



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

Exclusão com Base na Substância no Pilar 2

Desconformidades entre Texto e Ratio da Norma

Tiago Miguel de Almeida Morgado

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2024



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

Exclusão com Base na Substância no Pilar 2

Desconformidades entre Texto e Ratio da Norma

Tiago Miguel de Almeida Morgado

Orientador: João Félix Pinto Nogueira

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2024

Resumo

A presente dissertação visa analisar a exclusão com base na substância positivada no âmbito do Pilar 2 nomeadamente no campo legislativo da UE.

Para tal a dissertação é dividida em duas partes essenciais. Numa primeira fase, visa proceder à interpretação dinâmica da norma, analisando o elemento literal, o elemento teleológico e o elemento histórico e procura desvendar a *ratio* da norma. Numa segunda fase, tendo em conta a *ratio*, este estudo tem como intuito averiguar se a norma abrange todas as atividades económicas com substância ou não, procurando na verdade apurar se há uma simetria precisa entre o âmbito da norma e as atividades económicas visadas pelo Pilar 2 em geral e em particular por esta exclusão com base na substância (“*carve-out*”).

Finalmente, são sumariadas conclusões sobre a análise empreendida.

Palavras-chave: substância, Pilar 2, *ratio*, atividades económicas.

Abstract

This thesis aims at analyzing the carve-out enshrined in Pillar 2, mainly within the EU legal framework.

For that purpose, this thesis is divided in two parts. In a first part, the thesis aims at conducting a dynamic interpretation of the provision, by analyzing its text, the *rationale*, and its history e aims at finding out the *rationale*. In a second part, this paper aims at analyzing whether the provision with regard to the carve-out encompasses all economic activities with substance or not and finding in fact if there is an exact symmetry between the scope of such provision and the economic activities targeted by the Pillar 2 in general and by this carve-out in particular.

Finally, the conclusions of this analysis are summarized.

Key-words: substance, Pillar 2, rationale, economic activities.

Índice

Índice	6
Lista de Siglas e Abreviaturas	7
1. Introdução.....	8
1.1 Hipótese de Investigação	8
1.2 Delimitação do Objeto de Estudo	8
1.3 Justificação Metodológica	9
1.4 Itinerário.....	9
2. EXCLUSÃO COM BASE NA SUBSTÂNCIA: INTERPRETAÇÃO INTEGRADA DA NORMA.....	11
2.1 O sentido literal e contextual da norma	11
2.1.1 Introdução.....	11
2.1.2 Massa salarial	11
2.1.3 Funcionários elegíveis.....	12
2.1.2 Ativos fixos tangíveis.....	14
2.3 Critérios teleológico-objetivos.....	15
2.4 Ponderações do legislador histórico.....	19
3 EXCLUSÃO COM BASE NA SUBSTÂNCIA: OBSERVAÇÃO CRÍTICA	21
3.1 Os fatores do carve-out e o princípio da fonte: razão de ordem	21
3.2 O carve-out como expressão de elementos de conexão objetivos	21
3.3 Antinomia concetual do carve-out	23
3.2.1 Os elementos da fórmula (análise estrutural).....	23
3.2.2 A substância (análise funcional)	26
4. Conclusões.....	29
5. Bibliografia.....	31

Lista de Siglas e Abreviaturas

Al.	Alínea
Art.	Artigo
BEPS	Base Erosion and Profit Shifting (“Erosão da Base e Transferência de Lucros”)
Cfr.	Conferir
Coord.	Coordenação
EUA	Estados Unidos da América
n.º	número
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico
p.	página
pp.	páginas
segs.	seguintes
TFUE	Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
UE	União Europeia
Vol.	Volume

1. Introdução

1.1 Hipótese de Investigação

A presente dissertação propõe-se a responder à seguinte questão: a formulação da exclusão com base na substância (abreviadamente, “*carve-out*”) ínsita no artigo 28.º da Diretiva (UE) 2022/2523 (doravante “Diretiva”) é adequada à prossecução das suas finalidades?

1.2 Delimitação do Objeto de Estudo

A redação da hipótese de investigação tematiza o objeto deste estudo quando se refere ao *carve-out* previsto no artigo 28.º da Diretiva e ao planeamento fiscal que nesse contexto poderá surgir. Ou seja, o objeto da dissertação tem como ponto de partida a formulação do artigo 28.º da Diretiva, circunscrevendo-se positivamente à análise do *carve-out*, em especial à interação entre o seu texto e o seu *rationale*, e do potencial planeamento fiscal emergente a partir desta norma.

Delimitamos negativamente o objeto da dissertação ao não abordar a *Income Inclusion Rule* (IIR), a *undertaxed payments rule* (UTPR) e a *subject to tax rule* (STTR). Optamos, assim, por não incluir no objeto temas relacionados com o âmbito subjetivo e objetivo das regras GloBE e da Diretiva (exceto aqueles conexos ao *carve-out*), com as diretivas anti-elisão fiscal, nomeadamente – mas sem exaustividade – as Diretivas (UE) do Conselho, 2016/1165, 2016/1164 de 12 de julho de 2016¹ e 2017/952 de 29 de maio de 2017² que altera a Diretiva (UE) 2016/1164.

Excluimos igualmente do âmbito da dissertação os regimes de troca automática de informações em matéria fiscal, qualquer relatório ou estudo preparado no quadro da iniciativa BEPS e os temas ligados a incentivos fiscais e à compatibilização da Diretiva, e em particular do seu artigo 28.º, com as regras do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas (IRC). Isto porque pretendemos analisar o regime substantivo internacional e não a sua correta transposição para o ordenamento jurídico português e não visamos abarcar o modo de operacionalização administrativa deste mecanismo jurídico que subjaz de algum modo à troca de informações em matéria fiscal.

¹ Diretiva ATAD I.

² Diretiva ATAD II.

Mantemos, ainda e por fim, fora deste escopo o exame do *revaluation model*, *intercompany transaction* e *self-constructed assets* ou quaisquer modelos e métodos de cálculo de depreciação de ativos fixos, assim como quaisquer questões relacionadas com o Sistema de Normalização Contabilística (SNC), com os *International Accounting Standards* (IAS) ou com os *International Financial Reporting Standards* (IFRS).

1.3 Justificação Metodológica

A delimitação do objeto proposta isola no âmago deste estudo a interpretação do artigo 28.º da Diretiva, particularmente da sua incidência objetiva.

Para efeitos deste exercício, partimos do sentido literal e do contexto significativo da norma jurídica para, seguidamente, confrontar estes elementos com critérios teleológico-objetivos e ponderações do legislador histórico, averiguando se estes elementos apontam, ou não, na mesma direção. Com efeito, o intérprete “precisa de conhecer a linguagem da lei e o contexto de regulação em que a norma de encontra”, pois tal “limita também, ao mesmo tempo, as respostas possíveis”³, delimitando “o campo em que se leva a cabo a ulterior atividade do intérprete”⁴.

Cada ângulo de interpretação é sustentado pela análise doutrinal e jurisprudencial pertinente e por documentos emanados pela UE e pela OCDE.

1.4 Itinerário

A dissertação apresenta uma estrutura bipartida quanto ao seu conteúdo, aduzindo argumentações e posicionamentos jurídicos nos capítulos 2 e 3. Estes dois capítulos apresentam uma abordagem predominantemente analítica.

O capítulo 2 parametriza a interpretação do artigo 28.º da Diretiva, desdobrando-se em cinco secções, quatro referentes a cada um dos elementos da interpretação selecionados e a quinta dedicada aos resultados da interpretação e à inferência de alguns dos seus corolários.

³ LARENZ, 2019, p. 441.

⁴ *Ibidem*, p. 457.

O capítulo 3 discute e afere o alinhamento entre o sentido da norma interpretada e a conceção de substância que lhe subjaz, isto é, confronta o significado extraível da redação legal com a sua teleologia imanente. Numa primeira secção, dissecar criticamente a técnica legislativa empregue no artigo 28.º da Diretiva e, numa segunda secção, procura servir-se das fragilidades normativas evidenciadas para identificar esquemas de planeamento fiscal subsumíveis à letra da lei mas não ao seu *rationale*.

O capítulo que encerra a dissertação pretende sumariar as inferências principais que tenham sido explanadas e tecer observações conclusivas que resultem da investigação empreendida.

2. EXCLUSÃO COM BASE NA SUBSTÂNCIA: INTERPRETAÇÃO INTEGRADA DA NORMA

2.1 O sentido literal e contextual da norma

2.1.1 Introdução

O *carve-out* previsto na Diretiva tem natureza dispositiva⁵ e consubstancia uma dedução de 5% dos custos elegíveis relativos à massa salarial da entidade na jurisdição em causa e 5% dos custos relativos a ativos tangíveis elegíveis nessa jurisdição.

O artigo 28.º da Diretiva define os conceitos enformadores deste *carve-out*, designadamente “empregados elegíveis”, “custos salariais elegíveis” e “ativos tangíveis elegíveis”.

2.1.2 Massa salarial

Relativamente à primeira noção legal, o referido artigo define-a positivamente, inserindo no seu âmbito os empregados (*rectius*, trabalhadores), independentemente do seu período normal de trabalho e os trabalhadores independentes (*rectius*, aqueles que se encontram vinculados a esquemas contratuais diversos do contrato de trabalho) e que desempenham “atividades operacionais ordinárias” para a entidade (ou seja, para o grupo empresarial multinacional ou grande grupo empresarial nacional).

Relativamente à segunda noção legal, a Diretiva alude às despesas inerentes à remuneração, recortando amplamente este conceito sob o critério do benefício pessoal, direto e distinto do trabalhador, agregando, nomeadamente, salários, ordenados, custos com seguros de saúde e contribuições para regimes de pensões, impostos sobre os salários e sobre o emprego e contribuições dos empregadores para a segurança social.

Relativamente aos ativos tangíveis elegíveis, o artigo 28.º da Diretiva elenca, através de uma enumeração taxativa, os ativos fixos tangíveis localizados na jurisdição em causa, os recursos naturais localizados na jurisdição, o direito do locatário de utilizar ativos tangíveis localizados na jurisdição em causa e as licenças ou títulos semelhantes

⁵ Cfr. artigo 28.º, n.º 2 da Diretiva.

que permitam a utilização de bens imóveis ou a exploração de recursos naturais que impliquem um investimento significativo em ativos tangíveis⁶.

Na senda da delimitação positiva e negativa do significado literal desta norma, a sua descrição impõe algumas considerações que explicitem o significado jurídico dos termos que constituem o elemento gramatical do artigo 28.º da Diretiva.

2.1.3 Funcionários elegíveis

Relativamente à primeira componente deste *carve-out*, referimo-nos brevemente ao tema dos funcionários elegíveis, da noção de atividade sobre a direção e o controlo da entidade e dos custos elegíveis da folha de pagamentos.

São funcionários elegíveis aqueles que independentemente do período normal de trabalho realizem a respetiva prestação laboral sob a direção e controlo da entidade na jurisdição em que esta é residente⁷. O critério ordenador nesta sede é a existência de uma relação de subordinação jurídica entre a entidade empregadora e o funcionário elegível. Todavia, e conforme decorre do relatório da OCDE sobre o Pilar 2, os sujeitos que (sob uma perspetiva jurídico-formal) sejam independentes da entidade em causa (por exemplo, através da interposição de uma empresa de trabalho temporário) e executem a respetiva prestação sob as condições acima indicadas encontram-se igualmente abrangidas pela expressão funcionários elegíveis. Delimitamos, por conseguinte, negativamente o conceito de funcionário elegíveis: excluimos os trabalhadores independentes vinculados por um mero contrato de prestação de serviços ou de fornecimento, desprovido de qualquernexo de subordinação jurídica entre o funcionário e a entidade constituinte. Porventura no plano nacional, por causa do respetivo enquadramento jurídico-laboral, será menos imediata a apreensão da ideia de que um trabalhador independente pode atuar sob a direção e controlo da entidade constituinte (na medida em que a regra é a de um vínculo laboral estável entre trabalhador e empregador titulado por um contrato de trabalho sem termo). No entanto, essa é uma realidade que se configura possível, quer noutras jurisdições quer entre nós no quadro das relações de trabalho temporário, como se mencionou.

⁶ A nosso ver, este conceito indeterminado é tão amplo que é suscetível de interpretações abusivas e da redução significativa da segurança jurídica.

⁷ OECD, 2020, pp. 95-96.

Este quadro de compatibilização jurídica está igualmente sintonizado com outros parâmetros do direito fiscal internacional. Sublinhamos, assim, que a inclusão de trabalhadores independentes sob o controlo de uma entidade na determinação de um estabelecimento estável tem paralelismos com a definição de agente dependente por contraposição ao agente independente, conforme delineado pela Convenção Modelo da OCDE (CMOCDE). Aludimos aos comentários 83, 86 e 106 da CMOCDE. O primeiro dos *supra* identificados comentários⁸ clarifica que indivíduos ou empresas, sem necessidade de residência ou local de atividade na jurisdição em questão, podem vincular a empresa no contexto de atividades comerciais nessa jurisdição, sendo considerados agentes dependentes, ainda que não exista qualquer vínculo laboral ente a sociedade e esse agente.

Adicionalmente, o segundo comentário referido⁹ especifica que uma pessoa atua em nome de uma empresa quando desenvolve com a empresa atividades comerciais nessa jurisdição. Juridicamente, esta realidade traduz-se em relações como a de comissário e comitente ou as de trabalhador e empregador. A ação de tal sujeito deve produzir um efeito pelo menos indireto na empresa para que verifique esta relação de vinculação.

O binómio dependência/independência do funcionário relativamente à entidade é interpretado sob o ângulo das obrigações constituídas entre o trabalhador e a sociedade. Recordamos que uma relação de subordinação jurídica se caracteriza pelo poder da entidade de emitir instruções detalhadas, diretrizes e, genericamente, de conformar o *modus faciendi* da prestação do funcionário. Concomitantemente, admite-se que os critérios da assunção de riscos e da natureza da obrigação do funcionário constituem critérios auxiliares nesta avaliação. Isto é, respetivamente, na situação em que um funcionário executa a sua atividade sem assumir o risco de eventuais prejuízos e se encontra somente adstrito a uma obrigação de meios contrasta tipicamente com a situação de um funcionário que não atua sob direção e controlo da entidade¹⁰.

Verificamos que a definição de funcionários elegíveis baseada nos custos da folha de pagamentos adquire uma relevância paramétrica. O número de funcionários elegíveis

⁸ OECD (2019), Model Tax Convention on Income and on Capital 2017 (Full Version), OECD Publishing, *commentary* 83, p.327.

⁹ OECD (2019), Model Tax Convention on Income and on Capital 2017 (Full Version), OECD Publishing, *commentary* 86, p.328.

¹⁰ Estes critérios são ideais, pelo que situações não lineares deverão merecer uma apreciação casuística, ponderando tais critérios enquanto indícios e não pressupostos de subordinação jurídica.

também calibra a medida do benefício e a dificuldade em determinar este número, destringendo os vários critérios explanados, aumenta o risco do planeamento fiscal agressivo e a possibilidade de concessão indevida deste benefício.

O último comentário a que nos referimos¹¹ pode ser ilustrado através da seguinte situação. Um funcionário responde pelos resultados do seu trabalho sem estar sujeito a um controlo significativo na execução do mesmo, indiciando independência. No entanto, este mesmo funcionário independente segue diretrizes internas de uma entidade para realizar uma certa atividade. Apesar da liberdade na execução, as diretrizes a serem observadas levantam a questão de perceber se estamos perante um trabalhador subordinado, sob a direção e controlo da entidade ou não. Estas ambiguidades potenciam interpretações variadas, que podem ser aproveitadas em sede de planeamento fiscal e, em concreto, para a aplicação da cláusula em apreço.

Por isso, é imprescindível um escrutínio rigoroso na determinação da relação entre agentes e entidades para assegurar a correta classificação dos sujeitos e evitar o uso do enquadramento fiscal *praeter legem e contra legem*.

2.1.2 Ativos fixos tangíveis

Relativamente aos ativos fixos tangíveis, levantamos duas questões pertinentes a propósito da enumeração apresentada no artigo 28.º da Diretiva: o tema dos equipamentos partilhados por mais do que uma entidade e o dos denominados direitos de utilização sobre bens tangíveis.

O *carve-out* que tematiza o presente estudo académico opera numa base jurisdicional, exigindo a correlação entre o uso do equipamento e a jurisdição onde ele é efetivamente utilizado.

Verificamos desafios semelhantes aos enfrentados na determinação da localização da atividade laboral no que concerne ao equipamento, especialmente quando consideramos bens de alto valor ou especialização que podem ser utilizados em múltiplas jurisdições pela mesma entidade. A questão da atribuição do equipamento à jurisdição com o intuito de aplicação do *carve-out* torna-se complexa quando um equipamento é

¹¹ OECD (2019), Model Tax Convention on Income and on Capital 2017 (Full Version), OECD Publishing, *commentary* 106, p. 335.

usado por uma mesma entidade em diferentes locais ou por duas entidades situadas em locais distintos.

E esta dificuldade deriva frequentemente de opções de gestão empresarial de deslocalização para maximizar o efeito útil de benefícios fiscais, complexificando a tarefa de deteção desses movimentos de deslocalização de ativos e da sua associação à jurisdição correta. A inclusão de um amplo espetro de ativos no âmbito do *carve-out* favorece a equidade entre indústrias diversas que utilizam variados tipos de ativos, mas simultaneamente facilita o planeamento fiscal, especialmente com ativos facilmente transferíveis.

Quanto ao segundo ponto, tratar do direito de utilização de bens tangíveis implica distinguir a propriedade do bem da mera detenção do direito de uso. Para a aplicação da regra de exclusão, interessa o direito do locatário de utilizar ativos tangíveis situados na jurisdição respetiva. Em contratos de *leasing*, o locatário adquire o direito de uso de um ativo, o que implica o pagamento de rendas ao locador, que figura como proprietário do ativo, embora para efeitos contabilísticos, o locatário reflita o ativo objeto de um direito de utilização de forma análoga à de um proprietário.

Excluídos da zona de incidência do artigo 28.º da Diretiva estão os terrenos e os edifícios que tenham sido adquiridos com o intuito de serem colocados no mercado imobiliário, no mercado de arrendamento ou que lhe subjaza uma finalidade de mero investimento.

2.3 Critérios teleológico-objetivos

O *carve-out* sob análise permite, como se avançou *supra*, deduzir custos se (e com o limite máximo de 5%) estes respeitarem a um dos fatores indiciadores de substância¹². O relatório da OCDE sobre o Pilar 2 ensaia duas linhas argumentativas para fundamentar a opção por estes dois fatores: (i) a sua natureza tendencialmente menos móvel e (ii) a sua relação estreita com manifestações de capacidade contributiva¹³.

¹² OCDE, 2020, p. 93.

¹³ *Ibidem*, pp. 93-94. Respetivamente, nas palavras da OCDE, é expectável que estes fatores sejam “menos móveis e menos prováveis de conduzir a distorções fiscais” e, admitindo-se ainda assim essa mobilidade, a transferência destes fatores de produção para outra jurisdição, com o propósito maximizar o efeito útil do *carve-out*, resultaria num “aumento real dos rendimentos atribuível a estes fatores produtivos”, impedindo que esta exclusão “abrangesse rendimentos atribuíveis a outros fatores tal como ativos intangíveis”.

A fundamentação teleológica deste *carve-out* tal como explanada no relatório identificado permite a dedução de dois corolários fundamentais. Primeiro, o conceito de substância económica enforma a teleologia imanente ao *carve-out*. Quer dizer, esta exclusão não apenas se baseia na substância económica da atividade como depende intrinsecamente desta, de tal modo que, teleologicamente, uma sociedade só deveria beneficiar daquela se e na medida da substância que a correspondente atividade revelar. Segundo, admite-se que estes fatores produtivos sejam transferidos entre jurisdições por razões de otimização fiscal. Quer dizer, a intenção de relocalizar ativos tangíveis e recursos humanos por motivos fiscais não inquina a aplicação do *carve-out*, o que significa que este, por um lado, é alheio a qualquer elemento subjetivo/volitivo e, por outro lado, deixa margem (e permissão) para as virtualidades do planeamento fiscal¹⁴.

Frisamos, pois, que ambos os corolários assentam no postulado de que os ativos tangíveis e os recursos humanos de um grupo empresarial espelham o cerne e esgotam a extensão do conceito de substância económica para efeitos da Diretiva. Apenas este pressuposto permite articular o objetivo de garantir que todas as atividades substantivas beneficiam desta exclusão com a permissão de transferir os dois indicadores de substância entre jurisdições sem prejudicar o efeito deste benefício. Isto porque essa transferência de fatores seria teoricamente acompanhada do benefício da exclusão, do aumento da capacidade produtiva e contributiva da empresa e, inerentemente, do aumento dos rendimentos tributáveis.

Independentemente do rigor deste trajeto cognitivo, a substância económica é inexpugnável do *rationale* do *carve-out*, porque conceitualmente este destina-se a atingir as atividades económicas que manifestem aquela. Nem o Direito da União Europeia originário nem o direito derivado definem de modo geral e abstrato o conceito de substância. Este apenas aparece, de modo casuístico, na jurisprudência do TJUE. A técnica legislativa empregue no artigo 28.º da Diretiva é, *per si*, desconcertante se confrontada com o labor jurisprudencial do TJUE nesta matéria e com a notória dificuldade de definir aprioristicamente o conceito em questão. Reparamos na rigidez desta norma, que visa formular um conceito (muito) indeterminado, quando seleciona

¹⁴ Veja-se, de resto, com Dourado, 2010, p. 156 que “aproveitar um direito conferido pelo Direito Comunitário (por exemplo, livre circulação de pessoas) de modo a beneficiar de um regime nacional mais favorável não constitui abuso de Direito Comunitário”.

apenas dois fatores como reveladores de substância e impede a prova da existência de mais ou menos substância do que aquela que resulta da fórmula legal.

A contrastante cautela do TJUE nesta sede resulta com meridiana clareza da jurisprudência que tem tecido a este respeito.

No caso *Eurofood IFSC*, o TJUE asseverou que a existência de uma sociedade que não desenvolve “nenhum negócio no território do Estado-membro em que a sua sede está localizada” não terão o seu centro de interesses principais, que se presume na jurisdição da sede social¹⁵. O Tribunal explicou ainda que o facto de as “opções de gestão serem ou poderem ser controladas pela sociedade-mãe sediada noutro Estado-membro” não é suficiente para ilidir a presunção¹⁶. Esta jurisprudência tonificou a relação entre substância e capacidade contributiva decorrente uma atividade real geradora de rendimentos, desqualificando o poder de emissão de ordens e diretrizes vinculantes.

Relativamente ao caso conhecido por *Thin Cap Group Litigation*¹⁷, o TJUE equaciona a promoção da concorrência como decorrência jurídico-económica de uma atividade substantiva¹⁸. Na situação *sub judice*, o tribunal indagou se um mútuo celebrado entre uma sociedade residente e uma outra não residente pertencente ao mesmo grupo havia sido negociado em condições de mercado, particularmente quanto à quantia mutuada e às taxas de juros acordadas; ou seja, se partes não relacionadas teriam acordado com termos contratuais semelhantes ou se, ao invés, o mútuo em causa visava principalmente a obtenção de uma vantagem fiscal. O foco do tribunal repousou na potencial existência de um sistema de transferência de rendimentos *intra* grupo consubstanciado na conversão de rendimento tributável em juro dedutível, calibrando um arquétipo do planeamento fiscal agressivo, se não devidamente justificado por razões de índole económica. Notemos que a estruturação de modelos de planeamento fiscal movidos pelo fim de otimização da *performance* fiscal é lícita. Não obstante, a fronteira entre esta arquitetura jurídica e o arquétipo referido é ténue e tanto mais ténue quanto mais insipiente for a substância económica que imbuí a sociedade mutuária (*rectius*, a justificação económica da adoção desse modelo de planeamento). O raciocínio impresso

¹⁵ TJUE, *Eurofood IFSC*, 2006, par. 34-35.

¹⁶ *Ibidem*, par. 36.

¹⁷ Analisando esta decisão à luz da liberdade de estabelecimento, em especial se a legislação do Reino Unido constituía uma restrição justificada, cfr. Dourado, 2010, pp. 168-169.

¹⁸ Dourado, 2010, p. 188. A autora admite que o TJUE aceita um “regime discriminatório de subcapitalização”, desde que observados os ditames da plena concorrência.

pelo TJUE é impressionante, porque um acordo/contrato – como o mútuo, *in casu* – pode ser para este efeito ineficaz por ser desprovido de substância/razões económicas¹⁹. Na génese da artificialidade deste acordo encontrava-se a alteração da natureza jurídica do rendimento em concomitância com a intenção principal de maximização de vantagens fiscais. Expurgado este último elemento subjetivo, exportamos deste caso que a modificação por ato de vontade da natureza jurídica do rendimento ou, a montante, de factos fiscalmente relevantes é suscetível de camuflar a ausência de tecido genuinamente económico de uma sociedade, imputando rendimentos a uma entidade que do ponto de vista económico e produtivo nada rende.

Em 2015, o TJUE erigiu jurisprudência sobre a interação entre substância e ativos intangíveis, concretamente o *know-how*. No aludido caso, uma sociedade húngara havia transferido *know-how* para outra sociedade sediada na ilha da Madeira, onde a taxa de IVA aplicável era menor²⁰. A importância deste caso, intitulado *WebMindLicenses*, reside na referência a indícios de uma atividade substantiva, nomeadamente “uma estrutura adequada em termos de imóveis e recursos humanos e técnicos” e à circunstância de a atividade ser desenvolvida pela sociedade “sob a sua própria responsabilidade e o seu próprio risco”²¹. O facto de o Tribunal enunciar indícios de substância numa fórmula textual afirmativa é sintomático da maior convicção do tribunal e do maior alcance e transponibilidade que este pretende exprimir com estas asserções.

Evocamos estes três acórdãos do TJUE cronologicamente, porque esta sequência demonstra a vocação conformadora do direito que lhe é atribuída e que este não prescindiu, ao paulatinamente densificar, negativamente primeiro e positivamente, os indícios de substância económica. É notório e notável que esta instituição tenha evoluído a sua abordagem desde a identificação de atividades que não são substantivas até à indicação do que pode constituir elemento de substância económica, sem que – na nossa perspetiva – tenha incorrido em petições de princípio ou precipitado conclusões erróneas.

Propusemos esta incursão pelo conteúdo do conceito de substância económica por este corporizar o espírito normativo subjacente ao *carve-out*. E, atendendo à novidade deste instrumento no ordenamento jurídico, colhemos os ensinamentos da jurisprudência sobre substância aplicada a matérias conexas, designadamente os critérios de

¹⁹ Cfr. mais recentemente a jurisprudência TJUE, *N Luxembourg 1 and others*, par. 132.

²⁰ TJUE, *WebMindLicenses*, 2015.

²¹ *Ibidem*, par. 50.

determinação do centro de interesses principais e os atos fiscalmente abusivos e ineficazes. Apesar da ausência de um esquema subsuntivo sobre requisitos de substância, retemos as seguintes inferências. Primeiramente, na qualificação de uma atividade como substantiva, intuimos que controlo societário pode ceder perante capacidade contributiva; seguidamente, intuimos que capacidade contributiva pode ceder perante capacidade produtiva entendida latamente como transmissão de bens ou prestação de serviços; finalmente, intuimos que capacidade produtiva pode ceder perante direitos de propriedade intelectual e outros títulos jurídicos que acrescentem valor ao objeto social. Em suma, este *carve-out* parece alinhar-se com uma conceção ampla de substância económica, o que nos conduz à constatação de que no exercício de avaliação da substância de uma atividade económica o critério que devemos considerar como prevalente é o da suscetibilidade de algum elemento localizado em tal jurisdição acrescentar valor ao objeto do negócio. Por outras palavras, se essa entidade constituinte acrescenta ou detém algum fator que possa acrescentar valor.

2.4 Ponderações do legislador histórico

A Diretiva é no âmbito da UE expressão legislativa do Pilar 2, enquanto conjunto de regras jurídicas preordenadas ao combate da elisão fiscal e do planeamento fiscal potenciados pela digitalização da economia. O Relatório da OCDE sobre o Pilar 2 introduz esta iniciativa precisamente sob este ângulo²². Em particular, a OCDE reconhece que, em virtude de estruturas de planeamento fiscal vocacionadas para a transferência de lucros entre jurisdições, o Pilar 2 deixa as “jurisdições a livremente determinar o seu próprio sistema fiscal, incluindo o seu direito a ter um imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas e as taxas de imposto aplicáveis, mas considera também o direito das outras jurisdições de aplicar regras [...] onde o rendimento é tributado a uma taxa efetiva de imposto abaixo de uma taxa mínima”²³. Os Estados envolvidos nesta iniciativa, prossegue o relatório, acordam que “as regras desenvolvidas ao abrigo deste Pilar não devem resultar numa tributação onde não exista lucro económico nem deve resultar numa dupla tributação” do rendimento²⁴.

²² OCDE, 2020, p. 15.

²³ Ibidem.

²⁴ Ibidem.

Este enquadramento, no tocante ao tema objeto de estudo, aponta para a proibição de tributar realidades que não apresentem lucros. Juridicamente, poder-se-ia elencar como postulado o princípio da capacidade contributiva para realçar (e reforçar o que já se referiu acima) que a manifestação económica de riqueza é critério e limite da tributação sob as normas emanadas do Pilar 2 (e da Diretiva, claro).

A iniciativa BEPS, especificamente a respetiva Ação 5, elege a substância económica como fator determinante da escolha dos critérios, do âmbito e dos níveis de tributação dos rendimentos de pessoas coletivas. Atentemos que o relatório final sobre a Ação 5 da iniciativa BEPS reconheceu que “o trabalho sobre práticas fiscais agressivas não é [...] sobre impor a qualquer estado aquilo que devem ser as apropriadas taxas de tributação”²⁵. Do que se trata é, ao invés, de salvaguardar a genuinidade económica de uma determinada estrutura empresarial que, conforme previsto no Pilar 2 e na Diretiva, deve merecer um tratamento fiscal menos oneroso do que aquelas estruturas desprovidas de dessa substância e orientadas unicamente à obtenção de vantagens fiscais.

²⁵ OECD, 2015, p. 11. Cfr. também Schoueri, 2021, p. 544.

3 EXCLUSÃO COM BASE NA SUBSTÂNCIA: OBSERVAÇÃO CRÍTICA

3.1 Os fatores do *carve-out* e o princípio da fonte: razão de ordem

Procurou-se demonstrar no capítulo anterior que o *carve-out* oferece um tratamento fiscal privilegiado às atividades económicas que manifestem substância, radicada nesta conceção legislativa em dois fatores produtivos (mão de obra e ativos tangíveis). Recuperamos a asserção de Schoueri quando assevera que o “Pilar 2 não pretende interferir com ordenamentos jurídicos nos quais os incentivos fiscais são concedidos a atividades com substância”²⁶. Se a causa da arquitetura deste incentivo residia nas práticas correntes de otimização fiscal agressiva levada a cabo pelos grupos multinacionais, o efeito desejado e que apresenta maior conformidade com a jurisprudência tecida pelo TJUE é o da maximização da capacidade contributiva destes grupos numa dada jurisdição sustentada numa produção real.

Ora, sob a lente da teoria do direito fiscal, a mecânica do *carve-out* exprime a prevalência do princípio da fonte no quadro da teoria dos elementos de conexão.

3.2 O *carve-out* como expressão de elementos de conexão objetivos

O Estado da fonte seria “determinado pela utilização dos fatores de produção”, correspondendo “ao lugar da produção do rendimento, o qual, por seu turno, se identifica com o lugar onde se encontra o capital (em sentido amplo) e em que é exercida a atividade”²⁷. De outro modo, mas em sentido convergente, seria também o Estado da fonte o mais responsável pela criação e manutenção de recursos materiais e humanos empregues pelo grupo multinacional nessa jurisdição.

As vantagens normalmente apontadas ao princípio da fonte coadunam-se em larga medida com as vantagens que podem ser apontadas aos elementos estruturais do *carve-out*. Efetivamente, a tributação na fonte é considerada a via dogmática que melhor se alinha com o princípio da soberania tributária. Se o rendimento apresenta uma conexão

²⁶ Schoueri, 2021, p. 545. Em igual sentido, cfr. Tanno, 2022, p. 4.

²⁷ Pereira, 2020, p. 105-106. A própria autora reconhece, todavia, que localizar a fonte pode não ser simples. Em igual sentido, Vogel, 1988, p. 223. A doutrina invoca o conceito de estabelecimento estável para densificar o princípio da fonte, mas para o estudo que nos ocupa não iremos aflorar esse ponto.

territorial em sentido real com uma dada jurisdição, então a respetiva atividade geradora deve aí ser tributada. Neste sentido, a mão de obra e os ativos tangíveis materializam esse nexó territorial real entre a soberania estadual territorialmente delimitada e tendencialmente estática e o rendimento empresarial tendencialmente variável e dinâmico. Ademais, o princípio da fonte tem a vocação de promover a igualdade jurídica entre os países importadores de capital²⁸. Atente-se que a importação de capital desemboca, de acordo com esta via de tributação, em maior receita fiscal para esses Estados (que tipicamente serão os que apresentam custos de produção mais reduzidos e se posicionam melhor do ponto de vista concorrencial). Ainda, o princípio da neutralidade fiscal depõe a favor da preferência pela tributação na fonte²⁹. Pelo facto de a tributação na fonte recorrer a elementos de conexão objetivos (fatores produtivos que protagonizam a fórmula do *carve-out*), a evasão fiscal torna-se mais difícil, uma vez que o planeamento passa a circunscrever-se a elementos menos móveis, com ligação real e física ao território de um Estado. Em suma, afirma Rita Pires, “a tributação na fonte dotaria o denominado sistema fiscal internacional de uma maior racionalidade, facilitando o controlo, afastando o tratamento desigual injustificado em virtude da natureza dos bens”³⁰.

É precisamente um alinhamento entre os fatores selecionados por esta exclusão com base na substância e aqueles que referenciam o princípio da fonte que se constata existir, considerando furtuito resgatar algumas considerações sobre os correspondentes elementos de conexão e transpor algumas ilações para o estudo do *carve-out*.

A relação estreita entre os fatores de produção de que se serve o *carve-out* e o princípio de tributação na fonte é facilmente apreendida. Cécile Brokelind ao estudar os princípios de direito fiscal internacional analisa o debate doutrinal em torno da alocação do poder de tributar, especificamente se este é fundado na capacidade contributiva do contribuinte com uma base mundial ou se a utilização por este das infraestruturas públicas de um Estado é, afinal, o critério-fundamento da soberania tributária em concreto³¹.

Do nosso lado, diremos que o *carve-out* é estruturalmente sensível ao princípio da fonte (na medida em que os seus elementos constitutivos são os típicos fatores de produção que mensuram o rendimento gerado na jurisdição da fonte) e funcionalmente

²⁸ Pires, 2018, p. 118.

²⁹ Ibidem.

³⁰ Ibidem.

³¹ Brokelind, 2006, p. 126.

sensível ao princípio da capacidade contributiva (na medida em que a substância económica vocaciona uma atividade para a criação e manifestação de riqueza, *rectius* de capacidade contributiva).

3.3 Antinomia concetual do *carve-out*

3.2.1 Os elementos da fórmula (análise estrutural)

A fórmula ínsita no *carve-out* pode ser classificada como complexa, na medida em que é composta por dois fatores³². João Sérgio Ribeiro refere-se às vantagens do recurso a estas fórmulas, apresentando a sua “facilidade de administração”, e antecipa que as fórmulas ditas complexas permitem corrigir o problema da repartição, isto é, garantir uma proporcional correspondência entre os elementos da fórmula e os rendimentos gerados³³. Nos Estados Unidos este tipo de fórmula adquiriu sucesso através da denominada fórmula de Massachussets que combinava capital (excluindo aqui intangíveis), custos laborais e vendas, sendo a ponderação atribuída a cada um destes fatores variável³⁴. Em suma, este método permite repartir o rendimento global de um grupo multinacional em função de elementos objetivos e é de simples aplicação.

Note-se que o *carve-out* se alimenta quer dos custos laborais quer dos fatores de produção para exprimir a alegada substância económica. Estruturalmente, verificamos um desvio à fórmula-tipo utilizada nos Estados Unidos: mantém os custos com pessoal, mas substitui a variável das vendas por custos com ativos fixos tangíveis. Ainda nesta perspetiva, numa frente quantitativa, indaga-se se a ponderação atribuída aos fatores do *carve-out* é apropriada aos objetivos a que este se propõe.

Relativamente à primeira questão, não cremos que os custos com ativos tangíveis sejam uma variável mais adequada do que a das vendas, porque aquela apresenta uma menor e mais artificial conexão com as manifestações de capacidade contributiva que um grupo multinacional pode apresentar. O conceito e a medida de vendas, aqui entendido com latitude, pode derivar de atividades que predominantemente recorrem a ativos tangíveis, caso em que nos dirigimos a atividades económicas mais tradicionais, ou pode derivar de atividades inerentemente mais sofisticadas ligadas à tecnologia, que se

³² Ribeiro, 2010, p. 458.

³³ Ibidem.

³⁴ Célestin, 2000, p. 305.

alimentam sobretudo de intangíveis. Nas palavras de Tomassini e De Rosa, desta destriça de atividades resulta que o *carve-out* “não premeia (nem penaliza) sociedades que geram lucros primacialmente de bens de propriedade intelectual e outros intangíveis”³⁵. Prosseguem estes autores que um corolário desta exclusão com base na substância “é o de que o Pilar 2 teria um impacto na alocação de tipos de negócios a determinadas jurisdições em detrimentos de outras”³⁶.

A alusão a intangíveis é relevante porque quem mais deles beneficia do ponto de vista do planeamento fiscal são os grupos multinacionais do setor da informação e tecnologia, cujas taxas efetivas de tributação serão inferiores a 5%³⁷. Neste contexto, merecem especial atenção pela mobilidade que os caracteriza, permitindo inclusivamente que sejam registados com facilidade em territórios de baixa tributação³⁸. Do ponto de vista de planeamento fiscal, Ana Paula Dourado explica que “os gastos têm sido deduzidos de modo favorável nos Estados onde a atividade de investigação e desenvolvimento ocorre (territórios de tributação normal), e os royalties são transferidos para Estados de baixa tributação, através da transferência da titularidade dos intangíveis ou da residência, quando os rendimentos aparecem”³⁹. A par destes aspetos, menciona os contratos intra grupo de cedência de utilização dos intangíveis tipicamente onerosos e celebrados a um preço elevado que permitem essa mobilidade em direção a jurisdições de reduzida tributação⁴⁰. Este problema, que é intrinsecamente conexo à arquitetura estrutural do *carve-out*, mereceu já atenção pelo relatório BEPS, concretamente na sua Ação 5 que exige umnexo entre a dedução fiscal das despesas relacionadas à investigação e desenvolvimento de intangíveis e a respetiva tributação. Isto com o propósito de salvaguardar, sem eliminar, a concorrência fiscal⁴¹. Do ponto de vista da concorrência fiscal, a concessão do benefício fiscal materializado pelo *carve-out* não belisca esse princípio, mas não nos filiamos também no quadrante doutrinal que considera que tal exclusão “garante equidade para os países em desenvolvimento e que consegue oferecer alguns incentivos fiscais para estimular o desenvolvimento económico” destes estados⁴², apesar de ser comum associar a tributação na fonte ao dever ético de assistência dos países

³⁵ Tomassini, De Rosa, 2023, p. 187.

³⁶ Ibidem.

³⁷ Oesterreicher, 2011, p. 509, *apud* Dourado, 2018, p. 150.

³⁸ Dourado, 2018, p. 151.

³⁹ Ibidem.

⁴⁰ Ibidem, p. 152.

⁴¹ Santos, 2015, pp. 166-175.

⁴² Com entendimento divergente, Oguttu, 2022, p. 556.

desenvolvidos aos estados economicamente menos favorecidos⁴³. É relevante mencionar que será nestas jurisdições em vias de desenvolvimento que se situam as atividades económicas predominantemente mais físicas dos grupos multinacionais em virtude dos custos de mão de obra e de terreno mais reduzidos. Por isso, sob o prisma da receita fiscal do Estado, os países em desenvolvimento beneficiariam nesta lógica menos do que os mais desenvolvidos, verificando-se, reversamente, um maior aproveitamento do *carve-out* pelos grupos multinacionais presentes em jurisdições mais desfavorecidas. Este raciocínio tem dificuldade, pois, em compreender por que razões os países menos desenvolvidos têm recebido com agrado esta exclusão⁴⁴.

Parece-nos, assim finalizada esta nota paralela sobre intangíveis, que o aumento de custos com ativos tangíveis, além de não importar uma relação direta com o aumento da capacidade contributiva, lança um estímulo fiscal para que os setores económicos promovam um certo tipo de atividades, perigando potencialmente o princípio da neutralidade fiscal.

Quanto ao ponto quantitativo a que se aludiu, refira-se que não se vislumbra uma *ratio* para os 5% previstos na *carve-out*. Nem o seu *rationale* nem os trabalhos preparatórios desta exclusão fornecem pistas ou deixam vestígios da racionalidade deste critério percentual, o que nos leva a acreditar que a típica discricionariedade de que goza o legislador fiscal derrapou em arbitrariedade ou que é resultado meramente de negociação política. Aliás, o entendimento de Schoueri sobre a teleologia imanente a este dispositivo jurídico⁴⁵ contraria inexoravelmente a mera consideração de 5% destes custos elegíveis. Permanece a interrogação: se o objetivo é deixar incólume o tratamento fiscal doméstico das atividades com substância económica, por que motivos a exclusão de cinge a uma fração tão ínfima de tais custos elegíveis? Na medida em que princípios fundamentais de direitos fiscal estão em causa, nomeadamente o princípio da tributação do rendimento real, cuja compressão tem de ser justificada e proporcionada, a exclusão com base na substância como uma percentagem tão reduzida pode inclusive padecer de vícios quando confrontada com o parâmetro constitucional.

⁴³ Pires, 2018, p. 118.

⁴⁴ Oguttu, 2022, p. 556.

⁴⁵ Cfr. ponto 3.1 supra.

3.2.2 A substância (análise funcional)

A função do *carve-out*, conforme foi previamente demonstrado, é a de subtrair, pelo menos parcialmente como se viu, do *modus operandi* das regras do Pilar 2 aquelas entidades constituintes que numa dada jurisdição prosseguem atividades com substância. E a técnica fiscal utilizada para esse efeito não foi um ajuste à taxa de tributação aplicável, mas sim um ajuste na determinação da matéria coletável. Isto é, o elemento tributário central nesta sede não é taxa, é antes a incidência objetiva.

Trabalhar a arquitetura fiscal ao nível da incidência permite um contacto mais estreito com a realidade subjacente ao rendimento, privilegiando as manifestações fáticas de capacidade contributiva e desqualificando as operações subsequentes ao apuramento do rendimento líquido. Uma vez mais, visa-se isolar nesta operação de apuramento a parte do rendimento que provém de genuínas atividades económicas.

Em abstrato, a capacidade contributiva pode ser medida em função da riqueza, do rendimento e do consumo⁴⁶. A política fiscal recorre ao conceito de rendimento para medir a capacidade contributiva⁴⁷. No caso do *carve-out*, os custos com ativos tangíveis e a mão de obra constituem um critério medidor dessa capacidade de pagar impostos, o que se compreende a esta luz tendo em conta o efeito dedutivo que o *carve-out* tem sobre o rendimento coletável. Note-se que a matéria coletável é geralmente tanto maior quanto maior for o rendimento apurado. Ao invés, aquela será tanto menor quanto maiores forem, *in casu*, os custos suportados com pessoal e ativos tangíveis. Falamos, pois, da aptidão jurídica desta mecânica para reduzir a tributação sobre os grupos multinacionais⁴⁸.

E relativamente ao tema da substância económica, o *carve-out* tal como configurado reflete com precisão as manifestações e a medida do rendimento gerado por atividades genuínas? Como quadra a relevância dos intangíveis na fórmula apresentada no Pilar 2, considerando que este tipo de ativos não se encontra (deliberadamente) abrangido pela exclusão com base na substância?

⁴⁶ Toder, 2023, p. 39.

⁴⁷ Ibidem.

⁴⁸ Ponto diferente é o da percentagem dos custos dedutíveis, questão já aflorada anteriormente, e que minimiza drasticamente o efeito útil da exclusão com base na substância.

Deixamos antes de dissecarmos estas questões uma nota prévia. Os intangíveis podem abranger uma panóplia de direitos patrimoniais desde patentes, marcas, modelo de utilidade, reputação de uma firma, *know-how*, entre outros⁴⁹.

Em primeiro lugar, diremos que este *carve-out* não consegue abarcar as atividades de investigação e desenvolvimento que são um pilar fundamental da inovação e crescimento económico global⁵⁰. A concorrer com este ponto, vislumbramos uma falta de precisão na correspondência entre grandes grupos multinacionais e atividades por estes desenvolvidas que recaiam no âmbito do *carve-out*. Por exemplo, Trivedi oferece o exemplo das companhias de seguros que naturalmente desenvolvem atividades genuínas (independentemente de parte dos seus rendimentos se poderem ficar a dever a manobras de planeamento fiscal) e que por combinarem um conjunto de ativos intangíveis relevantes para a sua atividade, ficarão fora do escopo desta exclusão⁵¹.

Outro efeito potencialmente nefasto consiste na substituição de incentivos fiscais por incentivos não fiscais, conduzindo a uma concorrência entre Estados desregulada pelo objetivo de conceder os mais atrativos subsídios não fiscais aos grupos multinacionais⁵². Repare-se que, uma vez constatada a ineficácia do incentivo fiscal constante da previsão normativa do *carve-out*, os grupos multinacionais poderão não considerar aliciente beneficiar deste dispositivo visto a sua ínfima medida de relevância quantitativa (5%) e a sua estreita relevância qualitativa (engloba exclusivamente ativos tangíveis e mão de obra). Nesse seguimento, poderá surgir a procura de subsídios de natureza não fiscal que escapam à rede do Pilar 2, gerando-se novamente uma concorrência fiscal desregulada e um “race to the bottom” relativamente a incentivos não fiscais.

Parece-nos que o *carve-out* apresenta uma fisionomia desconcertante face o objetivo de capturar no seu âmbito atividades com substância económica. Se, por um lado, nega aprioristicamente a relevância de intangíveis, por outro lado dá margem aos grupos multinacionais para poderem beneficiar desta exclusão sem base na substância se, por exemplo, mantiverem ativos tangíveis sem que estes desempenhem uma função no ciclo produtivo da empresa, posicionando-os como meros instrumentos de qualificação jurídica do grupo como titulares do direito a beneficiarem do *carve-out*.

⁴⁹ Cfr. Toder, 2023, p. 43.

⁵⁰ Trivedi, 2021, p. 8.

⁵¹ Ibidem, p. 9.

⁵² Ibidem, pp. 9-10.

É, pois, sintomático da sua ineficácia em razão da teleologia imanente o facto de o *carve-out* consentir atividades sem substância e não consentir todas as atividades com substância, o que representa uma imagética verdadeiramente desafiante do ponto de vista da concretização da *ratio* legislativa.

Estas lacunas são naturalmente aproveitadas pelo planeamento fiscal, cujas técnicas prototípicas de engenharia fiscal têm sido mapeadas pelas Administrações Tributárias. Exemplificativamente, pensamos na criação de uma estrutura de financiamento intra grupo recorrendo a veículos constituídos para o efeito ou na venda de bens seguida da celebração de um contrato de locação com o vendedor⁵³.

Equacione-se a transferência de rendimento para sociedades do grupo constituídas em jurisdições de baixa tributação por efeito de um mútuo celebrado com a entidade do grupo que produz e é financiada pela primeira das sociedades. Assim, assumindo que a sociedade mutuante num Estado de baixa tributação tem ativos fixos tangíveis e mão de obra que não estão afetos à geração de rendimento e assumindo que recebe rendimento a título de restituição do capital mutuado, tal sociedade é tributada com menor intensidade e ainda beneficia da exclusão com base na substância, apesar de os seus acréscimos patrimoniais advirem exclusivamente desse título jurídico contratual.

Surpreendentemente, estes modelos de planeamento fiscal agressivo eram conhecidos antes da implementação do Pilar 2 e da respetiva exclusão com base na substância, o que espelha a falibilidade cognoscível pelo legislador dos propósitos que jazem no âmago deste mecanismo jurídico. No final, interrogamo-nos se o *carve-out* projeta efeitos substanciais ou se meramente adorna um esqueleto normativo que sem a aprovação desta exclusão não teria conseguido nascer da mesa das negociações.

⁵³ Cfr. Pires, 2018, pp. 152-153.

4. Conclusões

Em face do que se aduziu, cumpre sumariar as principais conclusões desta análise, procurando por um lado uma súmula da exposição e por outro lado inferências sobre a perspetiva atual da exclusão com base na substância no quadro do Pilar 2, designadamente:

- I. A teleologia imanente ao carve-ou visa salvaguardar atividades que manifestem substância jurídico-económica, estabelecendo em favor das respetivas entidades constituintes numa certa jurisdição um regime tributário privilegiado.
- II. A qualificação de uma atividade económica como substancial ou genuína assume o propósito de dificultar o planeamento fiscal, salvaguardando a não aplicação das regras do Pilar 2 a atividades genuínas.
- III. A exclusão com base na substância enquanto dispositivo jurídicos operativo dessa finalidade serve-se essencialmente dos custos com ativos fixos tangíveis e custos com pessoal para este efeito.
- IV. A opção por estes dois fatores produtivos assenta na menor mobilidade inter jurisdicional que estas variáveis apresentam.
- V. Não obstante, verificamos que o conceito de substância económica pode abarcar todos aqueles elementos empresariais de acrescentem valor ao objeto do negócio, nomeadamente intangíveis.
- VI. Por conseguinte, o critério determinante da substância pode não ser exclusivamente a detenção destes dois fatores produtivos, pois atualmente é o valor do negócio e reflexamente as manifestações de capacidade contributiva que devem orientar a aproximação ao conceito de substância económica.
- VII. Assim sendo, torna-se relevante aferir de que forma uma dada jurisdição contribui para a criação ou acréscimo de valor ao objeto de um negócio, aumentando correspondentemente a capacidade contributiva de uma entidade constituinte nessa jurisdição.
- VIII. Isto implica referir-nos aos elementos de conexão objetivos, tomando por empréstimo o raciocínio jurídico inerente ao princípio da tributação na fonte.
- IX. Sob este prisma, conclui-se que o carve-out padece de deficiências qualitativas e quantitativas.
- X. Qualitativamente, abrange atividades sem substância e não abrange atividades com substância.

- XI. Quantitativamente, a fixação de uma dedução de 5% revela-se desprovida de racionalidade jurídico-económica, pelo que se considera movida por critérios de arbitrariedade fiscal.
- XII. A substância económica mantém-se um critério demasiado movediço para ser aplicado matematicamente sob fórmula, pelo que o resultado apenas parece consistir numa dissimetria estrutural entre o texto e o modo de aplicação da norma que consagra o *carve-out* e o espírito do legislador que presidiu à sua positivação.

5. Bibliografia

ANDRADE, B., *et. al.* – “The OECD Public Consultation Document Global Anti-Base Erosion (GloBE) Proposal – Pillar Two: An Assessment”, *Bulletin for International Taxation*, Vol. 74, 2 (2020), 62-75.

BAMMERS, N. & D. BETTENS – “The Potential Impact of Pillar Two on Tax Incentives”, *Intertax*, Vol. 51, 2 (2023), 155-169.

BROKELIND, C. – “An Overview of Legal Issues Arising from the Implementation in the European Union of the OECD’s Pillar One and Pillar Two Blueprint”, *Bulletin for International Taxation*, Vol. 75, 5 (2021), 212-219.

CHAND, V., A. TURINA & K. ROMANOVSKA – “Tax Treaty Obstacles in Implementing the Pillar Two Global Minimum Tax Rules and a Possible Solution for Eliminating the Various Challenges”, *World Tax Journal*, Vol. 14, 1 (2022), 3-50.

CÉLESTIN, L. – *The Formulary Approach to the Taxation of Transnational Corporations: a Realistic Alternative?*, 2000, Sydney: University of Sydney Press.

CIPOLLINI, C. – “GloBE Proposal and Possible Carve-Outs: Is There a Future for Preferential Tax Regimes?”, *World Tax Journal*, Vol. 12, 2 (2020), 217-258.

DAS, P. & A. RIZZO – “The OECD Global Minimum Tax Proposal under Pillar Two: Will It Achieve the Desired Policy Objective”, *Bulletin for International Taxation*, Vol. 76, 1 (2022), 44-52.

DIETRICH, M & C. GOLDEN – “Consistency versus Gold Plating: The EU Approach to Implementing the OECD Pillar Two”, *Bulletin for International Taxation*, Vol. 76, 4 (2022), 183-196.

DOURADO, A. – “Editorial: Pillar Two Model Rules: Inequalities Raised by the GloBE Rules, the scope, and Carve-Outs”, *Intertax*, Vol. 50, 4 (2022), 282-285.

_____. – *Governança Fiscal Global*, 2018, Coimbra: Almedina.

ENGLISCH, J. – “Designing a Harmonized EU-GloBE in Compliance with Fundamental Freedoms”, *EC Tax Review*, Vol. 30, 3 (2021), 136-142.

_____. – “Non harmonized Implementation of a GloBE Minimum Tax: How EU Member States Could Proceed”, *EC Tax Review*, Vol. 30, 5,6 (2021), 207-219.

LIOTTI, B. – “Limits of International Cooperation: The Concept of Jurisdiction Not to Tax from the BEPS Project to GloBE”, *Bulletin for International Taxation*, Vol. 76, 2 (2022), 63-81.

NOGUEIRA, J. – “GloBE and EU Law: Assessing the Compatibility of the OECD’s Pillar II Initiative on a Minimum Effective Tax Rate with EU Law and Implementing It within the Internal Market”, *World Tax Journal*, Vol. 12, 3 (2020), 465-498.

OGUTTU, A. – “The Parallel Rise of Multinational Enterprises and the Historical Development of International Tax Rules – Introspection for the New Rules to Tax the Digital Economy”, *Bulletin for International Taxation*, Vol. 76, 10 (2022), 476-491.

_____. – “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*, Vol. 76, 11 (2022), 547-565.

PEREIRA, P. – *Princípios de Direito Fiscal Internacional*, 2020, Coimbra: Almedina.

PIRES, R. – *Manual de Direito Fiscal Internacional*, 2018, Coimbra: Almedina.

RIBEIRO, J. – *Tributação Presuntiva do Rendimento*, 2010, Coimbra: Almedina.

ROSA, M. & A. TOMASSINI – “Uncertainties Hold Back Achievement of OECD Pillar 2 Goals”, *Intertax*, Vol. 51, 2 (2023), 183-190.

SANTOS, A. – “What is a substantial activity for Tax Purposes in the Context of the European Union and the OECD Initiatives against Harmful Tax Competition”, *EC Tax Review*, Vol. 24, 3 (2015), 166-175.

SCHOUERI, L. – “Some Considerations on the Limitation of Substance-Based Carve-Out in the Income Inclusion Rule of Pillar Two”, *Bulletin for International Taxation*, Vol. 75, 11, 12 (2021), 543-548.

TANNO, T. – “The Global Minimum Tax: Some Known Unknowns”, *International Tax Studies*, Vol. 5, 5 (2022), 1-5.

TODER, E. – “The incidence of the corporate tax”, in *Research handbook on Corporate Taxation*, 2023, Michigan: Michigan University Press.

TRIVEDI, N. – “Pillar Two substance-based carve-out – To be, or not to be”, in https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3864705, consultado em 13 de abril de 2024.

VOGEL, K. – “Worldwide vs. source taxation of income – a review and re-evaluation of arguments”, *Intertax*, Vol. 16, 8,9 (1988), 216-229.