



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

O Projeto GloBE da OCDE

**E a sua interação com as regras portuguesas em matéria de
tributação do rendimento**

Fábio Daniel Ferreira da Costa

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2024



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

O Projeto GloBE da OCDE

**E a sua interação com as regras portuguesas em matéria de
tributação do rendimento**

Fábio Daniel Ferreira da Costa

Orientador: Professor Doutor Filipe Cerqueira Alves

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2024

Agradecimentos

Aos meus pais, pelo apoio incondicional e por estarem sempre presentes.

Ao meu orientador, o Senhor Professor Filipe Cerqueira Alves, pelos conhecimentos transmitidos, pelas importantíssimas apreciações, assim como toda a disponibilidade, ajuda e paciência dispensada ao longo deste período.

Resumo

A presente dissertação visará abordar o Projeto GloBE da OCDE e a sua correlação com o panorama jurídico português.

Inserido no projeto BEPS, o GloBE tem como objetivo primordial estabelecer um conjunto de regras em matéria fiscal para mitigar a erosão da base tributária e a transferência de lucros entre empresas.

O estudo irá iniciar-se com um breve enquadramento do projeto no que concerne ao que o antecede, à sua origem e razão de ser. Posteriormente, avançar-se-á para uma detalhada exploração das regras do GloBE, quer as respeitantes ao Estado da Fonte, quer as do Estado de Residência.

Segue-se então com a integração do projeto no contexto jurídico português, aludindo-se aos normativos já existentes que têm pretensões semelhantes às do GloBE, e verificando a sua compatibilidade com este. Passar-se-á para uma abordagem da Diretiva (UE) 2022/2523 do Conselho Europeu, e das alterações necessárias no nosso ordenamento.

PALAVRAS-CHAVE: Compatibilidade; entidade-mãe; GloBE; lucros; multinacional; Pilar Dois; taxa mínima.

Abstract

This dissertation aims to address the OECD GloBE Project and its correlation with the legal framework in Portugal. Embedded within the BEPS project, GloBE's primary objective is to establish a set of tax rules to mitigate the erosion of the tax base and profit shifting among companies.

The study will start with a brief contextualization of the project, considering its predecessors, origins, and rationale. Subsequently, it will delve into a detailed exploration of the GloBE rules, both those pertaining to the Source State and those applicable to the Residence State.

The next step involves integrating the project into the Portuguese legal context, referencing existing regulations with similar aims to GloBE and assessing their compatibility. The analysis will extend to addressing the Directive (EU) 2022/2523 from the European Council, and the necessary amendments required in our legal system.

KEYWORDS: Compatibility; parent entity; GloBE; profits; multinational; Pillar Two; minimum tax.

Índice

Lista de Siglas e Abreviaturas.....	8
I – Introdução	9
1 - Introdução.....	9
2 – Contextualização	10
2.1 - A origem do GloBE, o BEPS	11
2.2 – O Pilar I	12
II - O GloBE.....	14
3 - Em que consiste o GloBE.....	14
4 – Regras do GloBE aplicáveis pelo Estado da Residência	17
4.1 – A “Income Inclusion Rule” (IIR)	17
4.2 – A “Switchover Rule”	19
5- Regras do GloBE aplicáveis pelo Estado da Fonte (“Tax on Base Eroding Payments”)	20
5.1 – A “Undertaxed Profits Rule” (UTPR)	20
5.2 - A “Subject to tax Rule” (STTR)	21
5.3 – A “Qualified Domestic Minimum Top-up Tax”	23
6 – A ordem de prevalência das regras	25
7 - Problemas suscitados e possíveis soluções	27
III - A integração do GloBE no Direito nacional	29
7 - Instrumentos já existentes no Ordenamento Português	29
A Diretiva (UE) 2022/2523 do Conselho Europeu	30
A IIR na Diretiva e a sua compatibilidade com o Direito Nacional	31
A IIR e a norma CFC do art. 66º do CIRC	34
Outras posições relativas à IIR	40
Compatibilização do Pilar 2 com o atual Direito Internacional	45
Conclusão	48
Bibliografia	49

Lista de Siglas e Abreviaturas

Al.- Alínea

Art. – Artigo

BEPS – Base Erosion and Profit Shifting

CFC- “*Controlled Foreign Company*”

CIRC - Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas

CMOCDE - Convenção Modelo da OCDE em matéria de imposto sobre o Rendimento e o Património

GloBE - Global Anti-Base Erosion

IPE – “*Intermediate Parent Entity*”

Nº - Número

Pág. - Página

TJUE - Tribunal de Justiça da União Europeia

UPE - “*Ultimate Parent Entity*”

I – Introdução

1 - Introdução

O presente estudo focará a sua atenção mormente na análise do projeto GloBE da OCDE, não só na sua vertente internacional, como, de igual forma, no que respeita à sua coadunação e inserção no ordenamento jurídico português, mais concretamente no respeitante aos impostos diretos (pelo que não serão alvo de estudo os impostos indiretos) e com especial enfoque no Código do IRC.

Iniciar-se-á com uma breve contextualização, onde se irá enquadrar o GloBE e localizá-lo face ao BEPS e Pilar 1 e Pilar 2, sendo abordados os esforços que o antecederam bem como os vetores que levaram à sua génese.

Posteriormente, seguimos para uma análise mais profunda daquilo em que consiste o Pilar 2, estudando os documentos internacionais onde este se encontra vertido, bem como a doutrina existente a seu respeito, prestando especial atenção às regras de tributação mínima relativas ao Estado da Fonte e ao Estado da Residência, olhando para possíveis problemas suscitados e fornecendo propostas de soluções adequadas.

Num terceiro momento, olhar-se-á para o panorama nacional, vendo os instrumentos com funções análogas que já se encontrem em vigor, bem como a adequação do nosso ordenamento às medidas, e quais as alterações necessárias em caso de desadequação, sendo ainda estudada a Diretiva (UE) 2022/2523 do Conselho Europeu, relativa à garantia de um nível mínimo mundial de tributação para os grupos de empresas multinacionais e grandes grupos nacionais na União Europeia.

2 – Contextualização

Antes de abordarmos o tema central desta dissertação, afigura-se pertinente fazer um breve enquadramento do GloBE, do âmbito em que este surge, bem como de esforços internacionais que, numa tentativa de atenuar a competitividade fiscal, lhe antecederam.

Assistimos, ao longo dos últimos anos, a um aumento exponencial da digitalização, que naturalmente impactou as mais diversas áreas da nossa sociedade. Não tendo o Direito Fiscal sido exceção, deu-se aso a uma panóplia de debates nesta matéria, versando tanto sobre a tributação direta, como a indireta.

Esta expansão impactou o mundo tributário por uma diversidade de razões: facilitou a escalabilidade das empresas, que não necessitam de presença física em todos os territórios em que desenvolvem a sua atividade; potenciou os negócios baseados em ativos intangíveis¹, aumentando atividades transfronteiriças e criando, dessa forma, dificuldades para as tradicionais regras de apuramento e alocação dos lucros, que tinham por base, em grande parte, critérios físicos.

Tudo o acima referido veio propiciar a transferência de lucros entre empresas localizadas em jurisdições onde estes eram mais fortemente tributados, para outras oriundas de países onde as taxas de imposto seriam significativamente inferiores e/ou que ofereciam uma maior quantidade de benefícios fiscais.

Em face do exposto supra, havia que, naturalmente, ser elaborado um plano e tomadas medidas, tendo sempre presente a ideia de um Direito dinâmico, que se adapta às constantes, e, por norma, mais rápidas, mutações da realidade, e que almeja alcançar a justa tributação onde as atividades económicas se desenvolvem e o valor é gerado.

¹ Com as dificuldades inerentes à atribuição de uma localização específica destes ativos.

2.1 - A origem do GloBE, o BEPS

Ora, a grande dificuldade inerente à era da digitalização, já previamente mencionada, tem que ver com o facto de, tradicionalmente e para além das sociedades residentes, um determinado ordenamento jurídico só poder tributar uma atividade empresarial lá exercida se esta aí tiver uma presença significativa, com alguma manifestação física, que poderá ser através de instalações, representantes ou mandatários. Neste contexto, afigura-se relevante o conceito de estabelecimento estável (que possui igualmente os seus desafios no que respeita ao “*nexus*” de tributação), mas que vem auxiliar a materializar essa mesma presença relevante e que vem já previsto, nas suas diversas formas, pela OCDE, na CMOCD no seu art. 5º, tendo sempre em linha de conta que, embora seja apenas uma convenção sem carácter vinculativo, tem vindo a ter uma ampla adoção por parte dos Estados na celebração de convenções sobre a dupla tributação, estabelecendo o paradigma quanto a este ponto.

Deste modo, estava então criada a necessidade de promover uma reflexão que solucionasse, entre outros, os problemas identificados, o que levou a uma ação conjunta dos ministros das finanças do G20 e da OCDE, que culminou na publicação de um Plano de Ação sobre a Erosão de Base Tributária e Transferência de Lucros (Plano de Ação BEPS), em julho de 2013, elaborando um plano de ação para o combate à erosão da base tributária e ao desvio de lucros para jurisdições de baixa tributação, com um leque de opções que, por dificuldades técnicas na sua implementação, acabaram por não vingar.

O G20/OCDE *Inclusive Framework* assumiu o compromisso de continuar a trabalhar para fornecer uma base de consenso até o final de 2020. Assim, logo em maio de 2019, aprovou um programa de trabalho, endossado pelos Ministros e Líderes das Finanças do G20 em junho de 2019, que girava em torno de dois pilares: o Pilar 1 e o Pilar 2, onde se insere o GloBE, que poderiam formar a base para um consenso ampliado, tal como se pretendia, dando-se, assim, a génese do BEPS 2.0, onde é alargado o âmbito de discussão, abarcando países desenvolvidos e em vias de desenvolvimento, e contando agora com cerca de 140 países, algo que vem potenciar o êxito do plano, porquanto uma verdadeira reforma fiscal internacional apenas vingaria se apoiada pela comunidade global.

2.2 – O Pilar I

Este primeiro Pilar surge-nos inicialmente com o intento de superar uma lacuna no sistema fiscal internacional que permitia que as grandes empresas multinacionais, por não terem qualquer presença física, não pagassem imposto, embora tivessem presença comercial e atividades numa jurisdição local. Alguns dos exemplos paradigmáticos incluem os fornecedores de serviços de publicidade online (como o caso da Google), outros fornecedores de serviços de conteúdo digital, e plataformas de redes sociais. Ainda que pertinente, é uma questão que nos parece análoga à prévia pretensão de realocação do *nexus* de tributação do estabelecimento estável.

O Pilar 1 visa adaptar as regras internacionais sobre a tributação dos lucros das grandes empresas multinacionais a diferentes modelos empresariais, incluindo a capacidade de as empresas desenvolverem a sua atividade sem uma presença física, com medidas que procuram primar pela simplicidade e baseando-se na tributação líquida, com o intuito de se evitar a dupla tributação, tinham ainda como objetivo aprimorar significativamente a segurança fiscal, os mecanismos de resolução de litígios e eliminar medidas unilaterais de relevo². Destarte, busca dar aos sistemas onde existe mercado o direito de tributar parte dos lucros de determinadas empresas não residentes, partindo de uma fórmula de repartição previamente acordada e de um conceito unívoco de matéria coletável, com o intuito de chegar a uma reafectação de uma parcela desses lucros globais aos sistemas jurídicos onde o grupo tem clientes ou utilizadores.

O referido Pilar sofreu algumas alterações desde a sua proposta inicial³, atualmente já não visa exclusivamente a economia digital, visa antes qualquer setor empresarial que cumpra os limiares de receita e rentabilidade, mesmo que estes não sejam digitais, facto que não se encontra em total consonância com o título da Declaração.

O *Blueprint* de 2020 traz novos conceitos designados Montante A e B.

O primeiro foca-se na questão do direito de tributação dos países de mercado⁴, eliminando o requisito da presença física, este era no início aplicável apenas às empresas

² Nomeadamente os Impostos sobre Serviços Digitais (ISDs), que consistem em propostas ou implementações de impostos levados a cabo por um país de forma independente, incidindo especificamente sobre produtos digitais.

³ Tal como vertido em: “OECD (2020), Tax Challenges Arising from Digitalisation – Report on Pillar One Blueprint: Inclusive Framework on BEPS, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/beba0634-en>.”

⁴ Isto é, jurisdições nas quais as empresas realizam atividades de negócios voltadas para o consumidor final, tendo uma presença de mercado substancial, independentemente da existência de uma presença física tradicional.

que realizam serviços digitais automatizados (“ADS”) e às direcionadas para o consumidor (“CFB”), mas que, recentemente, alterou o seu âmbito de aplicação: terá de ser um grupo cujo volume de negócios global ultrapasse os 20 mil milhões de euros e a sua rentabilidade antes de imposto ultrapasse os dez por cento ao ano⁵, sendo ainda necessária a existência de umnexo com a jurisdição em questão, que sucederá caso as receitas ajustadas aí obtidas atinjam o limiar de 1 milhão de euros, ou 250 mil euros, no caso de jurisdições menores.⁶⁷

Por seu turno, o Montante B aloca determinadas quantias de retornos fixos, que resultem de atividades de marketing e distribuição, aos países de mercado onde as empresas estão fisicamente presentes.

Este foi um labor bastante útil, mas que não soluciona todos os problemas previamente mencionados, nesse sentido, é adicionado o Pilar 2, com meios de combate a planeamentos fiscais agressivos por meio da erosão da base e transferência de lucros, e que iremos, de seguida, estudar mais detalhadamente.

⁵ Tal como consta do art. 3 da Convenção Multilateral para Implementar o Montante A do Pilar Um.

⁶ “Jurisdições menores” serão aquelas com um PIB inferior a 40 bilhões, relativos ao período em questão.

⁷ Conforme dispõe o art. 8 da Convenção Multilateral para Implementar o Montante A do Pilar Um.

II - O GloBE

3 - Em que consiste o GloBE

Feito o devido enquadramento, é chegada a hora de abordar o tema principal desta dissertação: o GloBE. Este surge-nos, como já mencionado anteriormente, inserido no Pilar 2, sob a forma de mais um esforço que visa atenuar os efeitos da digitalização no quadro do Direito Fiscal, mais concretamente do fenómeno da erosão da base tributária, e que tem dado origem a uma verdadeira concorrência Fiscal, concorrência essa que poderá até ser vista em 2 sentidos: pelo prisma das empresas multinacionais, por estas terem o planeamento da sua tributação, por meio da escolha de jurisdições às quais se encontram ligadas e sedeadas, como uma das áreas de maior importância na aquisição de vantagem competitiva; e, simultaneamente, na aceção mais comum, referente à competição dessas mesmas jurisdições, que adotam determinadas políticas fiscais nos seus sistemas fiscais com o intuito de atrair esses grandes empreendimentos.

Desta feita, projetaram-se mecanismos que garantissem que as empresas multinacionais estivessem sujeitas a um nível mínimo e efetivo de imposto sobre a globalidade dos seus lucros, independentemente da localização da sociedade-mãe ou de onde esta atua, e tendo sempre em linha de conta a soberania Fiscal dos Estados, quer no tocante à natureza dos seus impostos, como também no que respeita às taxas por si escolhidas, visando excluir-se a tributação como fator decisivo para onde o empreendimento se deve encontrar sediado.

Assume-se ainda pertinente referir que este Pilar 2 surge como que uma inspirada extensão da significativa reforma da lei fiscal estadunidense de 2017, onde é tornado lei o “*Tax Cuts and Jobs Act*”, levando os EUA a uma transição para um sistema fiscal territorial, por oposição ao até então sistema fiscal global. A este respeito, são meritórios da nossa atenção o GILTI (“*Global Intangible Low-Taxed Income*”) que, muito sucintamente, consiste num imposto mínimo direcionado aos ganhos estrangeiros provenientes de ativos intangíveis⁸, e o BEAT (“*Base Erosion and Anti-Abuse Tax*”), que funciona como um imposto mínimo de 10% aplicável a certas empresas multinacionais que efetuam “pagamentos de erosão da base” a partes relacionadas estrangeiras⁹.

⁸ Vindo previsto no “*International Revenue Code*”, Secção 951A.

⁹ Vindo previsto no “*International Revenue Code*”, Secção 59A.

Posto isto, importa, num primeiro momento, determinar o escopo das empresas que são alvo destas medidas, dado estas não serem aplicadas a toda e qualquer sociedade comercial, pelo que, quanto a este quesito, diz-nos o art. 1.1 das regras do GloBE¹⁰ que estas são aplicáveis a entidades e estabelecimentos estáveis (“Constituent Entity”¹¹) que fazem parte de um grupo de multinacionais e que possuam uma receita consolidada de grupo igual ou superior a 750 milhões de euros em pelo menos dois dos últimos quatro anos fiscais consecutivos, desde que não se tratem de entidades excluídas ao abrigo do art. 1.5¹², estando na base para a escolha deste montante o intuito de reduzir os custos de “compliance” associados à introdução de um imposto mínimo global, visando ainda maximizar a sua eficácia, considerando que, neste nível de limiar, as regras ainda abrangem uma parte muito significativa dos lucros totais¹³. Além deste limiar, as regras acomodam cenários em que os exercícios fiscais considerados têm durações variáveis, ajustando proporcionalmente o valor de 750 milhões de euros para corresponder à duração do exercício fiscal relevante.

Há ainda que atentar ao art. 6.1, que nos traz modificações de relevo ao adaptar o limiar de receita consolidada a cenários específicos. No caso de fusões de grupos, a condição é considerada satisfeita se a soma das receitas nas demonstrações financeiras consolidadas atingir ou exceder o referido limiar.

São previstos, ainda, os casos de fusões de entidades não pertencentes ao grupo e as cisões.

Quanto ao primeiro caso, se uma entidade (alvo) se funde com outra entidade ou grupo (adquirente) no exercício fiscal em causa, e o alvo ou adquirente não teve demonstrações financeiras consolidadas nos quatro exercícios fiscais anteriores, o limiar é atingido se a soma das receitas nas suas demonstrações financeiras for, no mínimo, os 750 milhões de euros.

Relativamente às cisões, o limiar é considerado atingido por um grupo cindido se este apresentar receitas anuais de 750 milhões de euros ou mais para o primeiro exercício

¹⁰ Entenda-se: “OECD (2021), *Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy - Global Anti-Base Erosion Model Rules (Pillar Two) : Inclusive Framework on BEPS*, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/782bac33-en>.”

¹¹ É o termo utilizado na regra, que vem definido posteriormente no art. 1.3.

¹² Que considera como entidades excluídas as entidades governamentais, organizações internacionais, organizações sem fins lucrativos, fundos de pensão e veículos de investimento imobiliário, tendo ambos de ser uma “Ultimate Parent Entity”, tal como definido no art. 1.4.

¹³ Como disposto em: OECD (2023), *Minimum Tax Implementation Handbook (Pillar Two)*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD, Paris, <https://www.oecd.org/tax/beps/minimum-tax-implementation-handbook-pillar-two.pdf>.

fiscal testado após a cisão, e receitas anuais de 750 milhões de euros ou mais, em pelo menos dois dos exercícios fiscais seguintes ao ano da mesma.

Por último, para que haja lugar à aplicação das regras do GloBE, e a imposição de um imposto complementar sobre os lucros provenientes de uma jurisdição, a taxa efetiva de imposto, determinada com base na jurisdição, terá de estar abaixo da taxa mínima.

A referida taxa efetiva de imposto de grupo é calculada nos termos do art. 5.1 das regras do GloBE, para cada ano fiscal, sendo, para cada jurisdição, igual à soma dos impostos ajustados da entidade constituinte localizada na jurisdição, dividida pelo rendimento líquido GloBE.

É ainda importante mencionar o art. 5.5, que vem trazer uma isenção da taxa adicional quando a receita média GleBE (agregada) das entidades constituintes numa determinada jurisdição é inferior a 10 milhões de euros, e o lucro GloBE é inferior a 1 milhão de euros.

Por forma a alcançar esta pretensão de um imposto mínimo global que se situa nos 15%¹⁴, foram criadas algumas regras específicas a serem aplicadas pelo estado da residência, nomeadamente a “*Switchover Rule*” e a “*Income Inclusion Rule*”; e pelo estado da fonte, que são a “*Undertaxed Payment Rule*”, a “*Subject to Tax Rule*”, e a “*Qualified Domestic Minimum Top-up Tax*” pelo que cada uma delas será alvo de uma análise individual e aprofundada, mais à frente.

Assim, de um modo sumário, pode afirmar-se que o GloBE tem como principais funções equiparar as empresas “tradicionais” às digitais e impedir a transferência de lucros para jurisdições com baixos impostos, por meio da fixação de um montante de imposto mínimo a ser pago.

¹⁴ Como disposto no art. 10.1.

4 – Regras do GloBE aplicáveis pelo Estado da Residência

4.1 – A “*Income Inclusion Rule*” (IIR)

A Regra de Inclusão de Rendimento é um dos métodos principais para contabilizar e operacionalizar o imposto adicional no âmbito do Pilar Dois.

Esta regra vem tributar os chamados lucros residuais, que são, na prática, os lucros de uma empresa internacional que não são tributados, ou que o são a taxas bastante reduzidas, em determinada jurisdição. Quando uma empresa multinacional possui uma entidade numa jurisdição com baixa tributação e essa entidade é considerada como geradora de lucros residuais, a IIR impõe uma “*Top-Up Tax*” (taxa adicional).

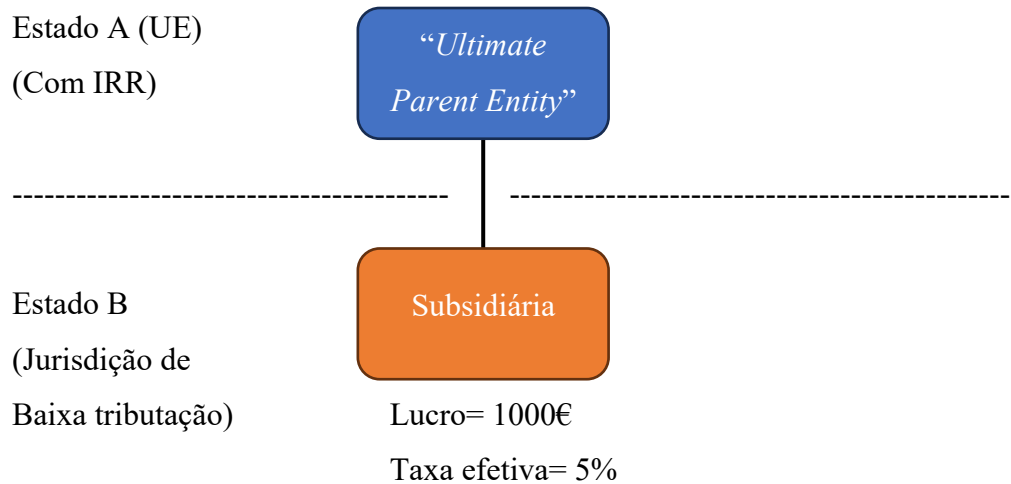
Essa taxa adicional é calculada com base no art. 2.2, que consagra uma fórmula que leva em consideração a receita global da empresa, a receita da entidade de baixa tributação e a média ponderada das taxas tributárias nas jurisdições relevantes. Em termos muito sucintos, envolve multiplicar o rendimento GloBE da entidade de baixa tributação, pela Razão de Inclusão (“*Inclusion Ratio*”) da entidade-mãe. A Razão de Inclusão é determinada pela relação entre o rendimento GloBE da entidade de baixa tributação e a receita global dessa entidade, ajustada para considerar a participação de outros proprietários. Ao valor obtido, haverá que aplicar a taxa adicional, calculada pelo diferencial entre os 15% e a taxa efetiva da jurisdição de baixa tributação.

A regra geral é que uma “*Ultimate Parent Entity*¹⁵” (UPE) é obrigada a aplicar esta regra de inclusão de rendimento quando detém (direta ou indiretamente) um interesse de propriedade numa entidade constituinte de baixa tributação, em qualquer momento, durante um ano fiscal.

Assim sendo, esta entidade-mãe contabiliza o imposto adicional na sua jurisdição, desde que essa jurisdição aplique uma IIR. Se não o fizer, o direito de contabilizar o imposto desce pelo grupo até à próxima empresa-mãe onde haja uma IIR, tornando-se assim possível a sua aplicação.

Segue-se um esquema que visará, de forma simples, explicar o funcionamento básico desta regra:

¹⁵ Vulgarmente conhecida no contexto português como Entidade-mãe Final.



No caso, temos um grupo multinacional, onde a entidade-mãe final está localizada num estado da UE que aplica a IIR, esse grupo possui uma subsidiária num Estado de baixa tributação (que poderá, ou não, fazer parte do acordo), tendo em linha de conta que a taxa efetiva mínima são os 15%, neste exemplo básico, a “*Ultimate Parent Entity*” irá pagar de imposto adicional: 100€ (15%-5% x 1000)¹⁶.

¹⁶ “Questions and Answers on Minimum corporate taxation”, 22/12/2021, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/qanda_21_6967, consult. em 20/12/2023.

4.2 – A “*Switchover Rule*”

Esta regra surge-nos fruto da preocupação inerente à plena aplicação das regras GloBE, especialmente no caso de uma entidade-mãe se encontrar numa jurisdição que aplicaria a “*Income Inclusion Rule*”, mas que celebrou uma Convenção sobre a Dupla Tributação com uma outra jurisdição, tendo adotado o método da isenção de imposto por forma a eliminar a dupla tributação dos rendimento aí obtidos. Neste caso, a “*switchover rule*” apresenta-se como uma forma adequada a facilitar a aplicação da IIR pela jurisdição de residência da entidade-mãe, na sua pretensão de tributar o rendimento do estabelecimento estável, nos casos em que a IIR se aplica conforme a legislação interna.

Desta feita, a “*Switchover rule*” consiste numa regra que vem permitir ao Estado de residência aplicar o método do crédito de imposto, ainda que o previsto na CDT em causa seja o da isenção, sempre que, por virtude do seu acionador na legislação interna, quando e na medida em que um residente de um Estado contratante seja obrigado a aplicar a IIR em relação a um estabelecimento estável no outro Estado contratante (ou seja, quando os lucros atribuíveis a esse estabelecimento estejam sujeitos a uma taxa efetiva inferior à taxa mínima).

5- Regras do GloBE aplicáveis pelo Estado da Fonte (“*Tax on Base Eroding Payments*”)

5.1 – A “*Undertaxed Profits Rule*”¹⁷ (UTPR)

Esta regra surge-nos mencionada nos arts. 2.4 e seguintes do Pilar 2, e prossegue o mesmo objetivo de alcançar uma taxa mínima de tributação, podendo, contudo, fazê-lo por intermédio de um mecanismo ligeiramente diferente.

A forma como o imposto adicional da UTPR atribuído à jurisdição é efetuada fica a cargo das autoridades fiscais da jurisdição que a incorpora. Assim, esta poderá privar entidades constituintes de uma multinacional de efetuarem deduções fiscais (de qualquer tipo) na justa medida em que o rendimento de baixa tributação de uma Entidade Constituinte não esteja sujeito a imposto nos termos de uma IIR. Com a atual redação, parece ficar vedada aos Estados a possibilidade de procederem a um ajuste equivalente (como a aplicação de um imposto adicional).

Nas situações em que as atribuições de imposto adicional não possam ser impostas imediatamente, tais impostos podem ser transferidos para imposição num ano posterior na mesma jurisdição, nos termos das restantes regras do GloBE.

Desta forma, o montante total do imposto adicional da UTPR para um ano fiscal será igual à soma do imposto adicional calculado para cada entidade constituinte de baixa tributação para esse ano fiscal (determinado de acordo com o Artigo 5.2), sujeito aos ajustes estabelecidos nos arts. 2.5 e 9.3.

O art. 2.6, vem determinar, por meio de uma fórmula¹⁸, o método para apurar a percentagem de imposto adicional da UTPR que será alocado a cada jurisdição específica que adote essa regra.

¹⁷ Anteriormente conhecida como “*Undertaxed Payment Rule*”.

¹⁸ $50\% \times \frac{\text{Número de funcionários na jurisdição}}{\text{Número de funcionários em todas as jurisdições UTPR}} + 50\% \times \frac{\text{Valor total de ativos tangentes na jurisdição}}{\text{Valor total de ativos tangentes em todas as jurisdições UTPR}}$

5.2 - A “*Subject to tax Rule*” (STTR)

Esta é uma outra regra integrante do Pilar 2, e que possui a particularidade de, no lugar dos meros regimes domésticos dos Estados, depende de Tratados para que seja implementada.

A STTR tem em vista complementar as regras do GloBE, adaptando esses mecanismos e princípios ao contexto de um Tratado.

Tendo isto em conta, baseia-se na compreensão de que, quando, nos termos de uma convenção sobre a dupla tributação, um Estado de origem cede direitos tributários sobre certos pagamentos transfronteiriços intra-grupo, este deve de ser capaz de recuperar parte desses direitos quando a renda em questão é tributada (se for o caso) no Estado do beneficiário (ou seja, no Estado da residência) a uma taxa abaixo de 9%¹⁹.

Assim, esta é uma disposição modelo de Tratado que permite às jurisdições da fonte impor uma tributação adicional, contudo, tal apenas sucederá no caso de estarem em causa pagamentos entre empresas relacionadas²⁰, e o tipo de rendimento ser proveniente de pagamentos de serviços; juros; royalties; direitos de distribuição de um produto ou serviço; prémios de seguro ou resseguro; taxas de garantia ou financiamento; ou rendas de aluguer de equipamentos industriais, comerciais ou científicos.

É ainda de salientar que a STTR se baseia, por regra, na taxa nominal de imposto (por oposição à taxa efetiva, já mencionada, patente nas normas do GloBE). Esta será, em geral, a taxa de imposto prevista nas leis tributáveis do país, que sejam aplicáveis ao tipo de rendimento em causa. No entanto, esta taxa nominal é reduzida, caso a referida taxa prevista no Estado estiver sujeita a um “ajuste preferencial”²¹.

¹⁹ Como disposto em: “OECD (2023), Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy – Subject to Tax Rule (Pillar Two): Inclusive Framework on BEPS, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/9afd6856-en>”.

²⁰ Duas entidades serão consideradas relacionadas se ambas estiverem sob o controle da mesma pessoa (ou pessoas), quer legalmente (posse direta ou indireta de mais de 50%), quer de fato. Salvo algumas exceções, como por exemplo pessoas singulares, organizações sem fins lucrativos, Estados.

²¹ Este é um ajuste que: resulta numa redução permanente do montante de imposto a pagar; é concedido por meio de uma isenção ou exclusão de rendimentos, uma dedução calculada com base no rendimento sem um pagamento correspondente, ou um crédito fiscal calculado com referência ao montante do rendimento (excluindo créditos fiscais estrangeiros); e está diretamente relacionado com o Rendimento Abrangido ou decorre de um regime que concede uma preferência fiscal a rendimentos de atividades geograficamente móveis (que satisfaçam os requisitos finais do Relatório Final sobre o BEPS - Ação 5).

Por último, importa ainda referir que esta regra é aplicável apenas aos referidos rendimentos (exceto juros e royalties) quando o seu montante excede os custos incorridos na obtenção desse rendimento, acrescido de uma margem de lucro de 8,5%, a soma agregada do rendimento abrangido pago num ano fiscal tem ainda de exceder 1 milhão de euros (ou 250 mil euros, no caso de jurisdições menores).

5.3 – A “*Qualified Domestic Minimum Top-up Tax*”

Esta é uma regra que surge como tal mais recentemente, pois que apenas lhe foi feita uma leve referência no Blueprint do Pilar 2, na medida em que nem no Inclusive Framework de 2021 é possível encontrá-la expressamente, como sucede com outras regras que abordamos.

Assim, a QDMTT consiste num imposto que incide igualmente sobre lucros obtidos numa jurisdição de baixa tributação, vindo aumentar a responsabilidade fiscal doméstica relativamente a esses lucros, até à taxa mínima. Desta feita, a QDMTT é um imposto mínimo incluído na legislação interna de uma jurisdição e que determina os lucros residuais domésticos de uma maneira equivalente às regras do GloBE e que é implementada e administrada de uma forma consigo consistente e coerente, é, no fundo, uma taxa adicional imposta pela jurisdição de baixa tributação para tornar a taxa efetiva incidente sobre os lucros da multinacional aí obtidos nos mínimos 15%.

Significa isto que, se a QDMTT for igual à taxa adicional multiplicada pelos lucros residuais, esta anula qualquer direito de outras jurisdições cobrarem uma taxa adicional através de uma regra IIR ou UTPR, desde que haja implementação e aplicação uniformes das regras do modelo GloBE.

A este respeito, é importante perceber que esta regra não aumenta o montante total de imposto pago, apenas altera a jurisdição onde este é cobrado, na medida em que este mecanismo permite que uma jurisdição onde a multinacional operou recolha a receita sobre os rendimentos obtidos por uma entidade de baixa tributação que, de outra forma, teria sido recolhida pela jurisdição estrangeira onde esta é considerada residente²².

Posto isto, assumindo que haverá IIRs e UTPRs em vigor em todo o mundo, os Estados seriam fortemente incentivados a promulgar uma QDMTT, sabendo que tal promulgação não prejudicaria sua posição competitiva, face a outros países, dado o imposto adicional vir, de uma forma ou de outra, a ser inevitavelmente cobrado.

Esta regra possui, em suma, duas funções: uma primária de alocação dos direitos de tributação, sendo regra preferencial face às restantes, e desta forma, alcançando o

²² Neste contexto, ao invés de se utilizarem os termos estado da fonte e estado de residência, é comum utilizarem-se os termos “*home countries*” e “*host countries*”, referindo-se, respetivamente, aos países de origem ou de residência das empresas multinacionais, ou seja, onde essas empresas têm a sua sede principal ou estão incorporadas; e os países onde as empresas multinacionais operam ou têm filiais, mas que não são o seu país de origem. Pelo que, no caso, a QDMTT permite à “*host jurisdiction*” cobrar o imposto, em lugar de renunciar as receitas para outra jurisdição.

objetivo de atenuar preocupações inerentes à justiça da tributação, mais concretamente no que toca ao facto de o Pilar 2 operar de forma a gerar receita para os países onde se consideram residentes as multinacionais, por oposição àqueles onde estas apenas operam; e uma secundária de simplificação, na medida em que elimina a necessidade de a “*host jurisdiction*” fazer uma reforma fiscal para se coadunar com as regras do Pilar 2.

6 – A ordem de prevalência das regras

Como exposto, são várias as regras propostas pelo Pilar 2, pelo que é de grande relevo perceber a forma como estas se relacionam, nomeadamente, quais devem de prevalecer existindo conflito positivo, por forma a evitar um excesso de tributação, que não é objetivo deste projeto.

Para tal, deve, primeiramente, ter-se em conta que os países que escolham adotar estas normas concordam em fazê-lo de uma forma coerente e ordenada.

Pese embora o “*Inclusive Framework*” não estabeleça expressamente critérios que resolvam tal questão, parece resultar claro de outros documentos oficiais da OCDE²³ que há uma prevalência nítida da STTR (que, como mencionado, se baseia em Tratados), face às restantes regras do GloBE, pelo que o imposto da STTR é creditável sob essas regras.

Em seguida, não parece ser de suscitar grandes dúvidas que possuirá prioridade a QDMTT, surgindo, dessa forma, como uma oportunidade para países em vias de desenvolvimento a introduzirem e, gozando dessa prevalência, obterem alguma receita.

Quanto às restantes regras do GloBE, estas incorporam uma ordem de regras acordada, juntamente com regras secundárias ou de proteção que se aplicam se um país onde uma multinacional está sediada não aplicar a regra primária. Por exemplo, como já referido, se o país onde o grupo multinacional tem sua sede não sujeitar a entidade-mãe final do grupo à IIR, outra entidade-mãe no grupo, mais abaixo na cadeia de propriedade, deve aplicar a IIR sob a ordem de regras acordada. Se isso ainda não resultar na tributação dos rendimentos do grupo à taxa mínima de 15%, entra em vigor a UTPR, que garante o pagamento do imposto mínimo através da negação de dedução ou mecanismo semelhante em todos os países onde o grupo tem presença, funcionando assim como uma regra de salvaguarda. Tal sucede por esta exigir um maior nível de cooperação administrativa, dado existirem subsidiárias em várias jurisdições.

A própria natureza interligada destas regras garante, portanto, que o imposto adicional será coletado em jurisdições que introduziram as regras do GloBE, mesmo onde o grupo opera em ou por meio de outras jurisdições que não as implementaram.

Por último, parece-nos que, qualquer destas regras será de aplicar, apenas se o ordenamento português não já previr mecanismos próprios que garantam a mesma

²³ Nomeadamente em: “OECD (2023), Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy – Subject to Tax Rule (Pillar Two): Inclusive Framework on BEPS, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/9afd6856-en>.”, ponto 5.

finalidade das regras previstas no Pilar 2, contudo, tal constituirá uma questão de carácter teórico, na medida em que, com a Diretiva (UE) 2022/2523 do Conselho Europeu (que abordaremos mais à frente), tal objetivo será, independentemente da via em questão, alcançado.

7 - Problemas suscitados e possíveis soluções

A proposta do Pilar 2 possui, como denotado ao longo do presente trabalho, um certo grau de complexidade, pelo que inevitavelmente nos deixa com questões menos bem esclarecidas, que suscitam algumas problemáticas.

Ora, um dos problemas que é, desde logo, originado, tem que ver com o cálculo da taxa de imposto efetiva, mais concretamente com as diferenças de “*timing*” para efeitos do cômputo desta taxa, dada a possível diferença temporal entre os momentos em que a empresa incorre em despesas, em que a receita seja gerada, e o momento em que esta é tributada²⁴. Dado que a fórmula de apuramento da taxa efetiva consiste em impostos abrangidos ajustados divididos pela receita GloBE ajustada (rendimento líquido GloBE), a inclusão de impostos diferidos no seu denominador geraria uma taxa de imposto efetiva maior, e vice-versa.

Como formas de facilitar o cálculo da taxa efetiva foram enunciadas algumas sugestões²⁵, tais como a exclusão de receitas e lucros de pequeno valor; presunções “*ex ante*” sobre se um país é de alta ou baixa tributação, com base na sua orientação administrativa fiscal; e o desenvolvimento de meios para determinar a taxa efetiva de cada país, baseados em, por exemplo, dados de relatórios feitos país a país²⁶.

Um outro principal problema apontado está relacionado com a compatibilidade do Pilar 2 com convenções sobre a dupla tributação. A este respeito, menciona-se uma incompatibilidade, designadamente, com os arts. 7 da CMOCDE, que nos diz que os lucros de uma determinada empresa de um Estado contratante serão apenas aí tributados, a menos que esta exerça a sua atividade por meio de um estabelecimento estável no outro estado contratante, ora, tal conflitua com as regras vistas anteriormente, onde não existe este requisito de estabelecimento estável para que a taxa adicional seja imposta. Na mesma linha de raciocínio, também o art. 10.5 da CMOCDE é apontado como conflitante, na medida em que este dispõe de forma semelhante no caso dos dividendos, que apenas podem ser tributados pelo Estado contratante onde foram gerados os lucros caso estes sejam pagos a um residente desse Estado, ou estejam vinculados a um estabelecimento estável nesse Estado, além disso os lucros não distribuídos da empresa não podem ser aí

²⁴ Inerente a inevitável conexão entre a contabilidade e o Direito Fiscal.

²⁵ Nomeadamente pelo Prof. Dr. Vikram Chand, na “FIT-IBFD Silver Jubilee Taxation Conference”.

²⁶ Como exposto em: “Marsit, Sabine - IBFD-FIT Silver Jubilee Taxation Conference; OECD; G20 - FIT-IBFD Conference: Day 3 – Session 2: Pillar Two – Selected Issues, News IBFD (2021).”

sujeitos a impostos, mesmo que incluam lucros aí originados. Este é um problema cuja solução poderia passar por uma revisão e alteração nas convenções sobre a dupla tributação celebradas, por forma a torná-las compatíveis, mas que iremos desenvolver mais adiante.

Um outro problema, este mais geral, surge-nos relacionado com a taxa mínima estabelecida, pois que há dúvidas que os 15% sejam efetivamente suficientes para combater a concorrência fiscal num plano global, projetando-se que os grandes beneficiários da medida sejam os EUA, a China e alguns países europeus, que são geralmente os Estados de residência das grandes multinacionais na medida em que os restantes países, nomeadamente os em vias de desenvolvimento, possuem taxas efetivas de 25%, não se assegurando a igualdade competitiva, e constituindo, ainda, um significativo incentivo à deslocação dos lucros por parte das empresas. No nosso entender, este problema tem toda a pertinência e é bastante suscetível de colocar em causa a eficiência da medida, porém, parece-nos ser uma solução mais ponderada iniciar-se com uma taxa mais baixa para testar e aperfeiçoar todo o mecanismo (com as várias imperfeições já apontadas), ainda que não alcance de imediato o objetivo final, e, a partir daí, com uma base mais sólida, partir para um aumento progressivo da taxa.

Também a própria ordem de prevalência das regras é suscetível de agudizar esta desigualdade, pois, ao prevalecer a IIR sobre a UTPR, na medida em que estes países em vias de desenvolvimentos são, sobretudo, estados da fonte, e, como vimos, a IIR é uma regra aplicável ao estado de residência. Assim, a QDMTT e a sua prevalência apresentam-se como uma solução virtualmente adequada, porém, na prática, as suas implicações administrativas, adicionadas aos desafios administrativos que esses países já possuem, podem levar a uma não aplicação desta regra, não esquecendo que, como dito supra, as taxas efetivas destes países excedem largamente os 15%, o que, por si só, já é limitativo.

III - A integração do GloBE no Direito nacional

7 - Instrumentos já existentes no Ordenamento Português

Os objetivos almejados pelo GloBE, como já exposto, são claros, e têm total relevância nos dias que correm, por assim o ser, atento a essa realidade, já o ordenamento Português havia incluído no Direito positivo instrumentos que visam acautelar algumas das preocupações constantes do Pilar 2. Por sua vez, também a União Europeia adotou uma postura proativa, decidindo consagrar, através de uma Diretiva, esse mecanismo, e é são estes elementos, bem como a relação entre si e com o próprio GloBE, que iremos agora abordar.

Preliminarmente, há que salientar que o ordenamento Português se rege por um princípio da legalidade total em matéria fiscal e, ciente da realidade que é o planeamento fiscal ilícito, foi, ao longo dos anos, construindo um arsenal de meios para o combater, criando-se um conjunto de medidas onde há uma norma específica que, de forma detalhada e pormenorizada²⁷, irá prever a tributação de uma realidade que, à partida, não o seria, por se frustrarem os objetivos do Direito fiscal. Pelo facto de o legislador, por mais cauteloso e perspicaz que possa ser, não ter a capacidade de acompanhar a dinâmica realidade, existe ainda uma cláusula geral anti abuso (prevista no art. 38º LGT).

²⁷ Sendo que, neste caso, se alude às cláusulas específicas anti abuso.

A Diretiva (UE) 2022/2523 do Conselho Europeu

Primeiramente, importa ressaltar que, como já dito, o Pilar 2 da OCDE não possui caráter vinculativo nem força de lei, constitui, antes, um conjunto-modelo de recomendações feito aos Estados, podendo estes optar por segui-lo, ou não. Contudo, este encontra-se formulado como “*common approach*”, significando que, embora possam escolher não adotar as regras, estes devem de aceitar a sua adoção e aplicação por parte de outros Estados²⁸.

Posto isto, a União Europeia, na senda do seu contínuo trabalho de combate ao planeamento fiscal ilícito e agressivo, veio converter para o Direito da União o conjunto de recomendações vertidas no Pilar 2, fazendo-o de um modo relativamente fiel a estas, embora com algumas nuances. Desta forma, para os Estados-Membros da União Europeia, passa a haver a obrigatoriedade de cumprimento das normas da Diretiva, bem como da sua transposição para os diferentes ordenamentos nacionais, transposição essa que teria data limite prevista até 31 de Dezembro de 2023.

²⁸ Como exposto pela OCDE em: OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, “*Statement on a Two-Pillar Solution to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy 3*” (8 Oct. 2021).

A IIR na Diretiva e a sua compatibilidade com o Direito Nacional

A “*Income Inclusion Rule*” vem prevista na Diretiva nos seus arts. 3º, nº18, onde se define a IIR qualificada, e nos arts. 5º e seguintes, onde se definem as entidades, e se encontram previstos os seus mecanismos de atribuição e de compensação.

Há apenas que salientar uma particularidade, pois, tendo em vista a coerência com os princípios e leis da UE, a Diretiva não se limita somente a situações transfronteiriças, sendo igualmente aplicável a grupos domésticos de grande escala²⁹.

Além disso, a Diretiva exige a aplicação da IIR em situações em que uma entidade constituinte de baixa tributação está localizada na mesma jurisdição que a entidade-mãe tributável (a UPE ou a IPE)³⁰. Desta feita, a IIR, conforme proposta pela Diretiva, também se aplica à própria entidade-mãe, quando esta está localizada num Estado-Membro de baixa tributação.

Ora, tendo, em conta que, por regra, numa ação de planeamento fiscal, a entidade-mãe final se encontra num território que não é necessariamente de baixa tributação, esta parece-nos uma medida que, para além de assegurar a homogeneidade no Direito da UE, terá a sua utilidade mais no sentido de acautelar futuros engenhos fiscais isto é, formas que o contribuinte encontra, na sua constante procura, que o levem a pagar menos imposto de forma lícita, e que, no caso, poderiam passar pela constituição de uma “*holding*” num território de baixa tributação, sem aí ser exercida uma atividade económica relevante, tendo como objetivo aproveitar o mecanismo de tributação de dividendos da CMOCDE (designadamente, o do seu art. 10º), que atribui preferência à tributação pelo Estado de residência, em casos de atividades multijurisdicionais, pelo que, para além de beneficiar de uma taxa reduzida, poderia ainda obter créditos fiscais generosos ou a permissão de dedução de rendimentos obtidos, dado caber a este Estado o papel de atenuar a dupla tributação internacional.³¹ Destarte, com a referida medida, ficam prevenidas intervenções legislativas que pudessem tornar esses territórios apetecíveis para tal.

Quanto à forma de calcular, esta assemelha-se à prevista no modelo do GloBE e vem prevista nos arts. 9º, 10º e 27º da Diretiva, e, se quanto ao cálculo em si poderá haver alguma questão por responder, nomeadamente no caso de se aplicar a IIR à própria

²⁹ Tal como se encontra previsto no art. 2º, nº1 da Diretiva (UE) 2022/2523 do Conselho.

³⁰ Conforme consta do art. 5º, nº2 da Diretiva (UE) 2022/2523 do Conselho.

³¹ ALVES, Filipe Domingues Cerqueira (2022) - *Justiça fiscal internacional e tributação de lucros de grupos multinacionais*, Tese de doutoramento em Direito. Porto, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.

entidade-mãe, na medida em que, sendo uma entidade-mãe intermédia obrigada a cobrar o imposto adicional em relação a si própria, não nos parece claro se este se refere a 100% do imposto adicional calculado ou se, ao invés, deverá ser limitado à parte imputável à entidade-mãe última do imposto adicional para essa entidade, a nossa indagação vai um pouco mais à raiz, no que concerne à própria legitimidade desta medida, bem como à sua coadunação com as normas do ordenamento nacional.

À semelhança do que é projetado no Pilar 2 da OCDE, designadamente nos arts. 2.1 a 2.3 do “*Inclusive Framework*”, a IIR, tal como vertida na Diretiva, nomeadamente nos seus arts. 5º e seguintes, funciona num mecanismo de “*top-down*”, isto é, é dada prioridade à entidade-mãe final e apenas se esta não for obrigada a aplicar a IIR é que, então, uma entidade mãe intermediária seria obrigada a fazê-lo (dando-se prioridade às entidades mãe intermediárias mais acima na cadeia corporativa). Sendo previsto apenas um pequeno desvio a este mecanismo, que é o caso das entidades-mãe parcialmente detidas na União, previsto no art.8º da Diretiva, sendo que, a esta entidade, quando localizada num Estado-Membro que seja uma jurisdição de baixa tributação, é aplicada a IIR no que respeita a si mesma e às suas entidades constituintes sujeitas a baixa tributação localizadas no mesmo Estado-Membro. Fica, contudo, ressalvado o caso de os interesses de propriedade da entidade-mãe parcialmente detida serem detidos na totalidade, direta ou indiretamente, por outra entidade-mãe parcialmente detida que esteja sujeita a uma IIR qualificada, pelo que esta exceção não se aplica, para evitar uma dupla tributação em sede da IIR.

Face ao exposto, esta seria uma regra a aplicar de forma muito semelhante à prevista pela OCDE e, em teoria, não seria necessário efetuarem-se alterações às existentes convenções sobre a dupla tributação, dado esta ter vindo a pronunciar-se expressamente sobre a matéria, afirmando que a IIR e (a UTPR) não colocam quaisquer problemas de incompatibilidade com as convenções sobre a dupla tributação e podem, por conseguinte, ser simplesmente aplicadas nos sistemas fiscais dos países, sem necessidade de qualquer alteração, podendo, no Blueprint de 2020, ler-se o seguinte: “*In subjecting a domestic taxpayer to tax on its share of the foreign income of a controlled subsidiary, therefore, the IIR operates in a way that is closely comparable to a CFC rule and raises the same treaty questions. Although there are a number of differences between the IIR and the CFC rules of many jurisdictions, these do not alter the analysis.*”, assim, percebe-se claramente a posição da OCDE: reconhece que há diferenças entre as normas

CFC e, no caso, a IIR, mas que, para o efeito da sua conciliação com os tratados internacionais, deverão ser tratadas e entendidas da mesma forma.

Compreendemos que esta seja uma maneira prática de abordar a questão, que tenderá a levar a uma maior adoção da regra por se evitarem as complexidades inerentes a alterações e a uma introdução de (mais) uma convenção multilateral, contudo, esta é uma premissa que nos parece merecedora de maior atenção.

A IIR e a norma CFC do art. 66º do CIRC

Desta feita, como já exposto, a IIR consagra a aplicação de um imposto adicional que, por regra, será aplicado à entidade-mãe final, pelo que importa perceber a natureza e a titularidade dos rendimentos sobre os quais incide esta “*top-up tax*”.

Assim, uma das primeiras opções que nos parece equacionáveis é, desde logo, a que resulta do “*Blueprint*” do Pilar 2, de 2020: considerar que os rendimentos obtidos por entidades de outras jurisdições sujeitas a um regime fiscal mais favorável que pertençam ao grupo são, também, rendimentos da entidade-mãe final. Desta forma, a IIR seria operacionalizada através de uma entidade-mãe que teria em conta a parte do rendimento proveniente dessas jurisdições e o tributaria até à taxa mínima.

Esta é a solução que parece resultar mais evidente do texto do Pilar 2, e que, no nosso entendimento, tem larga similitude com o mecanismo, popularizado pelo acórdão Cadbury Schweppes, que se encontra presente no ordenamento português, respeitante às regras CFC, designadamente, a cláusula específica anti abuso prevista no art. 66º do CIRC, pelo que achamos pertinente focar agora a nossa atenção neste mecanismo, e à forma como este se compara ao próprio Pilar 2, mormente à IIR.

Tal como referido anteriormente, as regras CFC têm objetivos que se assemelham aos do GloBE: abordar planeamentos fiscais agressivos que se apresentam lícitos à luz da letra da lei. Assim, estas normas visam impedir o diferimento da tributação³², ou a acumulação de rendimentos numa sociedade localizada num regime de baixa tributação, que aí se encontra por razões puramente fiscais, e sem exercer uma atividade efetiva geradora de rendimentos. Desta forma, propõem-se a dissuadir a criação de sociedades de fachada e diminuir o peso do Direito Fiscal na escolha do contribuinte respeitante ao território onde escolhe investir e desenvolver a sua atividade.

Assim, embora com aspirações análogas, importa perceber o que distingue estes dois mecanismos.

³² Que é uma forma de benefício fiscal, e, a este respeito, achamos pertinentes as palavras de Lee Burns: “The central purpose of CFC rules is to eliminate deferral. In the present context, deferral means the postponement of current taxation of foreign income that has economically accrued to a taxpayer through the taxpayer’s ownership interest in a foreign entity.”, citado em: SANTOS, Marta Catarina (2018) - *Confrontação da regra CFC do art.º 66 do CIRC com as Recomendações da Ação 3 do BEPS*, Mestrado em Direito e prática jurídica de Direito Fiscal e Financeiro. Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Primeiramente, é importante compreender o elemento subjetivo desta norma CFC patente no art. 66º, esta incide sobre entidades residentes³³ em Portugal, pelo que é relevante destacar o facto de que esta norma incidirá não sobre a entidade que se tenha como sendo uma CFC, mas sim sobre a entidade portuguesa que sobre esta detenha, direta ou indiretamente, 25% das partes de capital, direitos de voto ou os direitos sobre o rendimento ou elementos patrimoniais, aqui estamos já no âmbito de um outro elemento das regras CFC: o controlo, que, sumariamente, consiste na capacidade da sociedade de, direta ou indiretamente, governar e autodeterminar a vontade da sociedade dependente, constando da hipótese legal prevista pelo legislador para classificar uma entidade como sendo uma CFC.

Para além dos supramencionados, as normas CFC possuem ainda mais 2 componentes: a territorialidade, que pode ser definida de três formas: através de uma lista negra de territórios que se conhecem como sendo de baixa tributação, tal como sucede no art. 66º, nº6, al. a) do CIRC; através da taxa de imposto efetiva que a entidade em análise está sujeita no território em que se situa, que, no caso de ser de um montante relativamente inferior à do Estado de residência, irá preencher o requisito da norma CFC, tal como acontece no nosso ordenamento no art. 66º, nº6, al. b) do CIRC; e, por último, através de uma lista cinzenta de Estados que poderão estar sujeitos às regras CFC³⁴.

Há, por fim, o elemento do rendimento da CFC, na medida em que se definem quais os rendimentos da CFC que serão atribuídos a entidade residente no Estado português. No âmbito do art. 66º do CIRC, como disposto no seu nº 3, esses rendimentos serão proporcionais às partes de capital, direitos de voto ou os direitos sobre o rendimento ou elementos patrimoniais, detidos de forma direta ou indireta, pelo sujeito passivo.

³³ De acordo com Rui Duarte Morais, deve atender-se, para essa qualificação, à lei do país onde a entidade tem a sua sede ou administração, uma vez que, e citamos o autor: “uma vez que, por definição, a personalidade jurídica (societária, no que nos interessa) de um ente colectivo é uma criação, uma emanção, de um determinado ordenamento nacional.”, presente em: MORAIS, Rui Duarte, “Sobre a noção de «cláusulas anti-abuso» em direito fiscal” in Estudos jurídicos e económicos em homenagem ao Prof.º Doutor António de Sousa Franco, vol.III, 2006, Coimbra Editora, Coimbra). Pelo que se alude aqui ao conceito de residente, bem como ao disposto no art. 2º, nº2, al. a) do CIRC, relevando a sede ou direção efetiva. Desta forma, excluem-se, desde logo, os estabelecimentos estáveis aqui existentes.

³⁴ A este respeito, citamos Azevedo, Maria Eduarda, citada em SANTOS, Marta Catarina (2018) - Confrontação da regra CFC do art.º 66 do CIRC com as Recomendações da Ação 3 do BEPS, Mestrado em Direito e prática jurídica de Direito Fiscal e Financeiro. Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, dizendo: a autora designa por listas cinzentas aquelas que “(...) que procuram identificar regimes fiscais privilegiados de que gozam certas sociedades em países, que conhecem, em geral níveis de tributação elevados. (...)”. Para a UE, listas cinzentas consistem em jurisdições que se comprometeram a alinhar as suas práticas, normas, transparência e governação fiscal de acordo com standards internacionais pretendidos.

Quanto à sua natureza jurídica, a doutrina não é perfeitamente consensual, havendo quem considere estar em causa uma desconsideração da residência estrangeira, sendo que se irá considerar o Estado de residência do sócio; numa outra posição há uma presunção/ ficção de distribuição dos dividendos aos sócios, sem que a entidade seja considerada transparente³⁵; há, por sua vez, quem defenda que todas as sociedades controladas devem ser consideradas transparentes pelo que os sócios devem ser tributados, passando os lucros para as suas esferas jurídicas, na proporção das suas participações (transparência fiscal internacional)³⁶. Por último, temos ainda o entendimento, com o qual concordamos, de que se está perante uma desconsideração da personalidade jurídica, para efeitos fiscais, de uma entidade não residente em território português submetida a um regime fiscal mais favorável, permitindo, dessa forma, ao Estado português "levantar o véu"³⁷ da personalidade jurídica destas sociedades e tributar diretamente os seus lucros, pelo que o rendimento auferido pela entidade, dada a sua desconsideração, será considerado rendimento obtido pela sociedade mãe, tal como teria acontecido na ausência do abuso. Desta forma, a legitimidade e compatibilidade do art. 66º do CIRC com o sistema fiscal português fica assegurada.

Paralelamente ao seu objetivo e a este conjunto de componentes, as normas CFC possuem ainda alguns traços que as caracterizam: possuem um carácter excecional e uma finalidade de prevenir o abuso, sendo que estes estão intimamente interligados, na medida em que esta é excecional por não se aplicar a todos os casos, desde logo os casos em que não exista abuso, e, por seu turno, terá de estar presente o abuso para que seja de aplicar a norma.

O próprio Tribunal Internacional de Justiça, pronunciando-se a este respeito, vem afirmar que não se poderá tratar a existência de uma entidade como algo absoluto e, nesse contexto: “the process of “lifting the corporate veil” or “disregarding the legal entity” has been found justified and equitable in certain circumstances or for certain purposes ... the veil is lifted, for instance, to prevent the misuse of the privileges of legal personality, as in certain cases of fraud or malfeasance, to protect third persons such as a creditor or

³⁵ Conhecida como “*deemed dividend approach*” A este respeito: Rust, A. - “CFC Legislation and EC Law”, *Intertax* (2008) 493. No nosso ordenamento, adota esta posição o Professor Rui Morais, como exposto em: MORAIS, Rui (2005) - *Imputação de Lucros de Sociedades Não Residentes Sujeitas a um Regime Fiscal Privilegiado*, Universidade Católica.

³⁶ Neste sentido: Xavier, A. - “A tributação dos lucros de controladas e coligadas de empresas brasileiras no exterior e os tratados contra a dupla tributação”, *Revista de Finanças e Direito Fiscal*, 3 (2010), 11-43

³⁷ Sendo este entendimento também conhecido por “*piercing the veil approach*”.

purchaser, or to prevent the evasion of legal requirements or of obligations.”³⁸³⁹. Assim, sucintamente, aceita-se a desconsideração da personalidade jurídica para se protegerem valores mais altos e evitar-se o abuso.

A respeito das normas CFC, Rui Duarte Morais, entendendo que é necessária a existência de limites jurídicos às pretensões tributárias de carácter internacional de cada Estado, encontra a legitimidade destas normas no “efeito criador de Direito Internacional Público que tem a prática dos Estados, quando aceite por uma maioria representativa destes, pelas organizações internacionais, pela doutrina e jurisprudência”⁴⁰ e na medida em que estas visem obviar esquemas que frustrem a justa tributação. Contudo, este autor considera que, no âmbito destas normas, não se está perante um abuso do sujeito passivo, vindo apenas o legislador alargar o âmbito de incidência real das normas de tributação como forma de mitigar os efeitos negativos que decorrem desses comportamentos. Não partilhamos desta visão, uma vez que, no nosso entender, são utilizados mecanismos que o Direito prevê, como a criação de uma sociedade comercial, para um fim distinto daquele para o qual foram concebidos, designadamente o pagamento de um menor montante de imposto, e, nessa medida, existe o abuso.

Um outro fator a analisar, e que será igualmente relevante na comparação das CFC com a IIR, são os rendimentos que se encontram abrangidos pelas normas CFC, em especial, o caso do art. 66º do CIRC. Este é um tema que gerou alguma controvérsia, dada a Ação 3 do BEPS, destinada a fortalecer as normas CFC, dispor que as jurisdições eram livres para definirem a suas regras para definir o rendimento abrangido por estas normas. Assim, na atual redação do art. 66º, a imputação será feita ao lucro fiscal ou rendimentos da entidade não residente, calculado nos termos do CIRC⁴¹. Contudo, estes rendimentos verão o seu plano limitado, uma vez que, verificado o disposto no nº 7 do referido art., não será de aplicar a imputação à sociedade residente em Portugal, prevista no nº1. Assim, no caso de a soma dos rendimentos obtidos pela entidade não residente em Portugal ser proveniente de uma ou mais categorias previstas no art. (normalmente rendimentos

³⁸ Acórdão do Tribunal de Justiça Internacional, 5/02/1970, Barcelona Traction, Light and Power Company, Limitada (Bélgica v. Espanha), par. 56

³⁹ Ainda neste sentido, mas mais recentemente, vai a opinião da Advogada-Geral Juliane Kokott, nos seus comentários aos Acórdãos de 10 de fevereiro de 2022, “DuoDecad kft”, C-596/20, ECLI:EU:C:2022:91, nos par. 52-63; e 14 de novembro de 2019, “Dong Yang Electronics”, C-547/18, ECLI:EU:C:2019:976, par. 29-48.

⁴⁰ MORAIS, Rui (2005) - *Imputação de Lucros de Sociedades Não Residentes Sujeitas a um Regime Fiscal Privilegiado*, Universidade Católica, pág. 579-598.

⁴¹ Conforme disposto no art. 66º, nº2 do CIRC.

passivos⁴²) e essa soma não exceder os 25% do rendimento total obtido pela entidade, o nº do art. 66º do CIRC não se aplica. Por outras palavras, se pelo menos 75% do rendimento advier de fontes ativas que não se encontram previstas na lista, como, por exemplo, as vendas, não será acionada a regra CFC do nº1. Assim, em geral, no âmbito das normas CFC, alguns regimes aplicam-se apenas ao rendimento passivo ou ao rendimento de certas transações, enquanto outros incidem sobre todos os rendimentos da CFC se esta for maioritariamente passiva⁴³, ou relativamente perto disso, como o caso português.

Por sua vez, a IIR, embora possa partilhar de alguns dos suprarreferidos elementos característicos das normas CFC, difere num dos traços próprios que consideramos essenciais na sua classificação: a imprescindibilidade da existência de abuso, na medida em que o princípio da personalidade jurídica autónoma apenas poderá ser afastado em situações excecionais, designadamente as abusivas.

Por outro lado, no que ao tipo de rendimento diz respeito, o Pilar 2, e, nomeadamente, a IIR, leva em consideração rendimentos ativos, como o caso das vendas, sendo um outro fator que, face ao que expusemos supra, vem distinguir esta regra das normas CFC.

Desta forma, esta norma CFC vem, como o próprio nome indica, prevenir situações de abuso que visem a redução do imposto a pagar, tendo um objetivo que possui semelhanças com as motivações que estão na base de um limiar mínimo de tributação global, almejado pelo Pilar 2, porém, neste último, não há a presença de uma assunção de abuso e seria inteiramente aplicável⁴⁴.

A este respeito, importa ainda atentar no art. 4º do CIRC, e no art. 7º da CMOCDE.

O art. 4º do CIRC prevê que são tributadas em sede de IRC as pessoas coletivas com sede ou direção efetiva em território português e sobre a totalidade dos seus rendimentos, incluindo-se os obtidos fora de Portugal. Contudo, quanto às entidades que não tenham sede nem direção efetiva em território português, apenas poderão ser tributadas pelos rendimentos aqui obtidos.

⁴² Sendo que estão em causa, entre outros: rendimentos provenientes de Royalties e outros de propriedade intelectual; dividendos e de alienação de partes e capital; de operações próprias da atividade bancária e seguradora; e juros.

⁴³ Neste sentido: Hey J. – “Guest Editorial: The 2020 Pillar Two Blueprint: What Can the GloBE Income Inclusion Rule Do That CFC Legislation Can’t Do”, *Intertax*, 49 (2021) 7-13.

⁴⁴ Uma vez que o art. 66º, nº14 do CIRC prevê, para conformidade com o Direito da União, que o mecanismo não se aplica no caso de a entidade não residente no território português for residente em outro estado membro da UE, ou do Espaço Económico Europeu verificado os restantes requisitos para este último caso.

Por seu turno, o art. 7º da CMOCDE dispõe que os lucros de uma empresa de um Estado contratante apenas são tributáveis nesse Estado, a menos que a empresa aí exerça a sua atividade através de um estabelecimento estável, sendo tributada apenas quanto à parte a ele imputável. Para além disso, dispõe ainda o art. 10º, nº 5 do mesmo diploma que, no caso de uma determinada sociedade, residente de um Estado contratante, obter lucros ou rendimentos provenientes do outro Estado contratante, esse outro Estado não poderá exigir nenhum imposto sobre os dividendos pagos pela sociedade (nem no caso de os lucros não serem distribuídos), ainda que os dividendos pagos ou os lucros não distribuídos consistam, total ou parcialmente, em lucros ou rendimentos provenientes desse outro Estado.

Ora, no caso da norma CFC patente no art. 66º do CIRC, pode considerar-se que estamos perante uma desconsideração da personalidade jurídica, espoletada por uma situação de abuso e, dessa forma, que o rendimento se considera como sendo obtido pela empresa residente no território português. Seguindo este raciocínio, chegamos a uma conformidade com o referido art. 4º, dado que se está a tributar rendimento que, para o efeito, se tem como obtido por uma sociedade residente em Portugal.

Contudo, no caso da IIR, não nos parece ser de aplicar exatamente o mesmo raciocínio, na medida em que não há a referência e este específico panorama de abuso que permite o pagamento de um menor montante de imposto. Não negamos a existência de situações que, em geral, são abusivas e que estão na base das preocupações do Pilar 2, contudo não julgamos que, em todos os casos, o imposto adicional que é pago pela sociedade mãe é sobre um rendimento que seria seu, na ausência de abuso, como sucede na lógica apresentada para o art. 66º, pelo que consideramos que esta explicação não é totalmente satisfatória, sobretudo tendo em conta que no nosso sistema vigora um princípio da legalidade absoluto em matéria fiscal, pelo que não se poderia presumir um abuso geral que abarcasse toda e qualquer situação.

Outras posições relativas à IIR

Adicionalmente, há, ainda, quem encontre uma explicação inspirando-se no sistema brasileiro de inclusão total, onde não há esta necessidade de estarmos perante uma situação abusiva, pelo que, independentemente do abuso, a entidade-mãe registaria nos lucros e perdas a variação patrimonial derivada do investimento na filial estrangeira, esta é uma solução que permite considerar o rendimento como sendo da entidade de outra jurisdição sujeita a um regime fiscal mais favorável, mas que se poderá considerar incluído e refletido na sociedade-mãe final, sendo que se originaria uma dupla tributação económica.

Assim, neste enquadramento, há quem entenda⁴⁵, a nosso ver corretamente, que este mecanismo resultará numa imprecisão, uma vez que imputar o rendimento da subsidiária à entidade-mãe final, não significa necessariamente a sua tributação, na medida em que, supondo um cenário onde esta entidade não tem lucros, mas sim perdas, o rendimento alocado será compensado por essas perdas. Portanto, ao aplicar o imposto adicional à entidade-mãe final pode estar a tributar-se rendimento que, na verdade, não seria tributado em circunstâncias de alocação normais, havendo uma frustração, por excesso, da pretensão de justa tributação.

Desta feita, a nova redação do Pilar 2, de 2021, constante do art. 2.1, e que foi seguida pela Diretiva no seu art. 9º, vem dispor que, em sede do imposto adicional relativo à IIR, a entidade mãe deverá pagar a parte desse imposto adicional relativamente ao exercício fiscal que lhe seja atribuível, e na medida da proporção do interesse de propriedade da entidade-mãe no rendimento admissível da entidade constituinte sujeita a baixa tributação.

Desta forma, o texto da norma da Diretiva (bem como o do GloBE) diz-nos que o montante é devido (e, portanto, deve de ser pago) pela entidade-mãe, e que respeita à entidade constituinte sujeita a baixa tributação, pelo que há autores que entendem que é esta entidade constituinte que faz nascer o facto tributário, gerador do imposto, portanto será este o sujeito passivo da relação jurídico tributária, assumindo a entidade-mãe uma posição de mero cobrador do imposto e sendo por ele responsável.

⁴⁵ Como o caso de Pedro Schoueri e Ricardo Junior em: Junior, R., Schoueri, P., “Who is the “taxpayer” for the IIR and why it does matter”, Kluwer International Tax Blog, 16/08/2022. https://kluwertaxblog.com/2022/08/16/who-is-the-taxpayer-for-the-iir-and-why-it-does-matter/#_ftnref10, consult. em 15/02/2024.

Ora, se na justificação anteriormente mencionada nos parecia haver dúvidas quanto à legitimidade na tributação, mormente relacionadas com o carácter de abuso, nesta há um agravamento destas.

No panorama do Direito internacional, desde logo por via do referido art. 7º da CMOCDE, existe uma ideia consensual, inerente às pretensões de soberania tributária dos Estados, de que terá de haver um “*nexus*”, isto é, alguma ligação, nomeadamente física, entre o Estado que pretende tributar, e a sociedade ou rendimento tributado, por razões óbvias, pelo que uma sociedade que não seja residente num determinado Estado só poderá ser por este tributado no caso de aí possuir um estabelecimento estável (com os requisitos e problemas que esta questão suscita).

A lógica subjacente a este entendimento é a de alcançar uma equidade no Direito fiscal internacional, ligada ao consenso existente sobre a repartição dos créditos fiscais, que se baseia no princípio da "fidelidade económica" entre uma pessoa e/ou um rendimento, e o Estado que exerce a sua jurisdição fiscal.⁴⁶ Para além disso, apontam-se, ainda, razões de ordem prática, dadas as dificuldades de, no passado, se aplicarem as regras fiscais em relação a um contribuinte ou a um rendimento na ausência de uma ligação suficiente com o Estado que impõe o imposto, devido à falta de mecanismos internacionais de aplicação da lei e que visassem a obtenção de informações sobre o contribuinte e comunicação entre Estados, contudo, é certo que estas razões, nos dias de hoje e no que ao Pilar 2 diz respeito, já não se verificam.

De igual forma, o referido art. 10º, nº 5 da CMOCDE também nos parece ser colocado em causa, na medida em que colocar em prática a taxa adicional da IIR, tributando-se rendimentos obtidos por uma sociedade localizada em outro Estado parece-nos ir contra o princípio aqui patenteado, na medida em que são cobrados impostos por um Estado, sobre lucros não distribuídos obtidos por uma sociedade não residente nesse Estado.

No sentido de clarificar o acima referido, achamos pertinente expor um exemplo⁴⁷ simples de um grupo multinacional: consideremos que a multinacional é constituída por três entidades, em três Estados distintos (A, B e C), a sociedade-mãe A, tributada a uma

⁴⁶ Como exposto em: Debelva, F., De Broe L. - “Article: Pillar 2: An Analysis of the IIR and UTPR from an International Customary Law, Tax Treaty Law and European Union Law Perspective”, *Intertax*, 50, (2022), Issue 12, págs. 898-906.

⁴⁷ À semelhança do exposto em: Debelva, F., De Broe L. - “Article: Pillar 2: An Analysis of the IIR and UTPR from an International Customary Law, Tax Treaty Law and European Union Law Perspective”, *Intertax*, 50, (2022), Issue 12, pág. 899.

taxa normal, a sociedade-filha B, tributada a uma taxa reduzida de 10%, e a sociedade-filha C, tributada a uma taxa normal. Assim, a sociedade B possui uma taxa de tributação efetiva (calculada de acordo com o previsto no Pilar 2) 5% inferior à taxa mínima de 15%. Ora, de acordo com o mecanismo do Pilar 2, contando que o Estado B não aplica um QDMTT, terá de ser imposta uma taxa de 5% aos lucros da sociedade B por uma das entidades do grupo: à sociedade A, como sociedade-mãe, iria ser aplicada a IIR e, caso tal não sucedesse, a sociedade C deveria de pagar o montante adicional, em sede da UTPR, caso o Estado tivesse implementado a regra.

Partindo do pressuposto que todo os Estados em causa são parte em convenções sobre a dupla tributação que respeitam o art. 7º da CMOCDE, o resultado parece-nos evidente: na ausência de um estabelecimento estável, quer o Estado A, quer o Estado C estariam a ir contra o art. 7º, nº1, 1ª parte da CMOCDE ao aplicarem as respetivas regras, olhando para o art. 7º, nº1, 2ª parte do mesmo diploma, o mesmo seria de aplicar, com as devidas alterações, no caso dos estabelecimentos estáveis sujeitos a baixa tributação. Como já exposto, poderia, adicionalmente, haver um conflito com o art. 10º, nº 5 da CMOCDE, porquanto estariam a ser tributados rendimentos obtidos por uma sociedade localizada em outro Estado.

Todavia, tal incompatibilidade seria possível de evitar, nomeadamente através da inclusão da cláusula de salvaguarda do art. 1º, nº3 da CMOCDE, porém, poucos são os Estados que, atualmente, a incluem nas convenções sobre a dupla tributação que celebram⁴⁸.

Face ao exposto, a forma como se encontra escrito o texto da Diretiva e do Pilar 2 parece-nos contrariar precisamente esta ideia, o que implicaria uma necessária alteração das convenções sobre a dupla tributação celebradas, para que fosse possível tornar este entendimento compatível. Compreendemos que o GloBE, não só, mas também, surgiu como um meio para colmatar algumas das deficiências trazidas pelo conceito de estabelecimento estável, contudo, não nos parece que, desde logo, a linguagem utilizada fosse a mais feliz, isto pelo entendimento a que pode dar aso e que acabamos de referir.

Numa análise mais radical, podemos equacionar que, se o GloBE for aplicável tal qual, sem nenhuma alteração nos restantes tratados internacionais, tal implicaria necessariamente, reduzindo ao absurdo, que os países de todo o mundo pudessem sujeitar

⁴⁸ Como referido em: Debelva, F., De Broe L. - “Article: Pillar 2: An Analysis of the IIR and UTPR from an International Customary Law, Tax Treaty Law and European Union Law Perspective”, *Intertax*, 50, (2022), Issue 12, pág. 904.

a IRC qualquer entidade do grupo tributável sobre os lucros mundiais da empresa multinacional em questão, e, na verdade, sobre qualquer base tributável arbitrariamente fundada ou sobre qualquer base de incidência fiscal, sem qualquer restrição ao abrigo das convenções fiscais celebradas (excetuando-se os lucros obtidos por um estabelecimento estável estrangeiro)⁴⁹.

Da mesma forma, no plano nacional, consideramos haver uma incongruência entre esta interpretação face ao texto da diretiva e, desde logo, o já mencionado art. 4º e art. 2º do CIRC, pois também aqui há um rompimento da lógica de que apenas se podem tributar os rendimentos que possuam alguma conexão com o território português, ainda que estes sejam obtidos numa outra jurisdição, na ausência de estabelecimento estável, terá a sociedade comercial de ter sede ou direção efetiva em território nacional, pelo que aplicar a IIR à sociedade-mãe aqui estabelecida relativamente a rendimentos obtidos fora do território nacional, por uma outra sociedade sediada igualmente fora de Portugal, é fugir em demasia ao que a nossa legislação prevê. Isto sem ter em linha de conta o imperativo constitucional patente no art. 104º, nº 2 da CRP, que viria ainda agravar a questão, uma vez que obriga a tributar o rendimento real obtido pela sociedade alvo de tributação, e, novamente, no caso em apreço, não nos parece que o rendimento sobre o qual incide a IIR faz parte do rendimento real da sociedade que será tributada em Portugal.

Em boa verdade, para além das questões relativas à legislação, é possível ir-se ainda mais longe e questionar a própria noção de jurisdição, na medida em que o Estado português estaria a tributar rendimento que seria pertencente a outra jurisdição, para o colocar em evidência, o Professor Luís Schoueri⁵⁰ utilizou um exemplo onde questionou aos seus alunos se o Brasil poderia cobrar um imposto sobre a Casa Branca, por absurda que possa parecer, a questão deixa claro que tal não poderá suceder, desde logo, pelo facto de o Brasil não possuir jurisdição sobre a Casa Branca, pelo que não é necessária qualquer norma ou tratado que o diga explicitamente⁵¹.

Portanto, como exposto, a nossa preocupação reside no facto de ser questionável a legitimidade do Estado português em aplicar a IIR a uma sociedade-mãe final que,

⁴⁹ Neste sentido: Wilde, M., “Why Pillar Two Top-Up Taxation Requires Tax Treaty Modification”, Kluwer International Tax Blog, 01/12/2022. <https://kluwertaxblog.com/2022/01/12/why-pillar-two-top-up-taxation-requires-tax-treaty-modification/>, consult. em 22/02/2024.

⁵⁰ Como exposto em: Junior, R., Schoueri, P., “Who is the “taxpayer” for the IIR and why it does matter”, Kluwer International Tax Blog, 16/08/2022. https://kluwertaxblog.com/2022/08/16/who-is-the-taxpayer-for-the-iir-and-why-it-does-matter/#_ftnref10, consult. em 15/02/2024.

⁵¹ Contudo, tal não obsta ao facto de a questão da necessidade de um “*nexus*” encontrar a sua origem nas regras de direito internacional público em matéria de competência, e ter atingido o estatuto de direito internacional consuetudinário.

embora aqui seja residente, não possui uma conexão suficientemente forte com o rendimento que se pretende tributar, há um afastamento entre o ordenamento jurídico português e o rendimento sobre o qual incide o imposto adicional, quer pelo facto de a sociedade que efetivamente auferir o rendimento não possuir uma ligação ao nosso território baseada numa sede ou direção efetiva; quer por aqui não possuir um estabelecimento estável.

Contudo, por outro prisma, compreendemos que se possa olhar para um grupo multinacional de empresas como um todo coeso, e, nessa medida, acabar por não ser tão relevante a concreta entidade cujo rendimento será tributado. Tem sido tendência e entendimento relativamente pacífico da doutrina que deverá haver um esbatimento das diferenças entre uma determinada sociedade que, por razões de mera gestão, que visem otimizar a obtenção de lucro, opte por ser apenas uma só sociedade de grande dimensão; e aquela que prefira especializar-se e subdividir-se em diferentes pessoas jurídicas, utilizando os mecanismos que a lei prevê para tal, pelo que poderá organizar-se da forma que considerar ser-lhe mais benéfica, sem que o Direito Fiscal constitua um fator preponderante nessa decisão.

Porém, as normas constantes da Diretiva, bem como do Pilar 2, possuem um claro enfoque nas diferentes entidades que constituem o grupo, abordando o tratamento individualizado de cada uma delas, o que naturalmente enfraquece esta abordagem do grupo como uma unidade.

Em suma, as posições que foram adotadas relativamente à aplicação da IIR não nos parecem coadunar-se totalmente com o atual panorama do Direito Fiscal português, tanto no plano nacional, como internacional. Na primeira hipótese referida, onde se encontra sustento nas normas CFC, temos dúvidas quanto à necessidade e existência do abuso. Na nova visão de 2021, onde a sociedade-mãe final atua como mero cobrador do imposto, as nossas objeções vão mais no sentido da falta de legitimidade do Estado português em tributar rendimento com o qual possui uma questionável conexão, bem como quanto à sua compatibilidade com as convenções sobre a dupla tributação celebradas.

Compatibilização do Pilar 2 com o atual Direito Internacional

Face às potenciais incompatibilidades que mencionamos, resta-nos encontrar os prováveis cenários que poderão ter lugar, e que vêm solucionar a questão.

Primeiramente, existe a possibilidade de o Pilar 2 se tornar num tratado internacional, pelo que o problema da necessidade de existência de um “*nexus*” na tributação ficaria resolvido por via da aplicação da regra da lei posterior que revoga a lei anterior, na medida em que, optando os Estados por se afastarem de uma regra consuetudinária, como o caso da regra do “*nexus*” que acabamos de referir⁵², através da celebração de um tratado, este irá prevalecer, dado o facto de o art. 38º do Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça vir colocar no mesmo patamar, na ordem hierárquica, o costume internacional e os tratados internacionais. Assim, uma vez que, de acordo com o art. 53º da Convenção de Viena Sobre o Direito dos Tratados, uma norma de um tratado internacional posterior pode apenas ser revogada por direito internacional “*jus cogens*”, e dado não nos parecer ser o caso⁵³, prevaleceria o Pilar 2.

Contudo, como já mencionamos, o Pilar 2 constitui uma regra de “*soft law*”, isto é, tem carácter de recomendação, pelo que não se poderá considerar um tratado internacional, e, nessa medida, parece-nos que deverá prevalecer o referido requisito do “*nexus*”.

De seguida, é relevante mencionar a possibilidade de o Pilar 2 formar uma nova norma de direito internacional consuetudinário, contando que haja uma prática generalizada e reiterada deste, acompanhada da convicção, por parte dos Estados, de que possuem a obrigação de respeitar a regra em questão. Obviamente que será algo que só se equacionará para Estados fora da União Europeia, na medida em que estes se encontram sujeitos à já referida Diretiva 2022/2523, e que se veem obrigados a transpor para os respetivos ordenamentos nacionais.

Assim, nesta hipótese, atualmente, parece-nos não estarem preenchidos os necessários requisitos, cumulativos, para que se possa estar perante um costume.

⁵² No sentido de esta ser considerada uma regra consuetudinária: KOKOTT, Juliane, PISTONE, Pasquale (2022) - *Taxpayers in International Law*. 1ª ed., referidos em nota de rodapé em: Debelva, F., De Broe L. - “Article: Pillar 2: An Analysis of the IIR and UTPR from an International Customary Law, Tax Treaty Law and European Union Law Perspective”, *Intertax*, 50, (2022), Issue 12, pág. 898.

⁵³ E, neste sentido: Debelva, F., De Broe L. - “Article: Pillar 2: An Analysis of the IIR and UTPR from an International Customary Law, Tax Treaty Law and European Union Law Perspective”, *Intertax*, 50, (2022), Issue 12, pág. 904.

Em primeiro lugar, embora o BEPS 2.0 conte com cerca de 140 países, e assumindo que todos eles aplicariam o Pilar 2, preenchendo o requisito da generalidade, quanto à exigência de reiteração parece-nos ainda não estar verificada. Para além disso, a própria convicção de obediência a uma regra jurídica fica bastante abalada, na medida em que, como exposto supra, o Pilar 2 possui força de “*common approach*”, pelo que não consideramos que se esteja perante um costume.

No que toca à Diretiva, a questão tem que ver, novamente, com a hierarquia das normas de direito internacional, especialmente no que toca ao Direito da União Europeia.

A este respeito, há que ter em linha de conta que os Estados-Membros não poderão invocar o direito internacional geral para se esquivarem de aplicar o Direito da União⁵⁴, pelo que, após a Diretiva, estes são obrigados, como dito, à sua aplicação.

Por um lado, há quem considere que de um ponto de vista internacional, os tratados da UE, nomeadamente o TUE e o TFUE, são tratados internacionais para o efeito, nessa medida, sendo a Diretiva derivada desta lei primária, o resultado seria o mesmo, pelo que, para esta hipótese, vale o que afirmamos no sentido da regra da lei posterior, que revoga a lei anterior, dessa forma, o Pilar 2 seria aplicado tal qual, e a exigência do “*nexus*” desconsiderada.

Por outro, há quem não concorde com a posição anterior, uma vez que o próprio TJUE já se pronunciou mais do que uma vez a este respeito, tendo afirmado que: “Cabe recordar que, como resulta do artigo 3.º, n.º 5, TUE, a União contribui para a rigorosa observância e o desenvolvimento do direito internacional⁵⁵. Por conseguinte, quando adopta um acto, é obrigada a respeitar o direito internacional na sua totalidade, incluindo o direito internacional consuetudinário que vincula as instituições da União...”⁵⁶. Ou seja, nesta linha de entendimento, o Pilar 2 deveria de respeitar a exigência do “*nexus*” e, não o fazendo, não poderia ser válido⁵⁷.

⁵⁴ Neste sentido: See L. De Broe, How to Resolve Conflicts Between Secondary Union Law and Tax Treaties?, in Building Global International Tax Law – Essays in Honour of Guglielmo Maisto 483 ff. (P. Pistone ed., IBFD 2022), citado em nota de rodapé em: Debelva, F., De Broe L. - “Article: Pillar 2: An Analysis of the IIR and UTPR from an International Customary Law, Tax Treaty Law and European Union Law Perspective”, *Intertax*, 50, (2022), Issue 12, pág. 904.

⁵⁵ A este respeito, entende-se direito internacional num sentido amplo, e não apenas as normas “*jus cogens*”, pelo que o costume internacional se encontra abrangido.

⁵⁶ Transcrito do acórdão de 21/12/2011, “Air Transport Association of America”, C-366/10, ECLI:EU:C:2011:864, par. 101. No mesmo sentido, ver Acórdãos de 24/12/1992, “Anklagemindigheden v. Poulsen and Diva Navigation”, C-286/90, ECLI:EU:C:1992:453, p. 9-10; de 16/06/1998, “Racke v. Hauptzollamt Mainz”, C-162/96, ECLI:EU:C:1998:293, de 3/09/2008, “Kadi and Al Barakaat International Foundation v. Council and Commission”, C-402/05 P e C-415/05 P, ECLI:EU:C:2008:461, p. 291.

⁵⁷ Contando que não haja uma nova regra internacional a esse respeito, ou tratado internacional, à luz do referido art. 38º.

A solução que nos parece inequivocamente adequada a resolver este problema teórico é a criação de um tratado internacional, uma vez que esse iria possuir força de lei e resolver definitivamente a questão do “*nexus*”.

Conclusão

Com as inovações tecnológicas, advieram desafios que o Direito Fiscal internacional se viu obrigado a ultrapassar, nomeadamente, combater planeamentos fiscais agressivos. Neste âmbito, surge-nos o Pilar 2, onde se encontra o projeto GloBe da OCDE, visando uma tributação mínima global de 15%, através de um conjunto de regras a implementar tanto pelo Estado de residência, como pelo Estado da fonte.

Este Pilar não possui força de lei, sendo auto-qualificado como “*soft law*”, porém a UE veio, por seu turno, a consagrar numa Diretiva as regras e objetivos nele previstos, essa sim, vinculativa para os Estados-Membros que têm a obrigação de a transpor.

Contudo, parece-nos ser difícil de compatibilizar, tal qual se encontram, as regras do Pilar 2, com o atual panorama de Direito nacional, e, sobretudo, internacional, no plano teórico, dada a existência da necessidade de um “*nexus*” entre a sociedade ou rendimento a ser tributado, e o Estado que o tributa, pelo que, a adoção de um tratado internacional multilateral se afigura como uma solução adequada a resolver o problema.

Bibliografia

- ABREU, Pedro (2022) - *A tributação dos rendimentos derivados do digital a experiência das digital services taxes*, Dissertação do mestrado em Ciências Jurídico Políticas/Menção em Direito Fiscal. Coimbra, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
- ALVES, Filipe Domingues Cerqueira (2022) - *Justiça fiscal internacional e tributação de lucros de grupos multinacionais*, Tese de doutoramento em Direito. Porto, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.
- Avi-Yonah, R., Kim, Y., Sam, K. – “A New Framework for Digital Taxation”, *Harvard International Law Journal*, 63 (2022), 279-341
- BEHRENDT, L., “Pillar Two - Top-Up Tax Calculation in Five Steps” 15/Out/2022. <https://wts.com/global/publishing-article/20221015-pillar-two-top-up-tax-calculation-in-five-steps~publishing-article?language=en>, consult. em 20/11/2023
- Debelva, F., De Broe L. - “Article: Pillar 2: An Analysis of the IIR and UTPR from an International Customary Law, Tax Treaty Law and European Union Law Perspective”, *Intertax*, 50, (2022), Issue 12
- Dietrich, M., Golden, C. – “Consistency versus “Gold Plating”: The EU Approach to Implementing the OECD Pillar Two”, *Bulletin for International Taxation*, 76 (2022)
- HADNUM L., “Pillar Two GloBE Rules: Summary”, 2024. <https://oecdpillars.com/pillar-tab/overview/>, consult. 18/11/2023
- Hey J. – “Guest Editorial: The 2020 Pillar Two Blueprint: What Can the GloBE Income Inclusion Rule Do That CFC Legislation Can’t Do”, *Intertax*, 49 (2021) 7-13.

- JORGE, P. A., “Ano novo, Diretiva nova. A Tributação dos Grandes Grupos Multinacionais”, 25/jan/2023. <https://eco.sapo.pt/opiniao/ano-novo-diretiva-nova-a-tributacao-dos-grandes-grupos-multinacionais/>, consult. em 6/11/2023
- Júnior, R. A., - “The Single Top-Up Tax Principle: Justification, Content and Functions upon the Design of QDMTTs”, *World Tax Journal*, 15 (2023)
- Júnior, R., Schoueri, P., “Who is the “taxpayer” for the IIR and why it does matter”, Kluwer International Tax Blog, 16/08/2022. https://kluwertaxblog.com/2022/08/16/who-is-the-taxpayer-for-the-iir-and-why-it-does-matter/#_ftnref10, consult. em 15/02/2024
- MAGALHÃES, Martim (2020) - *O Projeto GloBE da OCDE e a sua interação com as regras portuguesas em matéria de tributação do rendimento*, Dissertação de mestrado em Direito Fiscal. Porto, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa
- Marsit, S. - IBFD-FIT Silver Jubilee Taxation Conference; OECD; G20 - FIT-IBFD Conference: Day 3 – Session 2: Pillar Two – Selected Issues, News IBFD (2021)
- MORAIS, Rui (2005) - Imputação de Lucros de Sociedades Não Residentes Sujeitas a um Regime Fiscal Privilegiado, Universidade Católica, pág. 579-598.
- MORAIS, Rui, “Sobre a noção de «cláusulas anti-abuso» em direito fiscal” in *Estudos jurídicos e económicos em homenagem ao Prof.º Doutor António de Sousa Franco*, vol.III, 2006, Coimbra Editora, Coimbra
- OECD (2013), Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting, OECD Publishing. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264202719-en>
- OECD (2019), Programme of Work to Develop a Consensus Solution to the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy, OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS, OECD, Paris, www.oecd.org/tax/beps/programme-of-

[work-to-develop-a-consensus-solution-to-the-tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy.htm](https://www.oecd.org/tax/beps/work-to-develop-a-consensus-solution-to-the-tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy.htm)

- OECD (2020), Tax Challenges Arising from Digitalisation – Report on Pillar One Blueprint: Inclusive Framework on BEPS, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/beba0634-en>
- OECD (2021), Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy – Global Anti-Base Erosion Model Rules (Pillar Two): Inclusive Framework on BEPS, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/782bac33-en>
- OECD (2022), Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy – Commentary to the Global Anti-Base Erosion Model Rules (Pillar Two), OECD, Paris, <https://www.oecd.org/tax/beps/tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy-global-anti-base-erosion-model-rules-pillar-two-commentary.pdf>.
- OECD (2022), Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy – Commentary to the Global Anti-Base Erosion Model Rules (Pillar Two), First Edition: Inclusive Framework on BEPS, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/1e0e9cd8-en>
- OECD (2023), Minimum Tax Implementation Handbook (Pillar Two), OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD, Paris, <https://www.oecd.org/tax/beps/minimum-tax-implementation-handbook-pillar-two.pdf>
- OECD (2023), Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy – Administrative Guidance on the Global Anti-Base Erosion Model Rules (Pillar Two), December 2023, OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS, OECD, Paris, <http://www.oecd.org/tax/beps/administrative-guidance-global-antibase-erosion-rules-pillar-two-december-2023.pdf>

- OECD Secretariat, “The Subject to Tax Rule in a Nutshell”, 07/2023.
<https://www.oecd.org/tax/beps/pillar-two-subject-to-tax-rule-in-a-nutshell.pdf>,
consult. em 25/11/2023

- Oguttu, A. W., - “Preventing International Tax Competition and the Race to the Bottom: A Critique of the OECD Pillar Two Model Rules for Taxing the Digital Economy – A Developing Country Perspective”, *Bulletin for International Taxation*, 76 (2022)

- Pinto, R. A. – “A Diretiva (UE) 2022/2523 relativa à fixação de um nível mínimo mundial de tributação para os grupos multinacionais e seu alinhamento ao princípio da capacidade contributiva no ordenamento jurídico português”, *Revista Electrónica de Direito*, nº2 (vol. 31) (2023)

- “Questions and Answers on Minimum corporate taxation”, 22/12/2021,
https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/qanda_21_6967, consult.
em 20/12/2023

- Rust, A. - “CFC Legislation and EC Law”, *Intertax* (2008) 493

- SANTOS, Marta Catarina (2018) - Confrontação da regra CFC do art.º 66 do CIRC com as Recomendações da Ação 3 do BEPS, Mestrado em Direito e prática jurídica de Direito Fiscal e Financeiro. Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

- See L. De Broe, How to Resolve Conflicts Between Secondary Union Law and Tax Treaties?, in *Building Global International Tax Law – Essays in Honour of Guglielmo Maisto* 483 ff. (P.Pistone ed., IBFD 2022)

- Wilde, M., “Why Pillar Two Top-Up Taxation Requires Tax Treaty Modification”, *Kluwer International Tax Blog*, 01/12/2022.
<https://kluwertaxblog.com/2022/01/12/why-pillar-two-top-up-taxation-requires-tax-treaty-modification/>, consult. em 22/02/2024

- Wilde, M.F., Than, Y. – “Pillar Two and the Transitional Rule for Intra-Group Asset Transfers”, *Bulletin for International Taxation*, 77 (2023)

- Xavier, A. - “A tributação dos lucros de controladas e coligadas de empresas brasileiras no exterior e os tratados contra a dupla tributação”, *Revista de Finanças e Direito Fiscal*, 3 (2010), 11-43