



CATÓLICA
FACULDADE DE DIREITO

ESCOLA DE LISBOA

“A Regra da Inclusão do rendimento no âmbito do Globo”
Mestrado de Direito Fiscal da Universidade Católica de Lisboa (2019/2020)

Trabalho realizado sob orientação do:
Professor Bruno Aniceto da Silva

Ana Sofia Machado Martins

Agradecimentos

A elaboração de uma dissertação de Mestrado, conta sempre, com a colaboração e apoio de diversas pessoas, às quais não posso deixar de agradecer.

Começo por agradecer ao meu orientador, Professor Bruno Aniceto da Silva por todas as ideias e críticas apresentadas, indispensáveis desde o início até à conclusão do trabalho.

Agradeço por toda a sua disponibilidade e apoio, pela transmissão de conhecimento, tal como por todas as palavras de incentivo.

Agradeço especialmente à minha família que sempre me apoiou no meu percurso académico e sempre me incentivou a melhorar. À minha avó que me viu crescer e a quem agradeço todos os conselhos dados ao longo da minha vida.

Agradeço também ao meu namorado pelo carinho e apoio constante, especialmente na última fase de elaboração da tese que sempre me incentivou a melhorar o meu percurso académico e profissional bem como a crescer enquanto pessoa.

Não menos importante, aos meus amigos que sempre estiveram ao meu lado, pelo constante apoio, compreensão, carinho e incentivo sempre demonstrados.

A estes dedico especialmente este trabalho, e agradeço o apoio incondicional dado a mais uma etapa da minha vida.

Índice

Lista de Siglas, Abreviaturas e Acrónimos	3
Capítulo I - Introdução	4
1.1. Em que assenta o pilar II do projeto de tributação da economia digital?.....	4
Capítulo II.....	8
2.1. A regra de inclusão no âmbito do rendimento.....	8
2.2. Sistema Tributário ultrapassado	9
2.3. Caminho viável para 2020: tomar em consideração o pilar II do BEPS	10
2.4. Documento de consulta pública – A proposta GLOBE: Pilar II	11
2.4.1 Determinação da taxa base de imposto	12
Capítulo III	14
3.1 A regra Blending e as suas três opções.....	14
3.1.1. A distribuição do rendimento entre a Sucursal e a Sede	17
3.1.2. Atribuição de rendimento de uma sociedade sujeita ao regime da transparência fiscal.....	18
3.1.3. A cobrança de impostos com origem noutra país	19
3.1.4. Tratamento de dividendos e outras distribuições	20
3.2. Exclusões á proposta GLOBE, quais as opções?	20
Capítulo IV.....	24
4.1. Comentários ao Documento de Consulta Pública: Globe – pilar II	24
4.1.1. A proposta Globe	24
4.1.2. Combinação: mundial, jurisdicional e abordagem de entidade.....	24
4.1.3. Exclusões ao Programa Globe.....	25
4.1.4. A regra de inclusão do rendimento	26
4.1.5. Ajustamentos/ métodos para lidar com diferenças permanentes	29
Capítulo V - Conclusões:	31
Bibliografia	33

Lista de Siglas, Abreviaturas e Acrónimos

BEPS	<i>Base Erosion and Profit Shifting</i>
CDT	Convenção para evitar a Dupla Tributação
CE	Comissão Europeia
CFC	<i>Controlled Foreign Corporations</i>
CRP	Constituição da República Portuguesa
DFI	Direito Fiscal Internacional
EE	Estabelecimento estável
ETR	Taxa de imposto efetiva
GLOBE	Proposta global anti erosão da base
MUD	Mercado Único Digital
NFTC	<i>National Foreign Trade Council</i>
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico
EU	União Europeia
PE	<i>Participation exemption</i>
TFUE	Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia

Capítulo I - Introdução

Com este trabalho propomo-nos estudar e analisar a tributação no âmbito da economia digital, com foco no pilar II do BEPS e mais especificamente na regra de inclusão do rendimento no âmbito do Globe.

O Plano BEPS diz respeito principalmente a circunstâncias onde a interação de diferentes regras fiscais gera dupla não-tributação. Refere-se igualmente a montagens que permitem atingir a não tributação ou baixa tributação dos ganhos, através da transferência de lucros das jurisdições onde as atividades geradoras desses lucros ocorreram. A não tributação ou baixa tributação não gera por si só preocupação, mas torna-se preocupante quando é associada a práticas que segregam artificialmente lucro tributável das atividades que geram esses lucros. Por outras palavras, o que causa preocupação em termos de política fiscal é que, devido a lacunas na interação dos diferentes sistemas fiscais e em resultado da aplicação de acordos de dupla tributação, é o rendimento de atividades transfronteiriças não estarem sujeitas a tributação ou serem apenas objeto de baixa tributação.

São 15 as ações do plano da OCDE, às quais tem em comum o foco na dupla não- tributação, por via do aproveitamento de lacunas na interação entre diferentes jurisdições fiscais, pretendem evitar situações de não correspondência geográfica entre os lucros gerados e as respetivas atividades associadas, bem como aumentar transparência. No entanto, há que assegurar certezas e previsibilidade para os negócios, bem como evitar que cada país possa prosseguir as suas próprias ações e calendários, de maneira a assegurar a coerência internacional.

Neste sentido, o nosso estudo vai incidir sobre o pilar II do projeto de tributação da economia digital, o qual tem por finalidade -neutralizar os efeitos das assimetrias híbridas.

1.1. Em que assenta o pilar II do projeto de tributação da economia digital?¹

No âmbito do pilar II do plano BEPS, os membros do quadro inclusivo acordaram explorar uma abordagem que desse liberdade às jurisdições de determinar o seu próprio sistema tributário, incluindo o direito de outras jurisdições aplicarem as regras onde o rendimento é tributado a uma taxa efetiva abaixo do mínimo estabelecido.

Dentro deste contexto, e sem prejuízo da base, os membros do quadro inclusivo chegaram

¹ Vide págs 643-644(6.3), Brian J .Arnold- The Evolution of Controlled Foreign Corporation Rules and Beyond

a acordo quanto a um programa de trabalho que implique a exploração de uma regra de inclusão, uma regra de transição, uma regra de pagamento não sujeita a tributação, mas, sujeita a regras fiscais. Para além disso, acordaram explorar, como parte deste programa de trabalho, problemas relacionados com a regra de coordenação, simplificação, compatível com obrigações internacionais e demais problemas que venham a surgir no decurso dos trabalhos.

“ According to the OECD, Pillar 2 focuses on the remaining BEPS issues and seeks to develop rules that would provide jurisdictions with a right to “tax back” where other jurisdictions have not exercised their primary taxing rights if the payment is otherwise subject to low levels of effective taxation “¹

Coerente com a política *“Addressing the Tax Challenges of the Digitalising Economy”*, aprovada a 23 de janeiro de 2019, os membros do quadro inclusivo concordaram que quaisquer regras desenvolvidas no âmbito deste Pilar II, não deveriam resultar em tributação onde não existe lucros económicos e muito menos resultar numa dupla tributação. Esta parte estabelece a proposta global anti erosão da base (Globe), a qual se destina a abordar o risco do Plano BEPS na transferência de lucros para entidades sujeitas a nenhuma ou a muito baixa tributação. Enquanto que as medidas estabelecidas no pacote BEPS tem uma tributação mais alinhada com a criação de valor e eliminação de lacunas no âmbito tributário internacional que permitem evitar a dupla não tributação, certos membros do quadro de inclusão consideram que estas medidas do pacote BEPS não permitem uma solução compreensiva ao risco que continua a crescer de estruturas que transferem o lucro para entidades sujeitas a nenhuma ou muito baixa tributação. Estes membros entendem que a transferência de benefícios é particularmente grave quando em conexão com lucros decorrentes de sociedades intangíveis, prevalentes na economia digital, mas também num contexto internacional : por exemplo grupos de entidades financiadas com capital social as quais geram lucros, através de financiamento intra-grupo ou atividades similares, pelo que acabam sujeitas a ²nenhuma ou reduzida tributação nas jurisdições onde se encontram sediadas.

² Vide OECD,fn 5.

Para além do já referido, existe atualmente a ideia de que os lucros de negócios repartidos geograficamente não devem estar sujeitos a tributação.

Se uma jurisdição não está sujeita a que a repartição do lucro seja tributada a uma taxa mínima, outros países deviam ter a oportunidade de estabelecer impostos.

“I’ll tax if you don’t. It would seem, in this way, that tax should always be imposed somewhere, once and at a certain minimum level” (único princípio tributário³).

Por outras palavras, posso tributar se o outro país não tributar.

A proposta anti erosão da base (Globe) tem como finalidade evitar este cenário. Esta proposta tem por base a premissa de que na ausência de uma ação multilateral, existe o risco de uma ação unilateral descoordenada. A ação Globe é assim necessária para evitar o risco de deslocação fiscal para bens de fundos públicos, para bases de consumo reduzidas incluindo trabalho e consumo que efetivamente enfraquecem a soberania fiscal das nações. Isto faz com que os países em desenvolvimento, em particular aqueles com mercados mais pequenos possam também sair lesados.

Ao longo das recentes décadas, os incentivos fiscais têm-se tornado mais diferenciados nos países em desenvolvimento, ao mesmo tempo que eles competem para atrair e reter financiamento direto estrangeiro. Certos estudos têm vindo a comprovar que em países em vias de desenvolvimento, os incentivos fiscais podem ser desnecessários na atração de investimento. Receitas perdidas de incentivos fiscais podem também reduzir oportunidades para as necessidades públicas mais precisas como é o caso de infraestruturas, serviços públicos ou apoio social, e podem constituir um entrave aos esforços dos países em desenvolvimento de mobilizar recursos internos.

Existem evidências de que os incentivos fiscais são frequentemente fornecidos em circunstâncias, onde os Governos são confrontados com pressões empresariais para os assegurar. De facto, a proposta Globe pode efetivamente proteger os países em desenvolvimento, da pressão para oferecer incentivos ineficientes e, por conseguinte, ajudando-os a mobilizar recursos domésticos ao assegurar que estes estarão capazes de efetuar declarações fiscais em investimentos realizados nos seus próprios países.

³ Vide pag 632, Brian J. Arnold, The Evolution of Controlled Foreign Corporation Rules and Beyond

No fundo, esta proposta pretende antecipar o quadro multilateral tendo em vista alcançar um resultado equilibrado, limitando os efeitos de distorção dos impostos diretos nos investimentos e nas decisões empresariais locais. A proposta Globe ⁴pretende por sua vez servir como barreira ao Pilar I do plano BEPS, para situações onde o lucro/ benefício relevante está reservado a um enquadramento fiscal abaixo do mínimo da taxa fiscal definida.

Reconhecendo, como indicado no relatório da ação 1, o objetivo final da proposta anti erosão da base não está limitada a negócios altamente digitalizados. Ao focar-se nos restantes desafios do BEPS, tal propõem uma solução sistemática desenhada para assegurar que todos negócios que operam no contexto internacional pagam um nível mínimo de impostos.

⁴ Vide, *Public Consultation Document - Global Anti-Base Erosion Proposal ("Globe")* – Pilar II para.1-2

Capítulo II

2.1. A regra de inclusão no âmbito do rendimento

A proposta anti erosão da base, tem em vista abordar os restantes desafios do pacote BEPS, através do desenvolvimento de duas regras relacionadas entre si:

- Uma regra de inclusão do rendimento, que iria tributar o rendimento de uma sucursal estrangeira ou entidade controlada, desde que esse rendimento esteja sujeito a tributação a uma taxa efetiva abaixo da taxa mínima
- Tributação de pagamentos que causam a erosão da base tributável

A implementação destas duas regras deve ser feita através de alterações na legislação interna e nos duplos tratados fiscais, e visa incorporar uma regra-ordem por forma a *evitar o risco de dupla tributação económica*. Risco esse que de outra maneira pode vir a aumentar em mais de uma jurisdição.

A combinação destas duas regras tem como finalidade afetar o comportamento dos contribuintes e respetivas empresas, sendo expectável limitar o impacto da receita da regra-ordem para as jurisdições. Ao invés, a regra-ordem terá de ser determinada por referência a princípios de uma boa regra de design, incluindo eficácia, simplicidade e transparência.

A regra de inclusão do rendimento vai operar como tributação mínima, ao requerer a um acionista de uma empresa que traga uma participação proporcional ao rendimento daquela empresa, se aquele mesmo rendimento não estiver sujeito a uma taxa efetiva

de tributação inferior á taxa mínima. A regra de inclusão do rendimento, por sua vez, vem assegurar que o rendimento do grupo de empresas multinacionais fica sujeito a tributação a uma taxa mínima, reduzindo assim o incentivo para atribuir retornos para entidades sujeitas a baixa tributação.

O objetivo da regra de inclusão é proteger a taxa base da jurisdição mãe, bem como das demais jurisdições onde o grupo opera reduzindo, por conseguinte, o incentivo de financiamento intra-grupo através de: densa capitalização ou outras estruturas de planeamento que transfiram lucro para os grupos dessas entidades que são tributadas a uma taxa efetiva abaixo da taxa mínima. O programa de trabalho tem em vista explorar uma regra de inclusão do rendimento que seja capaz de impor uma taxa de tributação mínima. Esta abordagem vai de encontro com a ideia de estabelecer um mínimo quanto ás taxas de imposto, ao assegurar que as empresas multinacionais estão sujeitas a imposto quanto ao seu

rendimento, a uma taxa mínima, independentemente de onde esteja sediada.

Em termos gerais, podemos afirmar que a regra de inclusão do rendimento deve ser aplicada, onde o rendimento não é tributado ou o é abaixo do nível mínimo. No fundo, a regra de inclusão surge como reforço para alcançar a taxa mínima de tributação. Um complemento para alcançar uma taxa mínima conduz a que a probabilidade da proposta definir um standard global simples e transparente, capaz de definir um limite para a concorrência fiscal, facilitando assim o desenvolvimento consistente e coordenado das duas regras.

Para além do referido, permite aumentar a probabilidade de alcançar um certo nível de atuação para ambas as jurisdições e empresas multinacionais reduzindo, por conseguinte, o incentivo para inversões e outras transações reestruturantes delineadas para obter vantagem de taxas efetivas baixas de tributação inferior ao patamar.

2.2 Sistema Tributário ultrapassado

Os sistemas tributários empresariais dos países tornaram-se obsoletos. O modelo de tributação do lucro, feito através da criação de direitos fiscais e atribuição de poderes para impor impostos tem mais de uma centena de anos, assente na economia como estava então.

Tal reflete a ideia que uma empresa precisa de estar fisicamente estabelecida num país, de maneira a fornecer bens e serviços ao mercado. Só assim, a responsabilidade tributária começa a surgir e não de outra forma.

Apesar de aquele modelo ter funcionado no passado, não é mais viável. No âmbito da globalização, liberalização do mercado e a emergência da internet, os negócios quer os mais tradicionais quer os mais tecnológicos estão cada vez mais aptos a servir mercados remotamente, sem qualquer apoio de presença física, ou através de uma presença mínima focada em funções rotineiras. O grande problema é que o atual modelo tributário não está preparado para lidar com estas mudanças.

Ora, as propostas estabelecidas no relatório pela OCDE dão conta que a implementação das medidas anti-beps no final do pacote de atuação BEPS não são suficientes.

Enquanto as artificialidades identificadas no sistema tributário parecem ter sido reduzidas, as multinacionais podem mesmo assim geograficamente mudar funções de maneira a poderem realocar a sua base tributária para jurisdições de baixa tributação. E estas jurisdições de tributação reduzida podem continuar a oferecer regime fiscais mais

favoráveis, como forma de atrair esta base fiscal. De forma geral, as medidas de coordenação previstas no pacote anti-beps podem conduzir a uma competição tributária e pressionar os países a reduzir as taxas de impostos das empresas.

2.3 Caminho viável para 2020: tomar em consideração o pilar II do BEPS

Perante este contexto internacional, levanta-se a questão de saber como proceder á mudança. A situação atual não é mais viável, e apenas duas opções são levantadas:

- Proceder a mais mudanças unilaterais
- Proceder a mudanças com consenso generalizado

No entanto, a capacidade dos membros do quadro inclusivo para chegar a um consenso político vai determinar o sucesso deste projeto. Apesar de o caminho ser difícil face aos limites apertados dados. Por forma a alcançar um consenso global, torna-se essencial criar um ambiente que permita um diálogo construtivo entre os principais intervenientes. O caminho viável só é possível se:

- Dado prioridade ás iniciativas do Pilar II direcionadas para a redução da percepção de que a dupla não tributação se mantém; e
- Tendo em conta o contexto em causa, planear intervenções e soluções administrativas direcionadas para a atribuição de maior lucro tributável para os contribuintes e jurisdições de marketing.

Uma reforma do quadro tributário internacional, permite por sua vez, diminuir a complexidade e os respetivos custos administrativos para as empresas multinacionais (MNE) ao gerir inúmeras medidas anti-evasão fiscal. Se for implementado globalmente, a introdução das soluções do pilar II podem vir a reduzir a necessidade de medidas inadequadas com vista a reduzir a incidência de dupla não tributação.

De uma perspetiva de implementação, o sucesso requer um forte compromisso dos países de residência da empresa. Estes serão responsáveis por introduzir e certificar taxas mínimas de imposto de rendimento, as quais por sua vez incluirão a atribuição de direitos tributários para os contribuintes e economias de mercado.

Outras jurisdições relevantes devem comprometer-se a aplicar a mesma metodologia,

limitando a atividade de auditoria de rever cálculos adequados para atividades locais.

2.4 Documento de consulta pública – A proposta GLOBE: Pilar II⁵

Em janeiro de 2019, o quadro inclusivo publicou uma nota política sobre o tratamento dos desafios fiscais no âmbito da digitalização da economia. Subjacente a esta nota política, o quadro inclusivo acordou, em assumir trabalho nos seguintes pilares:

- **Pilar I**- aborda a atribuição de direitos fiscais entre jurisdições e descreve propostas para nova atribuição de lucro e regras de relação, com base nos conceitos de *“presença económica significativa”* e *“aproveitamento de participação de utilizador”* e *“marketing imaterial numa jurisdição”*.
- **Pilar II** (indicado como proposta GLOBE) diz respeito ao desenvolvimento de um conjunto de regras coordenadas, que visam abordar riscos contínuos de estruturas que permitem a entidades multinacionais transferir lucro para jurisdições onde estão sujeitos a nenhuma ou muita baixa tributação.

De acordo com o pilar II do programa de trabalho, os membros do quadro inclusivo concordaram explorar, sem prejuízo da base, problemas e opções em conexão com o desenvolvimento de um conjunto de regras de coordenação.

São quatro as partes componentes da proposta GLOBE:

- a) A regra de inclusão do rendimento
- b) A regra de pagamentos sujeita a baixos impostos
- c) A regra de transição
- d) A regra sujeita a imposto

Ora, estas 4 componentes devem ser implementadas através de alterações na lei interna e tratados fiscais, os quais devem incorporar uma regra de coordenação, de forma a evitar o risco de dupla tributação.

Tal como no pilar I, a proposta Globe sobre o pilar II representa uma alteração substancial para o quadro fiscal internacional. Este pilar visa uma abordagem compreensiva dos

⁵ Vide, *Public Consultation Document - Global Anti-Base Erosion Proposal (“Globe”)* – Pilar II , para.5-6

restantes desafios do plano BEPS, ao assegurar que os lucros de empresas que operam à escala internacional ficam sujeitos a uma taxa de imposto mínima.

Uma taxa de imposto mínima em todo o rendimento reduz o incentivo dos contribuintes em contratar transferência de lucro e estabelece um limite para competição fiscal entre jurisdições. Desta forma, a proposta Globe é utilizada para abordar os restantes desafios do plano BEPS, no que respeita á digitalização da economia.

Dependendo da forma como a proposta GLOBE é delineada, esta pode vir a proteger países em vias de desenvolvimento da pressão para oferecer incentivos fiscais ineficientes. Esta proposta assenta, portanto, na premissa de que na ausência de uma solução multilateral coordenada, existe risco de descoordenação, de uma ação unilateral com consequências adversas para todas as jurisdições. A proposta Globe pretende criar um imposto mínimo que seja espelho de uma alteração na direção política da OECD ².

2.4.1 Determinação da taxa base de imposto

Em princípio a base tributária deve ser determinada por referência às regras CFC (*Controlled Foreign Corporations*), ou na ausência destas regras, através de regras internas das jurisdições acionistas. Esta abordagem significa, no entanto que cada subsidiária de uma entidade multinacional teria de recalcular o seu rendimento a cada ano, de acordo com o cálculo da base tributária da jurisdição mãe. Tipicamente isto não ocorre com as regras CFC, uma vez que esta tem normalmente exclusões de base e podem estar limitadas a certo tipo de rendimento passivo reduzido.

O pedido para calcular o rendimento de cada subsidiária de acordo com a base de tributação da jurisdição mãe, pode resultar em elevados custos de compliance. Isto pode, por sua vez, conduzir a situações nas quais diferenças técnicas e estruturais entre o cálculo da base tributária na jurisdição da entidade mãe e da subsidiária, resultem de certa forma numa elevada tributação da entidade subsidiária sendo tratada como tendo uma taxa efetiva de imposto baixa por razões não relacionadas com a política da proposta Globe.

Por exemplo, diferenças entre jurisdições no cálculo da base de imposto, incluindo diferenças de tratamento de reporte e compensação de perdas e o reconhecimento do rendimento e despesas, podem ter impacto no cálculo da taxa efetiva de imposto em diferentes jurisdições.

Por exemplo, no caso de duas jurisdições aplicarem a mesma taxa de imposto ao rendimento de uma entidade subsidiária, tendo em conta a regra de inclusão do rendimento. Caso uma das jurisdições tenha uma taxa de imposto muito diferente da outra, tal pode conduzir a diferentes resultados no âmbito do pilar II, dissuadindo assim o objetivo político de criar um campo de atuação já refletido, de forma a prosseguir uma taxa de percentagem fixa comum entre jurisdições.

Igualmente, isto pode significar um aumento dos encargos administrativos e de compliance de pagamentos não sujeitos a tributação ou sujeitos a uma regra de pagamentos com impostos reduzidos, no caso de cada entidade fazer um pagamento onde são requeridos

Capítulo III

3.1 A regra Blending e as suas três opções

Um problema fundamental para a aplicação da regra de inclusão do rendimento é a temática da combinação, ou seja, da possibilidade de combinar baixa tributação e alta tributação de rendimento como forma de determinar a taxa efetiva de imposto. Tendo em conta que a proposta Globe tem por base uma taxa de imposto efetiva(ETR), esta deve incluir regras que estipulem até que ponto os contribuintes pode misturar rendimentos sujeitos a taxas de impostos altas e rendimentos sujeitos a taxas de impostos baixas, dentro da mesma entidade ou através de entidades diferentes, mas dentro do mesmo grupo. O programa de trabalho ⁶refere-se a esta junção de rendimentos de diferentes fontes como fusão.

Tal fusão pode ser feita através de uma redução ou alargamento da base, de uma proibição total de fusão até uma fusão de todos os rendimentos estrangeiros. Uma abordagem ampla desta fusão que permita a uma entidade multinacional misturar rendimento e impostos de diferentes entidades e jurisdições, conduzindo geralmente a uma redução da responsabilidade fiscal potencial das entidades multinacionais de acordo com a proposta Globe.

A capacidade de combinar baixa e alta tributação do rendimento entre uma ampla gama de entidades e jurisdições vai permitir á entidade multinacional evitar a carga fiscal, mesmo que uma certa parte do rendimento total esteja sujeito a impostos a uma taxa de tributação baixa.

No entanto uma abordagem a uma fusão mundial pode criar adversidades na perspectiva dos contribuintes, uma vez que tal abordagem pode levar á inclusão de todos os rendimentos, independentemente de os mesmos estarem sujeitos ou não a elevados ou reduzidos impostos estrangeiros, podendo estes rendimentos estar sujeitos a ajustamentos ao nível da entidade mãe.

O programa de trabalho visa a exploração de diferentes opções de fusão, desde fusão ao nível da entidade até fusão mundial a nível de grupo, com especial foco em fundir a nível global e jurisdicional.

- Uma abordagem de *fusão mundial* iria exigir á entidade multinacional, acumular o

⁶ Vide, Programme of Work to Develop a Consensus Solution to the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy, 28 May 2019

seu rendimento estrangeiro total e o imposto estrangeiro total sobre certo rendimento. Uma entidade multinacional sujeita a imposto, de acordo com a proposta Globe, estaria sujeita a imposto sobre o montante total do rendimento estrangeiro, mas estaria abaixo da taxa mínima. A responsabilidade das entidades multinacionais por impostos adicionais tendo em conta a proposta Globe, seria o montante necessário para obter o montante total de imposto sobre aquele rendimento estrangeiro a uma taxa mínima.

- Uma abordagem a uma *fusão jurisdicional* iria exigir a uma entidade multinacional, acumular o seu rendimento total estrangeiro entre diferentes jurisdições tributárias. Uma entidade multinacional⁷, estaria assim sujeita a impostos onde o imposto sobre o rendimento repartido para aquela jurisdição estaria abaixo da taxa de imposto mínima. A responsabilidade das entidades multinacionais por impostos adicionais, conforme a proposta Globe seria acumulado ou somado ao montante necessário em cada jurisdição por forma a trazer o montante total de imposto sobre o rendimento naquela jurisdição, de maneira a calcular o rendimento total crescente daquela jurisdição e os impostos sobre aquele rendimento. Uma entidade multinacional estaria sujeita a um imposto adicional a respeito do rendimento atribuído a cada jurisdição, na qual o imposto pago sobre aquele mesmo rendimento estaria abaixo da taxa mínima.
- Uma abordagem a *esta combinação de entidade* ⁸ requer que a entidade multinacional tenha de determinar o rendimento e os impostos de cada uma das entidades dentro do grupo. Uma entidade multinacional estaria assim sujeita a imposto, conforme a proposta Globe. Pelo que segundo a proposta, a taxa de imposto efetiva de uma entidade estrangeira estaria abaixo da taxa mínima.

Uma entidade multinacional estaria sujeita a imposto, conforme a proposta Globe de acordo com a qual a taxa de imposto efetiva de uma entidade estrangeira (ou sucursal estrangeira) estaria abaixo da taxa mínima.

De acordo com a abordagem de fusão mundial, seria pedido a uma entidade multinacional pagar uma taxa de imposto mínima sobre todos os seus rendimentos estrangeiros, ao passo que de acordo com uma abordagem da entidade, uma entidade multinacional irá pagar

⁷ Vide, OECD Global Anti-Base Erosion Proposal, supra n.2, para.56

⁸ Vide, OECD, Global Anti-Base Erosion Proposal, supra n.2, para. 55

imposto de acordo ou abaixo da taxa mínima tendo em consideração cada grupo da entidade.

Por fim, enquanto uma fusão global pode potencialmente resultar em baixos custos de conformidade, a diferença nos objetivos políticos irá fazer desta abordagem menos efetiva em criar um teto para a competição de impostos. Estas *três diferentes abordagens de fusão* criam diferentes desafios.

Cada abordagem pode representar o seu próprio desafio. Por enquanto uma abordagem de fusão pode ter de considerar como lidar com os efeitos de grupos de impostos ou regimes consolidados que se aplicam á subsidiária tendo em consideração a lei interna. Por exemplo, uma entidade de um grupo pode ser membro de um grupo de impostos locais que permite a entidade ter vantagens fiscais de benefícios gerados através de operações de outros membros do grupo. Neste caso, a responsabilidade fiscal da atual entidade, num determinado período não vai refletir o montante de impostos, que de outra forma teria de ser pago sobre o rendimento dessa entidade se essa mesma entidade já estivesse estado sujeita a imposto numa base independente.

Uma das formas de abordar este problema seria permitir a fusão de entidades, os quais seriam membros de um grupo consolidado ou na medida em que uma entidade tenha vantagens sobre o benefício fiscal do grupo para fins fiscais locais. Esta fusão de grupo local, vai permitir o rendimento e as despesas com impostos de certas entidades do grupo de serem acumuladas, na medida em que a consolidação fiscal local ou agrupamento de regras permita a fusão destes elementos.

Os problemas chave com a fusão de grupo local, que precisam de ser abordados abrangem: determinar a extensão como as regras de um sistema fiscal estrangeiro permitem que elementos relevantes do rendimento sejam combinados ou a responsabilidade fiscal seja partilhada(ex: perdas) ; como é que os mecanismos usados numa consolidação fiscal ou regime de agrupamento se harmoniza com a utilização de contas financeiras, de maneira a medir a base de imposto de acordo com a proposta Globe e a medida em que este entendimento cria incentivos para planeamento fiscal ou desnecessária reestruturação de grupo.

Seguimos o mesmo ponto de vista que o Professor Bruno da Silva no seu artigo “*Taxing Digital Economy: A critical View Around The GloBe*”,⁹ de que a escolha da OCDE deve

⁹ Vide, página 17-18 Bruno da Silva, *Taxing Digital Economy: A critical View Around the Globe - pillar II* ([file:///C:/Users/Sofia/Downloads/FLC202002-FOCUS_BrunodaSilva_Rev_CLEAN%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Sofia/Downloads/FLC202002-FOCUS_BrunodaSilva_Rev_CLEAN%20(1).pdf))

ser tomada cuidadosamente, tomando em consideração todos os desafios acima mencionados. Somando a isto, é importante ter em conta o risco de qualquer jurisdição vir a usar a abordagem mundial e se a solução mundial preferir seguir uma combinação jurisdicional. Ora, isto pode representar que pode ser mais favorável para a sede das empresas transferir para países que sigam a combinação mundial, na medida em que a carga fiscal total e o cumprimento fiscal podem ser consideravelmente baixos. Outra questão problemática diz respeito aos créditos fiscais estrangeiros e á sua respetiva complexidade que a atual proposta pode implicar. A forma de cálculo de créditos fiscais estrangeiros depende de como a eficácia dos impostos é calculada para o total da base mundial, ou de acordo com uma base país a país ou conforme uma medida de entidade específica.

O ajustamento retroativo de créditos de imposto estrangeiros é atualmente uma problemática complexa e difícil de colocar em prática.

3.1.1. A distribuição do rendimento entre a Sucursal e a Sede

Tendo em conta as três diferentes abordagens de fusão (jurisdicional, mundial e da entidade), mostra-se necessário desenvolver uma abordagem concordante para a atribuição de rendimento entre a sucursal e a jurisdição da sede.

Desta forma, uma forma de repartir o rendimento da entidade entre estas jurisdições será através da distribuição do montante em causa de acordo com os mesmos princípios que dizem respeito á correspondente atribuição de direitos fiscais, entre a sede e o país da residência da sede.

Na jurisdição, onde a entidade do grupo é apenas sujeita a imposto sobre o rendimento da sucursal, é tipicamente pedido, conforme a lei interna desse país, que se preparem contas para efeitos de imposto, que deem conta da quantidade de rendimento da entidade que fica sujeita a imposto naquela jurisdição. Estes princípios que incidem sobre esta distribuição podem inclusivamente ser aplicados na distribuição do rendimento correspondente, de acordo com a proposta Globe.

Uma vez que o rendimento haja sido distribuído, torna-se necessário atribuir o imposto pago pela sede á jurisdição da subsidiária, tomando em consideração o mecanismo de crédito CFC. Desta forma, trata-se o imposto pago pela sede, a respeito do rendimento da sucursal como imposto pago no país da Subsidiária.

A diferença chave entre uma abordagem da entidade, abordagem da jurisdição e uma

abordagem mundial. É que no caso de uma abordagem local, a distribuição do rendimento da sucursal tem de ser feita apenas do contexto interno para o contexto externo, e não de um contexto internacional para um contexto estrangeiro.

Estes ajustamentos, podem ser menos dispendiosos do que aqueles requeridos, de acordo com uma abordagem de fusão jurisdicional ou abordagem de fusão da entidade.

3.1.2. Atribuição de rendimento de uma sociedade sujeita ao regime da transparência fiscal

De acordo com cada uma das regras de abordagem combinada, mostra-se necessário desenvolver uma abordagem consensual para atribuição de rendimento proveniente de uma entidade sujeita ao regime de transparência fiscal. Alguns grupos de entidades, como parceiros podem ser tratados como transparentes para propósitos fiscais, pela jurisdição na qual estão incorporados.

Estas entidades transparentes, podem não estar sujeitas a impostos sobre o seu rendimento em nenhum país, uma vez que esse rendimento é atribuído a outro grupo de membros, os quais podem ser tributados aquando da distribuição de rendimento.

De facto, esse mesmo rendimento sendo proveniente de uma entidade fiscal transparente não seria expeável dar origem a problemas de conformidade, na qual todos os sócios dessa mesma entidade são fiscalmente residentes no país onde a entidade fiscal está organizada. No entanto, se um dos sócios for residente fiscal noutra jurisdição, o efeito desta atribuição para propósitos fiscais pode ter como fim a deslocação e rendimento e respetiva responsabilidade fiscal sobre esse mesmo rendimento, para outra entidade do grupo numa outra jurisdição fiscal.

De acordo com cada uma das três abordagens *blending*¹⁰, seria necessário criar um mecanismo que reconheça o impacto da transparência fiscal na tributação de membros de um grupo.

Uma entidade parceira pode atribuir todo o seu rendimento a outro grupo de entidades, de acordo com os termos do acordo de parceria.

Estas repartições podem tipicamente ser observadas nas contas de parceria. Desde que a lei interna imponha direitos fiscais acima dos sócios, tendo em consideração a repartição

¹⁰ Vide, para. 60, *Public Consultation Document - Global Anti-Base Erosion Proposal ("Globe")* – Pilar II

requerida pelo acordo de parceria e refletido nessas contas. Essas mesmas contas podem ser usadas como ponto de partida para determinar a repartição da base tributária, tendo em conta a proposta Globe.

A diferença chave entre a sucursal, em comparação com entidades sujeitas a transparência fiscal é que, no caso da sucursal o efeito desta distribuição é dividir a base de imposto da entidade do grupo em duas jurisdições fiscais, ao passo que neste caso esta distribuição teria o efeito de deslocar o rendimento para outra entidade do grupo, que pode estar noutra jurisdição. Mais uma vez, a diferença chave entre a entidade e as abordagens fiscais e as abordagens globais é que numa ótica de abordagem mundial seria apenas necessário ser feito de um contexto interno para um contexto estrangeiro e não de um contexto estrangeiro para outro contexto estrangeiro. Daqui concluímos que a abordagem mundial acaba por se revelar menos onerosa do que as outras duas abordagens.

3.1.3. A cobrança de impostos com origem noutra país

Apesar de depender de mecanismos particulares usados na criação da regra de inclusão do rendimento, tomando em conta regras CFC e outros impostos cobrados em conformidade com as leis de uma terceira jurisdição, não seria problemático tomando em consideração uma abordagem de fusão mundial.

De acordo com uma abordagem de fusão mundial não é necessário que uma entidade multinacional determine se certo aspeto do rendimento com origem numa entidade estrangeira foi tributado, ao nível da sucursal ou ao nível da sede da entidade. Nem tão pouco será exigido determinar se tal aspeto do rendimento estava potencialmente sujeito a tributação, de acordo com a lei de outro país estrangeiro (exemplo: regra CFC).

Em qualquer um dos dois exemplos, o imposto pago sobre esse rendimento poderá ser creditado tendo em consideração a proposta Globe, desde que esse imposto tenha sido pago ao nível da sucursal, sede ou de acordo com as regras CFC de uma jurisdição intermediária.

De acordo com uma abordagem jurisdicional e de entidade, o imposto pago de acordo com a regra CFC num país estrangeiro, por exemplo, é imposto pago sobre o rendimento que cresce noutra jurisdição. Uma forma de alcançar uma sintonia pode ser feita através, do imposto pago de acordo com a regra CFC na jurisdição ou entidade, em cujo rendimento é tratado como proveniente. Este mecanismo de transferência de crédito, com vista a determinar a responsabilidade fiscal das entidades multinacionais previstas em certas

jurisdições estrangeiras. No caso, por exemplo, de rendimento ser atribuído á sucursal da entidade, nenhum imposto pago sobre esse mesmo rendimento ao nível da sede poderá ser tratado como imposto pago na jurisdição sucursal, ainda que outras opções simplificadas possam ser uma opção para o rendimento da sucursal, o qual é totalmente tributado ao nível da sede.

3.1.4. Tratamento de dividendos e outras distribuições

Assumindo que o rendimento obtido, em conformidade com a proposta Globe foi calculado com base no resultado financeiro consolidado dos grupos, então essa consolidação deveria ignorar o efeito das transações intra- grupo (com inclusão dos dividendos). Todavia, uma abordagem de fusão jurisdicional ou de entidade que olhe ao rendimento financeiro de cada entidade do grupo, vai necessitar de ajustamentos a para dividendos e outras distribuições dos membros do grupo, se esses montantes forem tratados como rendimento para o beneficiário para efeitos de informação financeira, mas isentos de impostos ou alívio equivalente, tendo em consideração as leis da jurisdição beneficiária.

De facto, os dividendos e outras distribuições podem ser excluídos da determinação do rendimento, consoante uma abordagem jurisdicional ou uma abordagem de entidade, supondo que os rendimentos subjacentes da entidade distribuidora já estarão sujeitos a imposto a taxa mínima, se os dividendos forem excluídos neste sentido pode ser apropriado excluir a retenção de impostos no país da fonte sobre esses dividendos, de maneira a serem tratados como crédito de imposto na distribuição da entidade mãe, considerando a proposta Globe.

De maneira, a evitar que tais impostos não sejam creditados em nenhuma jurisdição, tais tributos podem, no entanto, ser tratados como um imposto adicional sobre os ganhos nos casos em que o dividendo é incluído no rendimento pelo beneficiário.

3.2. Exclusões á proposta GLOBE, quais as opções?¹¹

O programa de trabalho, dá conta de possíveis limitações e exclusões á aplicação da proposta Globe. De acordo com o parágrafo 24 da ação 5 do relatório final é claro ao referir

¹¹ Vide pagina 23-24, *Public Consultation Document - Global Anti-Base Erosion Proposal ("Globe")* – Pilar II

*“Action 5 specifically requires substantial activity for any preferential regimes”*¹². Ora, a exigência deste requisito contribui para o pilar II do projeto BEPS, ou seja, eliminar a tributação com substância ao assegurar que os lucros tributáveis não podem mais ser transferidos artificialmente dos países onde o seu valor é obtido¹³.

Assim sendo, dentro da proposta Globe destacam-se um conjunto de exclusões entre as quais:

- Regimes conforme os critérios da ação 5 do plano BEPS em práticas tributárias negativas, bem como outras limitações de substância devem ser excluídos na medida em que vão contra as preocupações do plano BEPS.

De facto, a comunidade internacional reconhece que a exclusão de regimes conformes a ação 5 do plano BEPS podem gerar situações incómodas, no sentido em que regimes fiscais preferenciais nos quais não existe qualquer tipo de tributação do rendimento serão excluídos, enquanto regimes fiscais com baixa tributação, mas ainda assim alguma, ficam sujeitos ao pilar II do plano BEPS.

No fundo, tal espelha a abordagem prevista no pilar II do plano BEPS, o qual foca o seu escopo num mínimo de tributação do rendimento, ao invés de fazer incidir imposto sobre a criação de valor.

- O regresso sobre ativos corpóreos
- Sociedades controladas com transações ligadas a partidos com certas limitações

A proposta Globe também aborda a exploração de opções e problemas em conexão com as limitações na aplicação restrita de regras, na qual se incluem:

- Limitações baseadas na rotatividade ou outras indicações do tamanho do grupo
- Os limites mínimos para exclusão de transações ou entidades com lucros baixos
- A apropriada exclusão de setores específicos ou indústrias.

Estas exclusões e limitações á proposta Globe são maioritariamente uma questão política fiscal e análise jurídica. A forma como estas limitações e exclusões são feitas podem, no entanto, ter impacto na imparcialidade dos sistemas fiscais, mas também em atividades

¹² Vide OECD (2015), *Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance, Action 5 – 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris.

¹³ Vide Lorraine Eden, *“Taxing Multinational – The Globe Proposal for a Global Minimum Tax”*, Bloomberg Tax (6 December 2019), fn. 14 at 9.

suscetíveis de gerar impacto externo positivo ou negativo. Torna-se por isso necessário assegurar que as regras, que compõem esta proposta são compatíveis com as obrigações internacionais existentes e as liberdades fundamentais da União Europeia.

No fundo, a forma como as regras da proposta Globe são construídas vai depender da relação destas com as obrigações internacionais.

Estas exclusões podem incidir sobre a qualidade, base de facto e circunstâncias de base¹⁴formuladas. Exclusões de factos e circunstâncias podem ser adaptadas a uma evolução de certos factos e circunstâncias específicos ou podem antes basear-se em todos os factos que sejam tidos como relevantes.

O critério objetivo de exclusão pode basear-se numa fórmula, tendo por referência uma ou mais bases. No entanto, podem ter por base múltiplos critérios, incluindo resultados de diferentes formas.

Exclusões á proposta Globe, com base em factos e circunstâncias, podem ser adaptadas tendo em conta as situações e especificidades a abordar, e inclusivamente podem ser mais resistentes a abusos.

A complexidade na formatação, geralmente aumenta consoante maior a especificidade da exclusão pretendida. Isto é, exclusões á proposta Globe que tenham por base factos e análise de circunstâncias podem causar situações de incerteza não só para os contribuintes como sobretudo para as administrações fiscais.

Exclusões baseadas em critérios objetivos são mais simples de aplicar e administrar do que exclusões que dependam de factos e análise de circunstâncias. No entanto, tenha-se em consideração que uma exclusão que tem por base um critério específico (valores de ativos) pode representar custos adicionais, se ao contribuinte lhe for requerido apresentar prova documental de que se qualificam para a exclusão.

A natureza deste tipo de limitações reflete que estas podem estar de acordo ou além da regra inclusão. Para além disso, estas limitações podem ser facilmente sujeitas a manipulações podendo, por conseguinte, necessitar de ser acompanhadas por regras anti- abuso, as quais podem servir como teste de circunstâncias. Limitações que tem por base critérios gerais, como a receita total ou lucro, podem facilmente ser suscetíveis de vulnerabilidade para os contribuintes. do tipo A experiência dos contribuintes na aplicação de exclusões e limitações

¹⁴ Vide, OECD, Global Anti-Base Erosion Proposal, supra n.2, para.74

em conformidade com regimes já existentes, é elucidativo na avaliação de opções para a proposta Globe.

Em suma, e em concordância com *Pascal Saint Amans* defendemos que devem existir exclusões generalizadas, quando e desde que exista conteúdo local suficiente que justifique a não aplicação do pilar II.¹⁵

¹⁵ Vide Pascal Saint-Amans & Raffaele Russo, The BEPS Package: Promise Kept, 4 Bulletin for International Taxation, 236 (2016)

Capítulo IV

4.1. Comentários ao Documento de Consulta Pública: Globe – pilar II

4.1.1. A proposta Globe

A proposta Globe determina a forma de abordagem dos desafios que o plano BEPS levanta, através do desenvolvimento de 2 regras interrelacionadas.

A regra de inclusão do rendimento, que tributa o rendimento de sucursais estrangeiras ou de entidades controladas desde que esse rendimento esteja sujeito a imposto a uma taxa efetiva abaixo do mínimo estabelecido e a regra de pagamento imposto abaixo do mínimo.

A regra de inclusão do rendimento prevista na proposta Globe, está desenhada com vista a operar enquanto imposto mínimo apto a assegurar que o rendimento de um grupo de empresas multinacionais é sujeito a imposto a uma taxa mínima, reduzindo assim o incentivo para distribuir lucros por razões fiscais para jurisdições com baixa tributação. Esta regra apenas deve ser aplicada caso os lucros estrangeiros de uma empresa multinacional estejam sujeitos a taxas de imposto abaixo do limite mínimo estabelecido (seguindo uma combinação mundial) e na medida do necessário para assegurar que os lucros são tributados a uma taxa mínima. Neste sentido, a regra de inclusão do rendimento deve ser apenas aplicada na jurisdição da empresa mãe e não com base numa combinação entidade, pois de outra forma resultaria numa enorme complexidade administrativa e conseqüentemente num aumento da controvérsia fiscal.

Tomando em consideração que o país da empresa mãe possui o direito de tributar de volta os lucros globais da multinacional, esta é também a única jurisdição com o direito de fiscalizar a regra de inclusão do rendimento.

4.1.2. Combinação: mundial, jurisdicional e abordagem de entidade

Por forma a determinar a taxa de imposto efetiva, o documento de consulta pública apresenta três abordagens: uma abordagem mundial, uma abordagem jurisdicional e uma abordagem combinada entidade por entidade.

A abordagem mundial, do ponto de vista do *Instituto de Direito Fiscal da Universidade*

*Católica de Leuven e do Centro de política fiscal da Universidade de Lausanne*¹⁶, mostra ser das três a abordagem mais simplificada uma vez que esta abordagem implica baixos custos de conformidade para as administrações fiscais e grupos de empresas multinacionais.

Somando a isto, estas instituições entendem ainda que este tipo de abordagem permite uma redução da instabilidade nas taxas de imposto efetivas, atribuídas a diferenças temporárias. Entendem ainda que a atribuição de rendimento entre sucursais e entidades mãe, assim como entidades transparentes se tornam menos onerosas seguindo esta abordagem.

Questões relacionadas com taxas de crédito bem como tratamento de dividendos tornam-se menos problemáticos seguindo esta abordagem. Todos estes parâmetros indicam, por conseguinte, que a abordagem mundial permite diminuir a complexidade administrativa e o cumprimento de regras, quando comparado com as restantes abordagens.

Do lado contrário encontra-se *National Foreign Trade Council* que defende que a abordagem entidade a entidade mostra ser a melhor abordagem para a proposta Globe, uma vez que possui regras específicas relacionadas com regimes fiscais unitários disponíveis na lei interna. Tais regras permitem neutralizar os efeitos de entidades que tomam vantagem de regimes fiscais desconformes com os critérios da ação V do Plano BEPS.

4.1.3. Exclusões ao Programa Globe

O documento de consulta pública explora a possibilidade de exclusões bem como exclusões para restringir a aplicação da proposta Globe. A primeira exclusão a ser explorada inclui regimes conformes com os critérios da ação V do Plano BEPS no que respeita a práticas fiscais abusivas, e outras exclusões de substância base. A ação V do plano BEPS define um requisito mínimo para avaliar se uma empresa possui uma atividade substancial num regime preferencial. Uma segunda exclusão a ser explorada é a reestruturação de um negócio. A tributação Globe deve basear-se em transações ocorridas no curso normal do negócio.

Se um contribuinte reconhece um ganho com origem numa linha de negócio (ou seja, através da venda de mercadorias, quotas, ações ou através de ativos) ou de uma reestruturação global do negócio, tal ganho não tem origem no curso normal e neste sentido deve ser excluído da proposta Globe. No mesmo sentido, os dividendos pagos como parte de uma reestruturação devem ser considerados fora do curso normal do negócio e neste sentido fora da tributação

¹⁶ Vide, Comments to Public Consultation Document: Global Anti-Base Erosion Proposal (“Globe”)- Pilar II by the Institute for Tax Law of the Katholieke Universiteit Leuven and the Tax Policy Center of the University of Lausanne, para. 13-14

Globe.

No entanto, a NFTC (*National Foreign Trade Council*), considera que tendo em conta as exclusões aos regimes conformes com a Ação V do BEPS no combate a práticas fiscais abusivas, pode não ser coerente com o pretendido pela proposta. Ora, na ausência de tais exclusões¹⁷ mostra-se difícil as medidas da proposta Globe serem desenhadas de forma coerente com os princípios e liberdades fundamentais Europeus.

Segundo estas duas instituições de estudos de direito fiscal, uma exclusão de retorno de ativos corpóreos faz sentido do ponto de vista político.

É certo que a proposta Globe segue diferentes objetivos políticos, todavia é preciso ter em atenção que tal proposta não pode alterar a consistência do resultado construído pelo Plano BEPS.

Os regimes de exclusão conformes com a ação V do BEPS asseguram a coerência da proposta Globe. Para além disso, as exclusões de regimes conformes com a ação V do plano BEPS, seriam facilmente administráveis e permitiriam criar um cenário de certeza fiscal, uma vez que tais regimes se encontram bem monitorizados.

Neste sentido, torna-se imperatório exclusões mais generalizadas a ser previstas, por forma a assegurar a compatibilidade da proposta Globe com o direito europeu.

4.1.4. A regra de inclusão do rendimento

De acordo com a proposta Globe, ¹⁸a regra de inclusão do rendimento destina-se a tributar o rendimento de uma sucursal estrangeira ou entidade controlada às mãos da empresa mãe, se esse rendimento está sujeito a imposto no Estado onde essa mesma sucursal ou entidade controlada está estabelecida a uma taxa efetiva abaixo da taxa mínima determinada.

A regra de inclusão do rendimento ¹⁹prevista na proposta Globe, está desenhada com vista a operar enquanto imposto mínimo apto a assegurar que o rendimento de um grupo de empresas multinacionais é sujeito a imposto a uma taxa mínima, deste modo reduz o incentivo para distribuir lucros por razões fiscais para jurisdições com baixa tributação. Esta regra apenas é aplicada caso os lucros estrangeiros de uma empresa multinacional estejam sujeitos a taxas de imposto abaixo do limite mínimo estabelecido (seguindo uma combinação

¹⁷ Vide, *Comment Letter on the Public Consultation Document: "Global Anti-Base Erosion proposal Globe) - Pilar II by The National Foreign Trade Council(the "NFTC")*, para.2

¹⁸ Vide, *Public Consultation Document – Global Anti-Base Erosion Proposal ("Globe") – Pilar II*

¹⁹ Vide, OECD Inclusive Framework;

Vide, The submission to the OECD public consultations on GLOBE by Business at OECD(BIAC)

mundial) e na medida do necessário para assegurar que os lucros são tributados à taxa mínima. Neste sentido, a regra de inclusão do rendimento deve ser apenas aplicada na jurisdição da empresa mãe e não com base numa combinação entidade, pois de outra forma levaria a uma enorme complexidade administrativa e resultaria num aumento da controvérsia fiscal.

Tomando em consideração que o país da empresa mãe possui o direito de tributar de volta os lucros globais da multinacional, é esta também a única jurisdição com o direito de fiscalizar a regra de inclusão do rendimento.

A regra de inclusão do rendimento não só revela ser a regra prioritária como uma reivindicação mais forte do Estado da residência de poder tributar de outra forma lucros não tributados de empresas multinacionais, por oposição à jurisdição na qual pagamentos dedutíveis são feitos. Para além disto, a regra de inclusão do rendimento é mais adequada ao propósito definido pelas regras do pilar II como imposto adicional.

No entanto, esta regra de inclusão do rendimento prejudica os direitos de soberania do estado membro de poder livremente desenvolver a sua política fiscal, conforme com a realidade económica.

Em particular, isto interfere significativamente com os direitos dos estados membros poderem determinar a base tributária e a taxa a que estas entidades estabelecidas são tributadas.

Tomando em conta que a regra de inclusão do rendimento tem como objetivo, recuperar as vantagens fiscais usufruídas por grupos de empresas multinacionais externas ao estado de residência da empresa mãe, tal levanta sérias preocupações da perspetiva do direito europeu.

A regra de inclusão do rendimento tem semelhanças com a legislação referente a entidades estrangeiras controladas, possibilita ao estado da residência da empresa mãe da subsidiária ou sucursal, tributar os lucros não distribuídos da subsidiária, caso estes não tenham sido sujeitos a nível de imposto suficiente no seu estado de residência. A regra de inclusão do rendimento, tal como a legislação CFC, no caso *Cadbury Schweppes and X GmbH*²⁰, discrimina contra as entidades mãe, que tenham estabelecido subsidiárias noutros estados membros, os seus lucros ficam sujeitos a uma taxa efetiva de imposto abaixo da taxa mínima estabelecida.

Ora, tal cenário não pode ser entendido como abusivo ou visto como uma transferência de

²⁰ Vide, <https://www.taxand.com/our-thinking/do-the-german-cfc-rules-restrict-the-free-movement-of-capital-the-cjeus-decision-in-x-gmbh-c-135-17/>

base tributável de um estado membro para outro, e desta forma a regra de inclusão do rendimento não pode ser justificada por razões de prevenção de práticas fiscais abusivas ou da repartição equilibrada de poderes fiscais, uma vez que tal é contrário ao Princípio da proporcionalidade.

Neste sentido, a regra de inclusão do rendimento apenas pode ser aplicada às empresas cujas sucursais dentro da União Europeia não infringam a liberdade de estabelecimento, ou seja, que não prossigam finalidades puramente artificiais.

A extensão da regra para situações internas, mostra-se inútil na medida em que seria um ato de má política fiscal na medida em que existe uma probabilidade muito reduzida desse lucro não ser tributado a nível interno²¹.

A regra de inclusão do rendimento aplica-se assim, predominantemente a investimentos transfronteiriços e desta forma discrimina demais empresas que tenham exercido a sua liberdade de estabelecimento.

O Tribunal de justiça da União Europeia (CJUE) tem entendido que as regras fiscais dos Estados Membros, que na maioria dos casos reserva tratamento diferenciado aos contribuintes residentes, conforme tenham ou não exercido as suas liberdades fundamentais e tributado aqueles que hajam exercido tal liberdade de forma menos vantajosa do que aquelas que não a tenham exercido., são incompatíveis com as liberdades fundamentais. O Tribunal de Justiça da União Europeia tem também defendido que as cláusulas presentes no TFUE acerca da liberdade de estabelecimento, não só proíbe discriminação com base no critério de que a empresa exerceu as suas liberdades fundamentais mas também a discriminação com base noutros critérios objetivos que em termos práticos, resultam na maior parte dos casos num tratamento tributário menos favorável para as empresas que tenham exercido as respetivas liberdades²².

O exemplo apontado por estas duas instituições de estudos fiscais é, o caso de uma subsidiária ter pago menos impostos do que o devido ao Estado Membro, no qual se encontra

²¹ Vide AG Geelhoed already criticised in very clear terms the extension of anti-abuse measures to domestic situations where no potential risk of abuse exists: “ Nor am I of the view that, in order to conform with Article 49 TFUE, Member States should necessarily be obliged to extend thin cap legislation to purely domestic situations where no possible risk of abuse exists. I find it extremely regrettable that the lack of clarity as to the scope of Article 49 TFEU justification on abuse grounds has led to a situation where Member States, unclear of the extent to which they may enact prima facie ‘discriminatory’ anti-abuse laws, have felt obliged to ‘play safe’ by extending the scope of their rules to purely domestic situations where no possible risk of abuse exists. Such an extension of legislation situations falling wholly outwith its rationale for purely formalistic ends and causing considerable extra administrative burden for domestic companies and tax authorities is quite pointless and indeed counterproductive for economic efficiency. As such, it is the anathema to the internal market” (Opinion of AG Geelhoed in *Thin Cap GLO*, C-524/04, 68)

²² Vide CJEU, 5 Fevereiro de 2015, *Hervis Sport*, C-385/12, 37-39

estabelecida e em termos práticos tal situação seria o caso da empresa mãe da subsidiária em causa ter exercido a sua liberdade de estabelecimento.

Outro ponto que é realçado é o facto de os dividendos, que beneficiam do *participation exemption* conforme a Diretiva mães/filhas (ou legislação interna que transponham esta mesma diretiva), e que ainda não tenham sido distribuídos não podem ser sujeitos à referida regra de inclusão do rendimento às mãos da empresa mãe, uma vez que tal conduziria a uma rutura nas regras da Diretiva Europeia mães-filhas.

Somando a isto, os lucros de uma subsidiária que tenha estado sujeita à regulamentação CFC (controlled foreign corporation) às mãos de uma empresa controlada de acordo com a *Diretiva anti-evasão* fiscal deve ser excluída do objetivo da regra de inclusão do rendimento às mãos da empresa mãe, pois de outra forma, a múltipla tributação iria aumentar. Em alternativa, a legislação CFC deve ser eliminada se a regra de inclusão do rendimento for implementada.

4.1.5. Ajustamentos/ métodos para lidar com diferenças permanentes

Segundo o entendimento do “*The National Foreign Trade Council*”²³, as diferenças permanentes que requerem especial atenção são aquelas que derivam da caracterização de um instrumento financeiro enquanto ações do que dívida, pode refletir diferentes lógicas do ponto de vista contabilístico do que do ponto de vista d imposto de rendimento. De um ponto de vista teórico, ajustes a diferenças permanentes seriam apropriadas, no que diz respeito a diferenças entre o tratamento fiscal e tratamento contabilístico de aquisições de empresas.

Todavia, entendem que tais ajustamentos conduziriam a um aumento dos custos de compliance e administrativos, pelo que propõem como alternativa apenas proceder a estes ajustamentos nos casos em que o contribuinte está apto a demonstrar que a razão pela qual a taxa de imposto efetiva de uma entidade controlada ou de uma sucursal está abaixo da taxa mínima de imposto está diretamente relacionado com as aquisições empresariais.

Do ponto de vista do NFTC, as diferenças permanentes provenientes de dividendos e ganhos de capital isentos em investimentos e ações devem ser removidas da base de imposto por forma a alcançar os fins da proposta Globe. Pelo contrário a base de imposto da proposta deve ser reduzida, por forma a ter em conta a amortização fiscal hipotética de ativos

²³ Vide, *Comment Letter on the Public Consultation Document: “Global Anti-Base Erosion proposal Globe) - Pilar II by The National Foreign Trade Council(the “NFTC”)*

intangíveis com uma vida económica por definir.

No que respeita às diferenças temporárias entende o Conselho que o reporte de perdas, é o melhor mecanismo para abordar as diferenças temporárias. O reporte de perdas deve ser incluído no cálculo da base de imposto da proposta Globe, por forma a evitar que certas empresas multinacionais entrem numa situação de vantagem ou desvantagem competitiva. Também o mecanismo de excesso fiscal, representa um mecanismo adequado para abordar diferenças temporárias. No entanto, pode criar preconceitos para a transferência de rendimento tributável sobre entidades que tenham gerado excesso de impostos disponíveis como forma de reporte.

Noutro prisma, a contabilização de impostos diferidos como mecanismo para abordar as diferenças temporárias é suscetível de criar efeitos distorcidos na correta aplicação da proposta, na medida em que implica um grau de julgamento por parte do contribuinte para preparar demonstrações financeiras

Capítulo V - Conclusões:

Como referido, na proposta Globe são quatro as regras que se aplicam ao nível da jurisdição onde a empresa tem a sua sede. No entanto, parece existir um consenso²⁴ quanto à primazia da regra de inclusão do rendimento sobre a regra de pagamentos sujeita a impostos reduzidos. É certo, e apesar de a proposta da OCDE não fazer referência a uma “regra ordem”, entendemos existirem várias referências que apontam para que a regra de inclusão do rendimento seja aplicada prioritariamente às demais quatro regras. Isto justifica-se por razões de ordem conceptual, na medida em que a regra de pagamentos sujeitas a baixo imposto apenas releva quando o país pagador não tributa o rendimento do respetivo pagamento.

Mas também por razões de ordem pragmática, no sentido em que a regra de inclusão do rendimento estabelece com maior precisão um nível mínimo de imposto do que o imposto retido na receita bruta.

Em suma, podemos considerar que a regra de pagamentos sujeita a impostos reduzidos só prevalece sobre a regra de inclusão do rendimento, para os casos em que esta última não é eficiente por possíveis inversões fiscais onde as entidades multinacionais podem mudar as respetivas sedes.

A proposta Globe em conformidade com o pilar II do BEPS constitui uma das mais revolucionárias mudanças no sistema fiscal internacional do último século. Ora, esta proposta apesar de ser altamente discutível também revela ser altamente complexa de ser implementada face aos desafios que acarreta. Em primeiro lugar porque a lógica da proposta Globe é difícil de compreender no contexto do projeto BEPS, na medida em que é reflexo de um afastamento da abordagem fiscal para evitar práticas de competição fiscal e remover a soberania fiscal das jurisdições para livremente estabelecer a sua taxa de imposto sobre rendimento empresarial. Somando a isto, a implementação da proposta Globe implica elevados custos face à incerteza da mesma e requer coordenação internacional. Somando a tudo isto, é também discutível se o mínimo de imposto previsto na proposta vai reduzir e prevenir as práticas de transferência de lucro.

Disto isto, e corroborando a opinião do professor Bruno da Silva entendemos ser preferível deixar a opção de escolha para os países, nos quais os grupos de multinacionais tem sede, por forma a que estes adotem um regime de tributação mundial com uma base anual sem

²⁴ Vide proposta OCDE fn.12

que haja lugar a deferimento de imposto.

Em jeito de conclusão, entendemos que é importante uma reflexão a fundo sobre a proposta Globe, e ponderar se as alterações que esta proposta acarreta são necessárias, ou se ao invés são apenas alternativas e se este é o melhor momento para que estas mudanças sejam tomadas em consideração, uma vez que a implementação dos planos de ação do BEPS e respetivos resultados ainda precisam de ser tomadas.

Bibliografia

- [1] J. E. a. J. Becker, "United States/EEA/European Union/G20/OECD/International - International Effective Minimum Taxation – The GLOBE Proposal," *Word Tax Journal*, vol. 11, no. World Tax Journal, 2019 (Volume 11), No 4, 2019.
- [2] T. OECD, "OECD, Public comments received on the possible solutions to the tax challenges of digitalization," Organisation for Economic, 3 8 2019. [Online]. Available: <https://www.oecd.org/tax/beps/public-comments-received-on-the-possible-solutions-to-the-tax-challenges-of-digitalisation.htm>. [Accessed 22 04 2020].
- [3] P. Saint-Amans, Composer, *From London: OECD Update on BEPS 2.0*. [Sound Recording]. Tax Notes Talk. 2020.
- [4] D. Stewart, L. Faulhaber and W. Morris, Composers, *Perspectives on the taxation of the digital economy*. [Sound Recording]. Tax Notes Talk. 2020.
- [5] J. Englisch and J. Becker, "International Effective Minimum Taxation – The GLOBE Proposal," 11 4 2019. [Online]. Available: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3370532. [Accessed 01 5 2020].
- [6] M. F. d. Wilde and C. Wisman, "OECD Consultations on the Digital Economy: ‘Tax Base Reallocation’ and ‘I’ll Tax If You Don’t’?," 8 3 2019. [Online]. Available: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3349078. [Accessed 03 05 2020].
- [7] OECD, "Global Anti-Base Erosion Proposal (Globe) - Parte II," 9 11 2019. [Online]. Available: <https://www.oecd.org/tax/beps/public-consultation-document-global-anti-base-erosion-proposal-pillar-two.pdf.pdf>. [Accessed 05 5 2020].
- [8] B. J. Arnold, "OECD/International - The Evolution of Controlled Foreign Corporation Rules and Beyond," *Bulletin for International Taxation - Journal*, vol. 73, no. 12, p. 17, 2019.
- [9] M. Dorey, "A Road Map for Reaching Global Consensus on How to Tax the Digitalized," *International Transfer Pricing Journal*, vol. 26, no. 5, p. 4, 2019.
- [10] OECD, "OECD - Better policies for better lives," 13 02 2019. [Online]. Available: <https://www.oecd.org/tax/beps/public-consultation-document-addressing-the-tax-challenges-of-the-digitalisation-of-the-economy.pdf>. [Accessed 02 02 2020].
- [11] B. d. Silva, "TAXING DIGITAL ECONOMY: A CRITICAL VIEW AROUND THE GLOBE (PILLAR 2)," *FRONTIERS OF LAW IN CHINA*, vol. 15, no. 2, p. 33, 2020.
- [12] J. e. Charles E. McLure, "The State corporation income tax : issues in worldwide unitary combination," *Stanford, Calif. : Hoover Institution Press, Stanford University, 1984.*, vol. xxvi, no. 27, p. 364, xxvi.
- [13] M. F. d. Wilde, "Tax Jurisdiction in a Digitalizing Economy; Why ‘Online Profits’ are so Hard to Pin Down," *Intertax*, vol. 2015, no. 12, p. 796–803, 2015.
- [14] OECD, "ADDRESSING THE TAX CHALLENGES OF THE DIGITALISATION OF THE ECONOMY," 13 2 2019. [Online]. Available: <https://www.oecd.org/tax/beps/public-consultation-document-addressing-the-tax-challenges-of-the-digitalisation-of-the-economy.pdf>. [Accessed 12 03 2020].
- [15] OECD, "Programme of Work to Develop a Consensus Solution to the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy," OECD, Paris, 2019.

- [16] Organisation for Economic Cooperation and Development, "Comment Letter on the Public Consultation Document: "Global Anti-Base Erosion Proposal GLoBE)- Pillar Two," National Foreign Trade Council, Paris, 2019.
- [17] A. Pross, "Comments to Public Consultation Document: Global Anti-Base Erosion Proposal ("GloBE") - Pillar Two," Universite de Lausanne, Paris, 2019.
- [18] W. Moriris, "Secretariat Global Anti-Base Erosion Proposal ("BloBE") - Pillar Two," Center for Tax Policy Administration, Paris, 2019.