realiza uma operação da mesma natureza que tenha por objecto um serviço ou um produto idêntico ou similar, em quantidade ou valor análogos, e em termos e condições substancialmente idênticos, no mesmo mercado ou em mercados similares.*

*3 - Sempre que uma operação vinculada e uma operação não vinculada não sejam substancialmente comparáveis, o sujeito passivo deve identificar e quantificar os efeitos provocados pelas diferenças existentes nos preços de transferência, que devem ser de natureza secundária, procedendo aos ajustamentos necessários para os eliminar, por forma a determinar um preço ajustado correspondente ao de operação não vinculada comparável.*

#### **2.4. A existência de uma relação de garantia no âmbito do contrato.**

A primeira questão que está em causa no presente processo é a de saber se o contrato referido constituiu uma relação de garantia entre a Requerente e a B..., AG.

O contrato em causa foi qualificado como de *cash pooling* e tem as características essenciais do *notional cash pooling*, que se reconduz a fusão de saldos bancários para serem considerados em conjunto para cálculo de juros. A configuração deste contrato é explicada por JOSÉ FERNANDO ABREU REBUTA nos seguintes termos:

*"Com a Notional cash pooling, dá-se o equivalente a uma fusão virtual de saldos de contas para cálculo de juros, ou seja, os fundos não são movidos mas a Instituição financeira (o Banco) combinará os saldos das diferentes contas bancárias e cobrará/pagará juros pelo somatório agregado dos saldos.*

*No final de cada dia os saldos de todas as contas são relacionados de forma virtual. Este relacionamento é possível pelo estabelecimento de relações "mãe-filhas" das diferentes contas bancárias com a conta bancária "mãe", que assume um papel virtual. (...)*

*Nesta modalidade, as sociedades participantes que estabeleceram a relação contratual com a instituição financeira (o Banco) mantêm a titularidade das suas contas bancárias e contratam com o Banco, para que este proceda à fusão dos saldos, positivos (credores) e negativos (devedores), para efeitos de cálculo dos juros.*

*O cálculo dos juros das diferentes contas bancárias junto do Banco é efectuado sobre a base agregada ou global, que corresponde à soma algébrica dos saldos das diferentes contas bancárias. Assim, os juros são debitados ou creditados à entidade centralizadora (se as sociedades participantes assim o autorizaram) que procede, por sua vez, à repartição pelas diversas sociedades participantes proporcionalmente aos saldos de partida. Neste caso, a entidade centralizadora actua em nome e por conta das sociedades intervenientes.*

*Nesta modalidade, não se verifica co-propriedade, pois a compensação (fusão) de saldos é puramente virtual, considerada a ausência de fluxos entre contas bancárias, tratando-se de uma forma simples para o Banco calcular os juros devedores ou credores. Sublinha-se que nesta modalidade ocorre transferência de vantagens entre sociedades do grupo:*

*aqueles que apresentam saldos credores ou positivos “cedem” juros àquelas sociedades que apresentam saldos devedores ou negativos, considerando que o Banco corrige os juros em função do saldo bancário global. Assim, esta modalidade assume particular relevância do ponto de vista fiscal nomeadamente na observação da disciplina imposta pela lei de preços de transferência”<sup>2</sup>.*

O autor acrescenta igualmente ser importante "*auferir se, em virtude das relações de grupo existentes entre as sociedades participantes na gestão centralizada de tesouraria, o regime fiscal possa registar algumas alterações por via da aplicação das designadas medidas anti-abuso consagradas no Código do IRC*"<sup>3</sup>.

Parece evidente que o contrato em apreço não se traduz numa mera fusão virtual de saldos para optimização de juros credores e devedores, havendo nele cláusulas que, como defende a Autoridade Tributária e Aduaneira, criam uma verdadeira relação de garantia prestada pela Requerente em favor da B... AG.

Na verdade, nas cláusulas 7.<sup>a</sup> e 8.<sup>a</sup> do contrato refere-se explicitamente que os créditos da Requerente e da B... AG relacionados com as contas a que se refere o contrato assumem o papel de caução e que é atribuído ao BANCO... o direito de recorrer aos saldos credores existentes nas contas. Não existe neste caso um penhor de conta bancária uma vez que o devedor não se compromete com a imobilização da conta, mas existe claramente nesta situação um penhor de créditos actuais e futuros, já que os presentes e futuros saldos bancários positivos da Requerente são afectos ao pagamento de eventuais saldos negativos da B... AG. A afectação desses créditos ao cumprimento de obrigações alheias consubstancia assim uma relação de garantia.

Mesmo que se considerasse, como afirma a Requerente, existir uma mera situação de solidariedade nas obrigações, a mesma não deixaria de constituir uma relação de garantia. Efectivamente já HECK salientava que os devedores solidários são garantes uns dos outros sendo que, ao poder exigir a prestação de uma pluralidade de obrigados, o

---

<sup>2</sup> Cfr. JOSÉ FERNANDO ABREU REBOUTA, *Contextualização Fiscal da Gestão Centralizada de Tesouraria (Cash Pooling) em Ambiente Internacional*, páginas 4-5, acessível em [www.cije.up.pt/download-file/129](http://www.cije.up.pt/download-file/129)

<sup>3</sup> Cfr. JOSÉ FERNANDO ABREU REBOUTA, *op. cit.*, p. 19.

credor ficava como que colocado na posição de um pachá jurídico<sup>4</sup>. Também PAULO CUNHA considerava que na solidariedade passiva existe uma situação de garantias pessoais mútuas, já que cada um dos diversos devedores funciona como garante da parte que compete em relação aos seus co-devedores<sup>5</sup>. Da mesma forma MENEZES LEITÃO integra a solidariedade passiva entre as garantias pessoais das obrigações<sup>6</sup>.

Por isso, não tem razão a Requerente ao defender que não resulta do contrato uma garantia prestada perante o BANCO.... Neste aspecto tem que se concordar com a AT em que estamos perante uma verdadeira garantia prestada pela requerente à B... AG.

## **2.5. Utilização do método do preço comparável de mercado.**

A existência de relações especiais entre a Requerente e a B... AG constitui o fundamento jurídico-económico para a aplicação dos excedentes financeiros da primeira no âmbito do contrato de *cash pooling* já caracterizado.

Haverá assim que indagar qual a remuneração alternativa que tais excedentes poderiam auferir, e que constitui o custo de oportunidade que a Requerente suporta em virtude das suas relações especiais com a B... AG.

A Requerente defende também que não estão reunidas as condições de que depende a adopção do método do preço comparável de mercado para determinação de preços de transferência. No entender da Requerente dada a atipicidade do contrato, o preço comparável de mercado não seria aplicável na determinação dessa remuneração. Para a Requerente, só o método designado como “*profit split*” (fraccionamento do lucro) seria apropriado, já que permitiria averiguar da correcta distribuição dos benefícios do *cash pooling* pelas duas entidades: a Requerente e a B... AG.

Ora, o método “*profit split*” que a Requerente propõe está, nos autos, descrito num artigo de JÖRG HÜLSHORST, “*The profit split method in cash pooling transactions*”. no *BNA Transfer Pricing Repor*, de 21 de Dezembro de 2005 (Documento 16, junto com a petição inicial). Nesse artigo apresenta-se um modelo algébrico que supõe um conjunto de

<sup>4</sup> Cfr. PHILIPP HECK, *Grundriß des Schuldrechts*, Tübingen, Mohr, 1929, p. 234.

<sup>5</sup> Cfr. PAULO CUNHA, *Da Garantia nas Obrigações*, Lisboa, polic., 1939, I, pp. 86-87 e II, pp. 19 e ss.

entidades (devedoras e credoras) que forma um *cash pooling* e sustenta-se que só a comparação com idênticos *cash poolings* poderia fornecer condições de remuneração de plena concorrência. A isto se aduz que não existindo, em regra, outros *cash poolings* comparáveis, tal procedimento não é passível de aplicação. Daqui se conclui que o *profit split* se revela o único método adequado.

O dito artigo apresenta, como é de regra, as limitações da respectiva análise, onde se pode ler (p.8) : “*In deriving joint interest savings of the pool, it has been assumed that all pool members face identical market interest rates. However, in a situation in which some members are in a permanent borrowing position to the pool, credit risk may become an issue, which should be reflected in higher debit interest rates for those members*”.

Ou seja, e interpretando o texto anterior, o modelo que o artigo propõe careceria de modificações, caso algum membro do *cash pool* esteja em permanente situação devedora. Como facilmente se deduz, é esse o caso dos presentes autos. A B... G está em posição devedora, e a Requerente terá de estar em posição credora. Assim, um ajustamento decorrente desta particularidade deveria ser efectuado.

Já a a AT nega validade ao argumento segundo o qual sendo o *cash pooling* em apreço um contrato atípico, uma operação conjunta, não deve ser apreciado separadamente, como faz a AT. As particularidades contratuais não induzem, segundo a AT, que o *profit split* seja um método adequado. Só o será aquele que resultar da comparação da taxa de juro auferida pela Requerente no *cash pool* com a que poderia obter aplicando os seus excedentes no mercado.

Em consequência a AT considera que só uma remuneração de mercado ultrapassa todos estes obstáculos.

Em decorrência do que se mencionou, a AT, no relatório de inspecção, compara a taxa de remuneração obtida pela Requerente e derivada do *cash pool*, com a remuneração que esta entidade poderia auferir junto de entidades bancárias.

Não pode deixar de dar-se razão à AT relativamente à utilização do critério do preço comparável de mercado, uma vez que é esse critério que preferencialmente a lei manda aplicar, tendo por isso a AT afastado todas as razões invocadas pela requerente para que o *profit split* fosse considerado método adequado.

---

<sup>6</sup> Cfr. MENEZES LEITÃO, *Garantias das Obrigações*, 4ª ed., Coimbra, Almedinda, 2012, pp. 138 e ss.

No entanto, a utilização desse critério implica que haja um especial cuidado na escolha dos comparáveis, o qual é neste caso claramente reforçado pelo facto de em relação aos exercícios de 2005 e 2006, perante idêntica situação de litígio fiscal, ter vindo a própria AT reconhecer que os comparáveis usados não eram apropriados, por não terem levado em conta factores relevantes no processo de comparabilidade, e vindo a estabelecer uma baixa muito substancial na matéria tributável previamente corrigida pela inspecção. A mesma situação ocorreu nestes autos em relação ao exercício de 2009 com o deferimento parcial da reclamação que anulou uma parte substancial das correcções decretadas.

No ano de 2009, o capital da Requerente era detido a 100% pela B... AG, pelo que é evidente a existência entre elas das relações especiais que abrem a possibilidade de aplicação do regime de preços de transferência (art. 58.º, n.º 1, do CIRC).

É manifesto, conforme bem se salientou no acórdão 55/2012-T CAAD que a garantia que constituem os depósitos da Requerente no BANCO... relativamente a eventuais saldos devedores da B... AG é essencialmente distinta da garantia prestada pelo Banco Y junto do Banco X, e que foi utilizada como comparável para aplicação do regime de preços de transferência.

Na verdade, desde logo, ao contrário do Banco Y, por efeito do contrato a Requerente nem assumiu necessariamente uma posição de garante, pois a função de garantia atribuída aos fundos que viesse a ter na sua conta apenas existiria na medida em que os viesse a depositar nela e, depois de os depositar, enquanto os não movimentasse.

Por outro lado, não havia qualquer obstáculo jurídico derivado do contrato a que a Requerente retirasse fundos da sua conta quando entendesse, pelo que a manutenção ou não da posição de garante e sua dimensão estavam continuamente na sua disponibilidade, ao contrário do que sucede com o BANCO Y.... Na verdade, nos acordos de *cash pooling*, o que se estabelece é que umas contas podem ter saldo negativo e outras não, sendo que o facto de a conta da Requerente ter que ter saldo positivo, não é só por si suficiente para a comparar com uma garantia prestada por um Banco.

A alegada influência que a B... AG poderia ter sobre as decisões da Requerente, por ser titular do seu capital a 100%, apesar de ser presumível em geral, não passa, num eventual contexto de eliminação ou redução da garantia, de um mero palpite de cuja

eventual correspondência à realidade não se encontra no processo qualquer indício. Na verdade, a garantia é prestada primacialmente no interesse do credor e não do devedor, pelo que a redução ou eliminação da garantia, numa situação financeira crítica (e é neste tipo de situações que as garantias assumem a sua relevância máxima) pode perfeitamente corresponder às intenções harmónicas da Requerente e da B... AG. Numa situação deste tipo, a Requerente podia levantar os fundos depositados na sua conta quando entendesse, como o fez em Fevereiro de 2009, eximindo-se à correlativa responsabilidade de garante, enquanto o BANCO Y... não o podia fazer, relativamente à garantia que prestou, até ao termo do respectivo contrato, que era de longa duração como se infere do facto de a garantia ter sido prestada em 2001 e ainda subsistir em 2009.

A AT nos arts. 159 e ss. da sua Resposta considera existir um erro manifesto do Acórdão nessa fundamentação, entendendo que das cláusulas 7, 8, e 14 resulta indubitavelmente uma relação de garantia, mas não nos parece que exista erro algum. Na verdade, não se contesta a existência de uma garantia da Requerente a favor do BANCO..., através da qual sai beneficiada a B... AG. O que se contesta é que essa garantia, resultante no fundo apenas da colocação em comum de saldos bancários e na obrigação da existência de um saldo positivo global seja idêntica a uma garantia prestada por um Banco, nos termos da qual este se responsabiliza por um financiamento concedido ao devedor.

A AT contesta ainda que existisse a faculdade de a Requerente levantar os seus depósitos no BANCO... a todo o tempo, mas parece-nos evidente que essa faculdade existia, tanto assim que foi exercida em Fevereiro de 2009.

Conclui-se, assim, nos mesmos termos do que foi decidido no Acórdão 55/2012 que o risco variável e a todo o tempo eliminável assumido pela Requerente ao colocar fundos na sua conta no BANCO... era manifestamente inferior ao irremediavelmente assumido pelo BANCO Y... durante toda a vigência de um empréstimo de longa duração.

Ora, «a adopção do método do preço comparável de mercado requer **o grau mais elevado de comparabilidade** com incidência tanto no objecto e demais termos e condições da operação como na análise funcional das entidades intervenientes» (art. 6.º, n.º 1, da Portaria n.º 1446-C/2001).

Como resulta do texto desta norma, só é legal a utilização deste método quando existir **o grau mais elevado de comparabilidade** e esta tem de incidir

*cumulativamente no objecto, termos e condições da operação*, para além da análise funcional das entidades intervenientes. Com efeito, aquela palavra «*tanto*» evidencia que não se está perante um arrolamento alternativo de requisitos, mas sim cumulativo.

No caso em apreço, os termos e condições da garantia de longo prazo assumida indelevelmente pelo BANCO Y... perante o BANCO X... durante todo o período de vigência do empréstimo e sempre com a dimensão quantitativa definida no contrato através do qual foi constituída, são significativamente diferentes dos termos e condições da garantia assumida pela Requerente através do contrato de *cash pooling* com especialidades atípicas que celebrou.

Com efeito, enquanto naquele contrato celebrado pelo BANCO Y... fica completamente na disponibilidade do credor em cujo benefício a garantia é constituída a sua manutenção no montante acordado e o conseqüente direito de a executar, no caso do contrato celebrado pela Requerente o banco credor fica sem qualquer direito exigir a manutenção da garantia ou de definir o seu montante, o que em matéria de garantias será, provavelmente, o máximo de diferença que se pode imaginar, quando a termos e condições.

Na verdade, como salienta a Requerente, não faz sentido comparar o *cash pooling* com uma garantia bancária externa, o que retiraria qualquer vantagem a esse negócio. Se naturalmente existem questões de preços de transferência, os mesmos devem ser resolvidos com a correcção de considerar o pagamento pelos titulares das contas a descoberto do montante que seria devido através da taxa de juro cobrada habitualmente por esse Banco em caso de saldo negativo, enquanto que os titulares das contas positivas deveriam ser considerados pela taxa efectiva que receberiam por esses depósitos se não existisse o *cash pooling*, que pode ser mais baixa ou mais alta que a taxa de juro paga ao *cash pool*<sup>7</sup>.

A AT vem ainda invocar nos arts. 201 e ss, da sua resposta que o grau mais elevado de comparabilidade não exige uma comparabilidade a 100%, havendo que recorrer aos comparáveis disponíveis. Não obstante, terá que ocorrer um grau elevado de comparabilidade o que não parece ser o caso de realidades completamente distintas.

Assim, o acto impugnado é ilegal, por violar as normas que definem a utilização do método do preço comparável de mercado para determinação dos preços de transferência, designadamente os arts. 58.º, n.º 3, alínea a), do CIRC, na redacção vigente



em 2008, e os arts. 4.º, alínea a), e 6.º, n.º 1, da Portaria n.º 1446-C/2001, de 21 de Dezembro.

Enferma por isso, o acto de liquidação adicional de IRC de vício de violação daqueles artigos 58.º do CIRC e art. 6.º, n.º 1, da Portaria n.º 1446-C/2001, que justifica a sua anulação (art. 135.º do Código do Procedimento Administrativo).

Com tal anulação, os consequentes actos de liquidação de juros compensatórios e de acerto de contas são nulos, por força do disposto no art. 133.º, n.º 2, alínea i), do Código do Procedimento Administrativo.

## **5. Decisão.**

Termos em que acordam neste Tribunal Arbitral em

a) Julgar procedente o pedido de declaração de ilegalidade da liquidação adicional de IRC 2012 ... de 31.08.2012, relativa ao exercício de 2009, na parte não anulada pela decisão de deferimento parcial da reclamação graciosa;

b) Julgar procedente o pedido de declaração de ilegalidade dos consequentes actos de liquidação de juros compensatórios nº 2012 ... e da compensação/acerto de contas nº 2012 ..., ambos na parte não anulada pela decisão de deferimento parcial da reclamação graciosa;

c) Julgar procedente o pedido de declaração de ilegalidade do indeferimento tácito do recurso hierárquico.

d) Condenar a Autoridade Tributária a restituir as importâncias indevidamente pagas pela Requerente em consequência dessas liquidações bem como nos respectivos juros indemnizatórios à taxa legal a contar do seu pagamento.

Fixa-se o valor do processo em € 155.345,13 nos termos do art. 97ºA, nº 1, a), CPPT, aplicável por força das alíneas a) e b) do nº1 do artigo 29º do RJAT e do nº2 do artigo 3º do Regulamento de Custas nos Processos de Arbitragem Tributária.

---

<sup>7</sup> Neste sentido, JOHN C. HOLLAS e GORDON HANDS, *loc. cit.*

Fixa-se o valor das custas do processo em € 3.672, nos termos da Tabela I do Regulamento das Custas dos Processos de Arbitragem Tributária, a pagar integralmente pela Requerida, uma vez que a Requerente obteve deferimento integral do pedido, nos termos nº 2 do art. 12º e do nº 4 do art. 22º do RJAT e do nº3 do art. 4º do citado Regulamento.

Registe e notifique.

Lisboa, 30 de janeiro de 2014

Os Árbitros

(Manuel Macaísta Malheiros)

(Luís Menezes Leitão - Relator)

(Manuel Alberto Soares)