



Escola de Ciências Sociais e Humanas

Departamento de Economia Política

As Incertezas da Tributação Direta na Economia Digital: A Metamorfose do Estabelecimento Estável

Gonçalo Grade Monteiro

Dissertação submetida como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em
Direito das Empresas – Especialização em Direito das Sociedades Comerciais

Orientador:

Professor Doutor Vasco Branco Guimarães, Professor Auxiliar do ISCTE

– Instituto Universitário de Lisboa –

Outubro, 2018

Resumo

A globalização e o desenvolvimento das Tecnologias de Informação e Comunicação geram novos modelos de organização e gestão. Este fenómeno de transformação está na origem da economia digital.

A desmaterialização advogada pela economia digital revela-se um traço característico seu. Esta desmaterialização é marcada pela digitalização e pela natureza intangível do processo económico e comercial e por uma reduzida necessidade de presença física.

Esta característica tem um profundo impacto no âmbito da tributação direta, nomeadamente na operacionalidade dos elementos de conexão tradicionais fortemente dependentes da existência de elementos físicos.

Num primeiro momento abordaremos os princípios conformadores do Direito Fiscal Internacional, por forma a contextualizar o impacto dos desenvolvimentos tecnológicos na economia e na tributação.

Posteriormente, abordaremos a temática da economia digital, recorrendo aos trabalhos realizados pelas organizações internacionais, identificando as principais características e desafios, nomeadamente para a operacionalidade dos elementos de conexão tradicionais.

Por fim, desenvolvemos uma solução para fazer face aos desafios da economia digital, sobretudo a dificuldade em determinar a jurisdição fiscal competente, apresentada pela OCDE, no âmbito do projeto BEPS, e recentemente concretizada pela Comissão Europeia.

Pretendemos assim contribuir para uma reflexão sobre as implicações a nível tributário da digitalização da economia e sobre a admissibilidade de um elemento de conexão baseado na *presença económica significativa* através de uma *presença digital significativa*.

Palavras-chave:

Economia digital, Direito Fiscal Internacional, elementos de conexão, estabelecimento estável, BEPS, presença digital

Abstract

Globalization and the development of information and communication technologies have generated new organizational and management models. This phenomenon of transformation is at the outset of digital economy.

De-materialization is a characteristic feature of digital economy. Digitalization, the intangible nature of the economic and commercial process and a decreasing need for a physical presence, reflect this de-materialization.

This characteristic has a profound effect on direct taxation, namely on the operation of the traditional elements upon which taxation relied, strongly dependent on the existence of physical elements.

Firstly, we shall analyse the basic principles of International Tax Law, in order to contextualize the impact of technological developments on the economy and taxation.

Secondly, we shall consider the issue of digital economy. With recourse to the reports produced by international organizations, we shall identify the main characteristics and challenges, namely regarding the operation of the traditional elements upon which taxation relied.

Finally, we shall endeavor to present a possible solution to overcome the current challenges that digital economy faces, mainly the difficulty to determine the competent tax jurisdiction, as presented by the OECD, in the context of the BEPS project, and recently implemented by the European Commission.

It is our purpose, therefore, to contribute to a reflection on the tax implications of the digitalization of economy and on the admissibility of a different factor to base taxation on: *significant digital presence* as proof of a *significant economic presence*.

Key-words:

Digital economy, International tax law, connecting elements, permanent establishment, BEPS, digital presence

Índice

Índice de Figuras	vi
Glossário de siglas	vii
Introdução	9
Objeto	9
Estrutura	11
Capítulo 1. Os conflitos de tributação internacional	13
1.1. Os acordos de dupla tributação	16
1.2. Direito fiscal internacional	20
1.2.1. Princípios estruturais	23
1.2.1.1. Princípio da soberania	24
1.2.1.2. Princípio da equidade	25
1.2.1.3. Princípio da neutralidade	27
1.2.2. Princípios operativos	28
1.2.2.1. Princípio da Residência e Princípio da Fonte – Os elementos de conexão	29
1.2.2.1.1. A residência	32
1.2.2.1.2. A fonte	38
1.2.2.2. O princípio do estabelecimento estável	40
1.2.2.2.1. Estabelecimento Estável no Modelo de Convenção OCDE	47
1.2.2.2.1.1. Estabelecimento Estável Real	49
1.2.2.2.1.2. Estabelecimento Estável Agência	52
1.2.2.2.1.3. Situação dos Grupos de Sociedades	55
1.2.2.2.2. Conclusões sobre o Conceito de EE	56
Capítulo 2. A economia digital	61
2.1. As principais características da economia digital	64
2.1.1. A mobilidade	66
2.1.2. Os efeitos de rede	67

2.1.3. A importância da informação	69
2.2. A economia digital e os desafios à tributação	70
2.2.1. Os elementos de conexão tradicionais.....	73
2.2.1.1. O Estabelecimento Estável	83
Capítulo 3. A tributação do rendimento na economia digital	91
3.1. A residência.....	94
3.2. Fonte, em especial o Estabelecimento Estável.....	97
3.2.1. O Estabelecimento Estável Real.....	101
3.2.2. O Estabelecimento Estável Agência.....	104
3.2.2.1. Artigo 5.º n.º 5	106
3.2.2.2. Artigo 5.º n.º 6	109
3.2.3. Atividades preparatórias ou auxiliares.....	110
3.3. Um novo conceito de elemento de conexão baseado no conceito de presença económica significativa	113
3.3.1. Fator Rendimento	116
3.3.2. Fatores Digitais.....	120
3.3.3. Fatores baseados no utilizador.....	123
3.3.4. Notas finais	126
3.4. A posição da Comissão Europeia.....	127
3.4.1. Introdução de um Estabelecimento Estável Digital.....	132
3.4.2. Introdução de um Imposto sobre Serviços Digitais	136
3.5. Reflexão crítica	139
4. Conclusão	155
5. Bibliografia.....	161

Índice de Figuras

Figura 1. Proposta Regime Tributário (Fonte: Serviços da Comissão Europeia)	134
Figura 2. Imposto sobre serviços digitais (Fonte: Serviços da Comissão Europeia)	138

Glossário de siglas

BEPS	<i>Base Erosion and Profit Shifting</i>
CAF	Comité dos Assuntos Fiscais
CDT	Convenção para evitar a Dupla Tributação
CE	Comissão Europeia
CIRC	Código do IRC
CIRS	Código do IRS
CIVA	Código do IVA
CRP	Constituição da República Portuguesa
DFI	Direito Fiscal Internacional
EE	Estabelecimento estável
GST	<i>Goods and Services Tax</i>
IP	<i>Internet Protocol</i>
IRS	Imposto sobre o Rendimento Pessoal
IRC	Imposto sobre o Rendimento Coletivo
ISD	Imposto sobre Serviços Digitais
ISP (FSI)	<i>Internet Service Provider</i> (Fornecedor de Serviços de Internet)
IVA	Imposto sobre o Valor Acrescentado
MCCCS	Matéria Coletável Comum Consolidada do Imposto sobre as Sociedades
MC OCDE	Modelo de Convenção Fiscal Sobre o Rendimento e o Património
MUD	Mercado Único Digital
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico
RGIT	Regime Geral das Infrações Tributárias
TIC	Tecnologias da Informação e Comunicação
UE	União Europeia

Introdução

Objeto

Ao longo das últimas décadas, a tributação internacional do rendimento foi-se tornando cada vez mais complexa, nomeadamente pela diversidade dos sistemas fiscais, tendo de lidar com diversas práticas fiscais nocivas, bem como diverso planeamento fiscal abusivo.

A economia digital está a transformar o modo como interagimos, consumimos e fazemos negócios, aumentando a pressão sobre o sistema fiscal internacional, dada a profunda alteração dos modelos clássicos de negócios por novos modelos de organização e gestão.

Os elementos de conexão imprescindíveis à (de)limitação do poder de tributação dos Estados mostram-se desadequados à nova *praxis* económico-comercial.

A conexão relevante para fundamentar o poder tributário de um Estado é o local de origem ou proveniência dos rendimentos. Relativamente à repartição entre Estados do poder de tributar, especificamente, rendimentos empresariais, é amplamente reconhecido o *princípio do estabelecimento estável* enquanto elemento de conexão relevante para fundamentar o poder de tributar do Estado. Esta regra implica que só serão tributadas atividades económicas quando existem laços significativos entre a empresa e esse Estado.

Consagra-se por este meio uma ideia de pertença económica.

A ideia de pertença económica corporizada pelo estabelecimento estável baseia-se, em grande medida, numa presença física (material ou pessoal) no território desse Estado.

A economia digital vem romper com este paradigma. A desmaterialização advogada pela economia digital revela-se um traço característico. Esta desmaterialização é marcada pela digitalização e pela natureza intangível do processo económico e comercial e, bem assim, por uma reduzida necessidade de presença física.

No entanto, os atuais elementos de conexão, nomeadamente o estabelecimento estável, não conseguem captar as atividades digitais, para as quais a presença física deixou de ser um requisito.

Como se percebe, esta desadequação dos elementos de conexão tem um profundo impacto na capacidade de os Estados exercerem o respetivo poder tributário, resultando numa potencial perda de receitas para o Estado.

Importa compreender este fenómeno e a sua relevância, atual e futura, no seio da fiscalidade nacional e internacional. Só assim se mostra possível entender os desafios colocados pela economia digital no âmbito da tributação direta das entidades coletivas e, bem assim, equacionar possíveis soluções.

Um dos principais desafios é, com efeito, estabelecer um vínculo tributável entre uma empresa não-residente sem uma presença física e um Estado.

O estudo destas questões tem suscitado o interesse de diversas instituições internacionais, nomeadamente a OCDE e a Comissão Europeia, bem como de diversos autores nacionais e estrangeiros.

No desenvolvimento da presente dissertação, considerando a dimensão da temática da economia digital, e fruto dos constrangimentos que um trabalho desta natureza comporta, delimitaremos o nosso objeto ao estudo do elemento de conexão *estabelecimento estável* e da sua adaptabilidade à economia digital.

De facto, um dos desafios associados ao advento da economia digital é a dificuldade em determinar a jurisdição fiscal com poder de tributação.

Analisaremos de que forma é que o estabelecimento estável poderá continuar a desempenhar a sua função de imputação de um rendimento a determinado Estado, nomeadamente pelo alargamento do seu conceito através da consideração de uma *presença económica significativa*.

Estrutura

Com o intuito de cumprir o objetivo a que nos propomos começaremos por abordar a questão dos conflitos de tributação internacional, por forma a compreender a necessidade de desenvolvimento de mecanismos que dirimam estes conflitos permitindo a atribuição e repartição do poder tributário dos Estados.

Neste âmbito, analisaremos o processo conducente à construção dos princípios que pautam o Direito Fiscal Internacional e dos elementos de conexão a que subjazem.

De seguida, num segundo capítulo, analisaremos o fenómeno da economia digital e a importância das Tecnologias de Informação e Comunicação na sua construção e progressivo desenvolvimento. Analisaremos as suas características de forma a trilhar o caminho que nos levará a compreender de que forma é que esta nova realidade marcadamente móvel, desmaterializada e intangível condiciona a atuação tributária dos Estados.

Assim, identificaremos os principais desafios colocados pela economia digital à fiscalidade e o seu impacto na operacionalidade dos elementos de conexão, oferecendo especial cuidado ao tratamento do conceito do estabelecimento estável.

No terceiro capítulo, e já com uma significativa compreensão do problema que significa a desadequação dos tradicionais elementos de conexão à economia digital, identificaremos o trabalho já desenvolvido, essencialmente pela OCDE, e o reflexo do mesmo no atual conceito de estabelecimento estável.

Ainda neste capítulo, abordaremos em específico uma das soluções proposta pela OCDE para ultrapassar os desafios colocados pela economia digital: um novo elemento de conexão baseado no conceito de *presença económica significativa*. Faremos também menção à recente concretização deste novo elemento de conexão por parte da Comissão Europeia através de uma proposta de Diretiva.

Terminaremos com uma reflexão crítica à proposta da OCDE e à subsequente concretização operada pela Comissão Europeia.

Capítulo 1. Os conflitos de tributação internacional

Nas últimas décadas a esta parte, foram celebradas diversas convenções internacionais que visam ultrapassar quaisquer conflitos de tributação que possam suscitar-se no panorama internacional. Estes conflitos resultam, em grande parte, da adoção por parte de diversas ordens jurídicas de diferentes critérios de definição dos pressupostos tributários.

Como resultado, um mesmo facto pode integrar a hipótese de incidência de duas (ou mais) normas tributárias materiais distintas, dando origem à constituição de mais do que uma obrigação de imposto¹. Assim, quando um facto tributário² apresenta uma conexão, pelos diversos elementos que o caracterizam, com mais de uma ordem jurídica, as diferentes formas de definição dos pressupostos tributários aplicados podem resultar na (i) tributação dessa situação por mais de um Estado – dupla tributação internacional³ – ou (ii) que nenhum a tribute, quando, em condições normais, sem essa bilateralidade ou multiplicidade de conexões, ela seria potencialmente tributada por um deles. No primeiro caso, o conflito é *positivo*, dele resultando uma duplicação de impostos; no segundo, o conflito é *negativo*, originando uma situação de dupla-não tributação (*double non-taxation*⁴).

¹ Uma situação de concurso de normas.

² Importa referir que o facto tributário é um facto de estrutura complexa, constituído por diversos aspetos: material, subjetivo, espacial e temporal.

³ O conceito de dupla tributação tem subjacente um caso de concurso de normas. Há concurso de normas quando o mesmo facto se integra na previsão de duas normas jurídicas diferentes.

⁴ Distinto do *conceito de dupla-não tributação* aparece o *conceito de evasão fiscal internacional*, muitas vezes associado à questão da dupla tributação. Como referido, o *conceito de dupla-não tributação* surge associado aos casos de situações jurídicas que, não obstante a aparente integração na previsão de normas de diferentes Estados, acabam por não ser alvo de tributação por nenhum deles. Por sua vez, o conceito de evasão fiscal internacional – enquanto ação voluntária de escapar ao pagamento dos tributos (impostos) estipulados por lei –, pode compreender duas aceções distintas: i) atos ilícitos pelos quais o contribuinte viola os deveres decorrentes de uma relação jurídica tributária; ii) atos lícitos pelos quais um particular, influenciando voluntariamente elementos de conexão, procura evitar a aplicação de certo ordenamento jurídico. Nesta segunda aceção englobaria, além da *tax evasion* propriamente dita, a figura da *tax avoidance* ou elisão fiscal internacional. Para uma análise mais detalhada do conceito de dupla-não tributação e evasão fiscal internacional, vide (Xavier, 2011, pp. 44-49). De referir ainda que associados à questão da evasão fiscal internacional aparecem os regimes de tributação privilegiada, claramente mais favoráveis, comumente conhecidos por “paraísos fiscais”, criados por alguns Estados, através da respetiva legislação, com o objetivo de atrair pessoas e/ ou capitais aos seus territórios. Neste sentido, Lista dos países, territórios e regiões com regimes de tributação privilegiada, conforme Portaria n.º 150/2004, de 13 de fevereiro, disponível em www.dre.pt.

De todo o modo, os conflitos *positivos* são mais frequentes e tendem a ter um maior impacto na manutenção e desenvolvimento das relações económicas internacionais. Neste sentido, por forma a evitar o risco de uma possível tributação por mais de um Estado, de uma mesma situação, muitos agentes económicos poderão optar por não desenvolver a sua atividade com mais de uma ordem jurídica.⁵

Todavia, para haver dupla tributação (aqui já entendia como conflito positivo de normas, dado o particular interesse para o objeto deste trabalho) é indispensável que se verifique a *identidade do facto* e a *pluralidade de normas tributárias*⁶.

Caso não estejamos perante um “mesmo facto”, quando normas distintas recaiam sobre factos diversos, então não há dupla tributação.

Neste sentido, e através de uma regra formulada pela doutrina que se tem ocupado da construção do conceito de dupla tributação – *a regra das quatro identidades* –, para que se possa falar de *identidade do facto* mostra-se necessário ocorrer a (i) identidade do objeto, (ii) a identidade do sujeito⁷, (iii) a identidade do imposto⁸ e (iv) a identidade do período tributário⁹¹⁰.

⁵ Pense-se no quão gravoso seria para uma sociedade comercial ser tributada pelo Estado em cujo território tem a sua sede, por todos os rendimentos obtidos, e ser tributada, por esses mesmos rendimentos, nos diversos Estados onde não tenha sede, mas desenvolva a sua atividade.

⁶ No mesmo sentido, (Nabais, A Soberania Fiscal no actual quadro de internacionalização, integração e globalização económicas, 2006, p. 500 e ss).

⁷ Sobre a *identidade dos sujeitos*, muito tem sido as divergências e posições díspares suscitadas sobre a sua essencialidade ao *conceito de dupla tributação*. Há quem entenda que a identidade do sujeito não é exigida, bastando-se assim a dupla tributação com as restantes três identidades. Não sendo oportuno detalhar a problemática em causa, entendemos ser de exigir para a existência de dupla tributação a *identidade do sujeito*, distinguindo assim a *dupla tributação jurídica* – em que a identidade se verifica – da *dupla tributação económica* (ou *dupla imposição económica* ou, ainda, *sobreposição de impostos*) – em que a identidade do objeto coexiste com a diversidade de sujeitos. Como referido anteriormente, a *dupla tributação económica* não é ainda objeto de tratamento por parte do Direito Fiscal Internacional ou do MC OCDE (não obstante algumas Convenções entretanto celebradas já contenham algumas normas que procuram ultrapassar o problema) o que se lamenta. Ainda, para uma análise mais detalhada do problema da identidade dos sujeitos, vide (Xavier, 2011, pp. 35-36).

⁸ Ou seja, quando o facto integra a hipótese de incidência de duas normas tributárias materiais distintas, deve fazê-lo por referência se não a impostos idênticos, pelo menos análogos.

⁹ O requisito da *identidade do período* só fará sentido em sede dos impostos periódicos por natureza.

¹⁰ Como nos ensina ALBERTO XAVIER, “(...) a averiguação da identidade pressupõe, por vezes, um problema de “adaptação” (Anpassung, Angleichung), entendido este conceito com o significado específico que assume na Teoria Geral do Direito de Conflitos. E isto é assim, porque as normas em concurso provêm de ordenamentos distintos, inspirados por princípios porventura diversos, utilizando técnicas e conceitos diferentes também, de tal sorte, que a comparação não pode ater-se a critérios formais rígidos” (Xavier, 2011, p. 34). Em sentido semelhante, refere José Casalta Nabais que, “tanto no respeitante à identidade do sujeito, como no respeitante à identidade do imposto, não nos devemos guiar por rígidos critérios formais, considerando que as mesmas se verificam sempre que haja uma identidade substancial. Por exemplo, no respeitante à identidade do imposto, o que é necessário é que dos aspectos materiais e bases

Além da *identidade do facto*¹¹, o *conceito de dupla tributação* implica ainda a *pluralidade de normas*.

Assim, as normas em concurso devem pertencer a ordenamentos jurídicos distintos, dando origem a uma colisão de sistemas fiscais: quer esses ordenamentos correspondam a Estados soberanos – *dupla tributação internacional* – ou correspondam a espaços fiscais autónomas dentro do mesmo Estado, como é, por exemplo, o caso dos Estados federados – *dupla tributação interterritorial*¹² (inter-estadual, inter-cantonal, inter-regional, entre outras).

Como nos ensina ALBERTO XAVIER, “o instituto da dupla tributação foi haurir as suas raízes na problemática dos conflitos de leis no espaço, no princípio da territorialidade, isto é, nas questões referentes aos concursos de normas *interterritoriais*, tendo sido sempre alheia à matéria de delimitação dos diversos poderes tributários concorrentes dentro de um mesmo território, ou seja, concursos *intraterritoriais*”.

Neste sentido, o conceito de dupla tributação reservar-se-á aos concursos de normas de natureza *interterritorial*.

Para mais, é necessário que ambas as normas em causa se apliquem efetivamente no caso concreto, dando assim origem ao surgimento de duas pretensões tributárias distintas – dupla tributação *efetiva* ou *in praxi*. Caso não se verifique a aplicação concreta de ambas, ou haja apenas a aplicação de uma delas, estamos perante uma dupla tributação *virtual* ou *in thesi*. Nestes termos, na dupla tributação *efetiva* ocorre um concurso real de normas, enquanto na tributação *virtual* o concurso é meramente aparente¹³.

A dupla tributação traduz-se, face ao exposto, num concurso real de normas, cuja aplicação autónoma e independente resulta na produção conjunta das consequências

de cálculo ou de outras características resulta uma analogia substancial” (Nabais, A Soberania Fiscal no actual quadro de internacionalização, integração e globalização económicas, 2006, p. 501).

¹¹ Refira-se, entre a doutrina portuguesa, a rejeição por MIGUEL PIRES da regra das quatro identidades. Para uma análise mais detalhada desta posição, vide (Pires M. , 1984, pp. 70-76).

¹² Não nos ocuparemos, neste trabalho, do tema da *dupla tributação interterritorial* dadas as suas especificidades técnicas e a irrelevância para as conclusões que pretendemos apresentar a final. Todavia, sobre o tema vide (Xavier, 2011, pp. 37-38).

¹³ Por outro lado, importará não se confundir o fenómeno de aplicação de duas normas distintas a um mesmo facto tributário, de que temos vindo a tratar, daquele outro, que ocorre no âmbito do direito interno de um Estado, relacionado com a pluralidade de aplicações da mesma norma, ou seja, há uma só pretensão duplamente exigida – um fenómeno de duplicação. Para melhor ilustração do que aqui se diz, veja-se, no caso português, o n.º 1 do artigo 205.º do Código de Procedimento e de Processo Tributário.

jurídicas de ambas – mais exatamente, num concurso real cumulativo¹⁴. Ou seja, no caso da dupla tributação, as normas em concurso não se contradizem, operando uma exclusão recíproca, antes pelo contrário.

Ora, é a atenuação ou eliminação deste cúmulo real de normas ou pretensões que constitui o objeto das medidas tendentes a evitar a dupla tributação.

A incapacidade de os Estados, por si só, encontrarem respostas eficazes aos problemas suscitados pelo aparecimento de situações plurilocalizadas com incidência fiscal, originando um fenómeno de cumulação de normas e pretensões, levou, como reação, à celebração de compromissos internacionais.

Estes compromissos procuraram, desde logo, estabelecer os elementos de conexão relevantes para definir o poder de tributar de cada Estado face à situação e ao facto tributário concreto, resultando num exercício de derrogação entre os Estados do poder de tributar.

1.1. Os acordos de dupla tributação

O Direito Fiscal Internacional, é um complexo de normas tributárias, de fonte interna ou de fonte internacional, cujo *ratio* é regular as relações entre Estados e entre Estados e pessoas, no contexto de situações internacionais, ou seja, situações conexas com mais do que uma ordem jurídica.

Em tais circunstâncias, vários ordenamentos tributários poder-se-ão considerar – em função dos elementos de conexão adotados pelos diferentes Estados com os quais a situação se relaciona – com legitimidade para tributar a mesma situação, ocorrendo, por aplicação das respetivas normas tributárias internas, uma dupla (ou mesmo múltipla) tributação¹⁵. Neste sentido, o principal objetivo do DFI é, justamente, prevenir, atenuar ou eliminar a dupla tributação internacional.

¹⁴ Entendido como *cúmulo de normas* ou *cúmulo de pretensões*.

¹⁵ Como nos ensina PAULA ROSADO PEREIRA, “Perante a multiplicidade das situações conexas com mais do que um ordenamento jurídico-tributário, e tendo em conta o prejuízo para a fluidez das transações internacionais que decorre do fenómeno da dupla tributação internacional, é essencial que exista uma actuação concertada a nível internacional, no sentido de criar um ambiente fiscal que não desencoraje nem distorça os investimentos e o comércio internacionais” (Pereira P. R., *Princípios do Direito Fiscal Internacional, Do Paradigma Clássico ao Direito Fiscal Europeu*, 2010, p. 22). A este propósito, refere ainda EDUARDO PAZ FERREIRA que “o movimento de liberalização da circulação de capitais, como mais

Ora, o crescimento da intensidade das relações económicas internacionais tem, naturalmente, como consequência, um aumento da ocorrência de situações cujo facto tributário, gerador de rendimento, está ligado a mais do que um ordenamento jurídico-tributário¹⁶.

Neste contexto, a dupla tributação internacional começou a ser encarada como um problema que carecia de solução, motivando os Estados, em finais do século XIX, a iniciarem a celebração de tratados internacionais com o propósito de eliminá-la¹⁷.

Naturalmente, a celebração das primeiras convenções de dupla tributação internacional (doravante designados por “CDT”) relativas à tributação do rendimento foram celebradas entre Estados que já tinham, previamente entre si, vínculos de natureza política¹⁸.

A importância que a dupla tributação internacional foi paulatinamente assumindo e o reconhecimento da necessidade de aperfeiçoar as medidas destinadas a ultrapassá-la motivou a procura pelos Estados, no contexto das organizações internacionais competentes, de soluções mais adequadas a reforçar o consenso internacional a este nível.

genericamente a globalização, nas suas diferentes modalidades, veio trazer para a primeira linha das atenções a possibilidade de uma regulação fiscal a nível mundial, ou, pelo menos, a necessidade de desenvolvimento de formas intensas de cooperação entre diferentes administrações fiscais” (Ferreira, Ensinar Finanças Públicas numa Faculdade de Direito, 2005, p. 130). A crescente necessidade de harmonização fiscal entre Estados e, bem assim, de cooperação entre diferentes administrações tributárias potenciou o surgimento das CDT, como veremos.

¹⁶ Sobre a evolução histórica do comércio internacional, *vide* (Pereira P. R., Princípios do Direito Fiscal Internacional, Do Paradigma Clássico ao Direito Fiscal Europeu, 2010, pp. 27-36) e (Ferreira & Atanásio, Textos de Direito do Comércio Internacional e do Desenvolvimento Económico, 2004). Segundos estes últimos autores, “o século XXI será, ainda mais do que o final do século XX, marcado pela globalização. A interdependência entre os diferentes países e continentes é cada vez maior e, à medida que o esforço e o tempo se contraem progressivamente, as fronteiras vão desaparecendo com o aumento das trocas comerciais, o desenvolvimento das tecnologias de informação e comunicação, a expansão do investimento estrangeiro e as constantes inovações (...)” (Ferreira & Atanásio, Textos de Direito do Comércio Internacional e do Desenvolvimento Económico, 2004, p. 33). Também sobre a evolução e importância do fenómeno comercial, *vide* (Araújo, Adam Smith - O conceito Mecanicista de Liberdade, 2001, pp. 1141-1228).

¹⁷ O que não significa que esta não fosse já uma matéria tratada pelos Estados antes daquele período. Sempre se diga que antes do século XIX já haviam sido celebradas algumas convenções em matéria tributária. Tinham por objeto, fundamentalmente, questões específicas de assistência fiscal entre os Estados (Pires M., 1984, p. 182).

¹⁸ “É o caso da convenção entre a Prússia e a Saxónia relativa a impostos directos, de 16 de Abril de 1869, das convenções entre a Áustria e a Hungria relativas à tributação de empresas comerciais e industriais, de 18 de Dezembro de 1869 e 7 de Janeiro de 1870, e da convenção entre a Áustria e a Prússia relativa à eliminação da dupla tributação (abordada pela primeira vez de forma global), de 21 de junho de 1899” (Pereira P. R., Princípios do Direito Fiscal Internacional, Do Paradigma Clássico ao Direito Fiscal Europeu, 2010, p. 28).

Foi imbuído neste espírito que, no seio da Sociedade das Nações, surgiram os primeiros Modelos de Convenção fiscal. Quer estes Modelos, quer os estudos que os antecederam e precederam, têm ainda reflexos nas regras de distribuição do poder de tributar tal como se encontram atualmente previstas no MC OCDE.

Após a extinção da Sociedade das Nações, as questões relacionadas com a tributação internacional foram retomadas ao nível da Organização das Nações Unidas, bem como da Organização Europeia de Cooperação Económica e, depois, da Organização de Cooperação e Desenvolvimento Económico (“OCDE”).

Foi já no seio da OCDE, pouco depois da sua criação¹⁹, que foi publicada, em 1963, a primeira versão do MC OCDE e dos respetivos Comentários. Nos anos seguintes o MC OCDE e os seus Comentários foram sendo sucessivamente revistos e adaptados à realidade internacional em constante mutação²⁰.

O prestígio e a influência que têm granjeado as Convenções Modelo, principalmente da OCDE, têm contribuído para que a celebração de CDT continue a ser encarada pelos Estados como uma forma especialmente eficaz de regular as situações tributárias internacionais, nomeadamente, prevenindo, atenuando ou eliminando o problema da dupla tributação internacional²¹.

As CDT procedem a uma delimitação dos poderes de tributar dos Estados contratantes, no sentido de prevenir ou eliminar a dupla tributação internacional, fazendo-o através de cedências mútuas de soberania fiscal acordadas pelos Estados contratantes, no momento da celebração da CDT. As CDT exprimem um consenso internacional relativamente a um conjunto de princípios do DFI²² – estruturais e operativos – nos quais

¹⁹ A Convenção que criou a OCDE, em substituição da OECE, foi assinada em 14 de dezembro de 1960.

²⁰ Esta revisão conduziu a diversas alterações ao MC OCDE, registando-se as mais recentes em 2000, 2003, 2005, 2008, 2015 e 2017. Estas revisões sempre se pautaram pela preocupação em aperfeiçoar tecnicamente as soluções consagradas em termos de repartição do poder tributário entre os Estados e de preencher lacunas sentidas a este nível

²¹ O que tem gradualmente facilitado o processo de negociação de convenções bilaterais entre Estados os Estados-membros da OCDE e não só, contribuindo para o contínuo aumento do número de CDT concluídas.

²² A este respeito, Rui Duarte Morais refere-se a um elevado grau de consenso relativamente às “soluções consagradas nas principais propostas elaboradas a nível internacional para delimitar os poderes tributários dos Estados em ordem a minorar o surgimento das situações de dupla tributação” (Morais, *Imputação de Lucros de Sociedades Não Residentes Sujeitas a um Regime Fiscal Privilegiado*, 2005, p. 132).

se orientam e fundamentam (nomeadamente o princípio da fonte, o princípio da residência e o estabelecimento estável²³.

Assim, cada CDT represente um acordo bilateral entre Estados contratantes quanto à distribuição do poder de tributar e o método de eliminação da dupla tributação que considerem mais conveniente face às circunstâncias e interesses em jogo.

Relativamente à distribuição do poder de tributar, as CDT, na prática, funcionam mediante o estabelecimento de limites dentro dos quais os Estados contratantes podem aplicar o seu ordenamento jurídico-tributário, recorrendo aos aludidos princípios de DFI. Assim, as CDT definem a legitimidade para tributar uma mesma situação internacional, recorrendo, sobretudo, aos *princípios da fonte, residência e estabelecimento estável*.

Nestes termos, podemos identificar na estrutura das CDT dois momentos que se encadeiam: um primeiro momento de distribuição do poder de tributar entre os Estados-contratantes, de forma a prevenir a ocorrência de dupla tributação internacional²⁴; e um segundo momento em que se prevê os métodos para eliminar a dupla tributação²⁵, caso a aplicação das regras de repartição do poder tributário previstas não tenha permitido evitar a dupla tributação²⁶.

Faz parte da soberania tributária a possibilidade dos Estados negociarem e celebrarem tratados em matéria fiscal com outros sujeitos de Direito Internacional²⁷.

²³ Os referidos princípios já foram objeto de análise neste trabalho, tendo a mesma se mostrado oportuna aquando da exposição feita sobre o Direito fiscal internacional *supra*.

²⁴ Reconhecida a competência para tributar, o Estado considerado competente exerce-a de acordo com as suas leis tributárias, exceto quando incompatíveis com o disposto numa CDT aplicável à situação.

²⁵ Sobre os métodos usados para eliminar a ou reduzir a dupla tributação internacional, (Teixeira G. , Manual de Direito Fiscal, 2012, pp. 290-296).

²⁶ Fundamentalmente, os casos de reconhecimento de competência cumulativa ao Estado da fonte e ao Estado de residência. Como menciona Paula Rosado Pereira, “A coordenação das soberanias fiscais permite que as CDT consagrem soluções técnicas e mecanismos de resolução do problema da dupla tributação mais desenvolvidos, começando pela repartição do poder tributário entre os Estados da forma mais adequada a cada caso concreto e, quando necessário, culminado o processo com a aplicação dos métodos de eliminação da dupla tributação” (Pereira P. R., Princípios do Direito Fiscal Internacional, Do Paradigma Clássico ao Direito Fiscal Europeu, 2010, p. 38). Também a este propósito, (Vasques, 2011, p. 119 e ss).

²⁷ Aspeto de grande relevância no contexto do DFI, dado que uma das suas fontes, talvez a mais importante, é justamente, a CDT. Sobre a limitação da soberania dos Estados pelo Direito Internacional Público *vide*, (Morais, Imputação de Lucros de Sociedades Não Residentes Sujeitas a um Regime Fiscal Privilegiado, 2005, p. 45). Também sobre esta questão, *vide* (Cunha, 2006, pp. 174-176). O autor critica a conceção de soberania como um poder absoluto e ilimitado. Ainda, sobre a questão dos limites heterónomos ao âmbito da incidência das leis fiscais do Estado, *vide* (Pereira & Quadros, 2007, p. 83).

O processo de negociação de uma CDT entre Estados permitirá, desde logo, limitar o exercício arbitrário da soberania fiscal e a utilização de conexões abusivas por parte de um deles²⁸. Por outro lado, sempre se diga que a auto-vinculação do Estado mediante a celebração de CDT com outros Estados é ainda uma manifestação da sua soberania tributária não obstante a existência de limitações à mesma, em parte consequência de cedências mútuas entre Estados.

1.2. Direito fiscal internacional

O Direito Fiscal Internacional (doravante, “DFI”) versa sobre as relações fiscais entre Estados e as colisões entre normas de Direito interno que podem criar uma dupla tributação jurídica relativamente ao mesmo facto tributário, dando origem à constituição de mais do que uma obrigação de imposto, quando esse facto apresente uma conexão com mais do que uma ordem jurídica (situações internacionais)²⁹.

Sendo o objeto do DFI constituído pelas situações de vida conexas com mais do que um ordenamento tributário soberano³⁰, o seu conteúdo é constituído por uma multiplicidade de normas, podendo as mesmas ser classificadas em função da fonte (interna ou internacional), natureza (direta ou indireta) e função (substancial ou instrumental).

No que diz respeito à fonte, identificam-se normas de produção interna e normas de produção internacional, destacando as constantes de tratados contra a dupla tributação.

²⁸ As próprias CDT constituem limites autónomos ao âmbito de incidência das leis tributárias do Estado, já que procedem a uma delimitação negativa da incidência criada por tais leis (Pereira P. R., *Princípios do Direito Fiscal Internacional, Do Paradigma Clássico ao Direito Fiscal Europeu*, 2010).

²⁹ Sobre a natureza do Direito Tributário Internacional e a problemática associada, *vide* (Xavier, 2011, pp. 65-94).

³⁰ A este propósito, alguma doutrina faz a distinção entre *Direito Tributário Internacional* e *Direito Internacional Tributário*, baseando-se a mesma na relação entre o Direito Internacional e o Direito Interno. Nos termos desta teoria dualista, o Direito Tributário Internacional seria constituído por normas internas e destinado a disciplinar a competência tributária internacional dos Estados, ao passo que o Direito Internacional Tributário seria constituído por normas de origem internacional e destinar-se-ia a disciplinar as relações entre Estados (enquanto sujeitos de Direito Internacional Público) no que toca a matéria tributária. Atenta a definição de Direito Fiscal Internacional apresentada neste trabalho, rejeitamos a aludida teoria dualista. Sobre esta questão, Alberto Xavier refere ser “evidente o preconceito dualista que está na origem desta distinção. Com efeito, à luz desta visão, as normas de origem internacional nunca regulariam como tal as questões tributárias internacionais, independentemente, portanto, da sua “transformação” em direito interno, limitando a sua eficácia a disciplinar relações interestatais. Para quem não aceitar a perspectiva dualista de encarar de encarar as relações entre direito internacional e direito interno, também não poderá manter a distinção acima referida, pelo menos nos termos em que é formulada” (Xavier, 2011, p. 91). No mesmo sentido, (Pereira P. R., *Princípios do Direito Fiscal Internacional, Do Paradigma Clássico ao Direito Fiscal Europeu*, 2010, p. 21).

Relativamente à natureza, o DFI contém *normas indiretas* ou *de conflitos* (também apeladas de *normas de conexão*), bem como *normas de regulação direta* ou *material*.

Sobre as *normas de conflitos*, estas definem o âmbito de incidência das leis tributárias internas dos Estados, delimitando-o unilateralmente ou bilateralmente, mas sem que determinem, por si só, o modo como a situação em causa será tributada³¹.

Pelo contrário, as *normas materiais*³² pressupõem resolvido o problema do seu âmbito de incidência e definem diretamente a disciplina normativa da situação internacional em causa³³. Ou seja, após resolvido o problema da atribuição da competência a um ou a mais Estado, determina o modo como a tributação se deve operar.

³¹ Numa articulação entre esta classificação de normas e a relativa à fonte, podemos distinguir entre: *normas de conflito de fonte interna* ou *normas de delimitação* (numa denominação avançada por ALBERTO XAVIER) – normas que se cingem a definir unilateralmente o âmbito espacial de incidência do ordenamento jurídico tributário, sem no entanto tomar posição quanto a um qualquer concurso eventualmente decorrente da aplicação cumulativa deste ordenamento com um outro que também se ache competente para tributar; e *normas de conflito de fonte internacional* ou *normas de colisão* (numa denominação também avançada por ALBERTO XAVIER) – normas constantes de tratados contra a dupla tributação que, não se cingindo a definir os casos em que o ordenamento interno é aplicável, decidem, em tese, qual dos dois ordenamentos jurídicos potencialmente interessados na tributação se aplica à situação concreta. Ao contrário das primeiras, destas últimas resulta a definição do âmbito espacial de um ordenamento frente a outro ordenamento distinto (em concurso), procedendo ao reconhecimento das respetivas competências em termos exclusivos ou cumulativos. Nestes termos, as normas de colisão podem revestir duas modalidades, consoante reconheçam a *competência exclusiva* de um dos ordenamentos (*normas de repartição* ou *de reconhecimento de competência exclusiva*) ou, pelo contrário, reconheçam a *competência cumulativa* (*normas de cumulação* ou *de reconhecimento de competência cumulativa*). As normas de repartição cingem-se apenas ao problema dos limites das leis, não tendo por objeto um caso de concurso de leis (poder-se-ia referir, em tese, que se está, através destas normas, a prevenir um concurso de leis). Por seu turno, as normas de cumulação reconhecem a competência tributária cumulativa entre dois Estados. São normas convencionais que estabelecem que determinados tipos de rendimentos podem ser tributados quer pelo Estado da residência quer pelo Estado da fonte, assim originando um concurso real de pretensões (sem avançar, contudo, uma possível solução que ultrapasse este concurso). Sobre este tema, permitindo um estudo mais aprofundado, vide (Xavier, 2011, pp. 53-62).

³² Como bem expõe Alberto Xavier, as *normas de conflito* (na modalidade de delimitação e colisão) dizem respeito à *definição da competência*, ao passo que as *normas materiais* são normas de limitação de *competência tributária dos Estados* (Xavier, 2011, p. 63).

³³ Sobre as normas materiais, importa referir que estas já não se debruçam sobre o reconhecimento da lei aplicável (de forma exclusiva ou cumulativa). Sendo certo que pressupõem aquele momento prévio, estas normas procuram resolver o concurso real de pretensões que as regras delimitação ou repartição de competências entre Estados originou. São normas de limitação de competência. Nestes termos, já não revestem a natureza de normas de conflitos, mas sim de normas materiais de solução de conflitos. As normas materiais podem revestir duas modalidades: normas de regulamentação direta (internas) e normas de limitação de competência ou atenuação (internacionais). As normas de regulamentação direta ditam a disciplina substancial das situações tributárias com elementos de conexão com mais de um Estado: é o caso das normas de fonte interna que, por exemplo, disciplinam o modo como são tributados os não residentes ou as sucursais de empresas estrangeiras. As normas de limitação de competência ou atenuação (internacionais), são disposições convencionais que determinam de modo direto como a tributação deve operar: no que concerne ao Estado da residência, através dos “métodos” clássicos da isenção ou da imputação; e no que concerne ao Estado da fonte, por via do estabelecimento de limites máximos às taxas aplicáveis. Sobre este tema, permitindo um estudo mais aprofundado, vide (Xavier,

Neste âmbito, importa referir que também a norma de conflitos do DFI, seja ela de fonte interna ou internacional, apresenta uma estrutura de que fazem parte uma *previsão* e uma *estatuição*. A *previsão* da norma de conflitos do DFI abrange dois elementos: o *conceito-quadro* e o *elemento de conexão*.

Na esteira de ALBERTO XAVIER, o *conceito-quadro* exprime o próprio facto (tributário) que é objeto da definição do âmbito de incidência espacial da lei interna, operada pela norma de conflitos.

Por sua vez, o elemento de conexão é o instrumento técnico através do qual aquela definição atua e consiste na ligação do facto (tributário) descrito no conceito-quadro à ordem jurídica que se irá aplicar à questão em causa³⁴. Após este momento, seguir-se-á, logicamente, a estatuição ou consequência da norma de DFI.

Como é apanágio da norma de conflitos, o comando previsto na estatuição traduz-se na designação/ delimitação de uma dada lei (ou ordem jurídica) como sendo a aplicável à situação em causa³⁵. Como anteriormente referido, as normas materiais têm um conteúdo mais amplo, pois, após a referida delimitação pelas normas de conflitos, definem ainda providências de regulamentação direta da situação tributária internacional³⁶.

O DFI abrange, ao lado de normas substanciais (conflitos ou materiais) normas instrumentais, cujo objeto já não é delimitação da competência legislativa entre Estados, como acontece nas primeiras, mas sim a delimitação da eficácia das leis no espaço, mediante a prática de atos pelos órgãos nacionais de aplicação do direito. Ou seja, a definição da extensão do poder tributário do Estado e da sua capacidade de fazer aplicar os respetivos comandos normativos³⁷.

2011, pp. 53-64), (Pereira P. R., *Dupla tributação internacional e convenções*, 2007, pp. 49-51) e (Guerra, 2007, pp. 62-67).

³⁴ Sobre a diferença entre *objeto da conexão* e *elemento de conexão*, vide (Pires M. , 1984, p. 472).

³⁵ Cf. (Xavier, 2011, pp. 55-56).

³⁶ Como refere ALBERTO XAVIER, “As normas de Direito Tributário Internacional podem, assim, ter um duplo objecto: o problema do âmbito espacial de incidência das leis – limites das leis – que é objecto de normas de conflitos em sentido técnico; e o problema da solução dos casos de aplicação cumulativa das leis, em virtude da sobreposição dos respetivos âmbitos de incidência – o concurso de leis – que é objecto de normas materiais” (Xavier, 2011, p. 57).

³⁷ Conforme nos explica ALBERTO XAVIER, “A solução prevalecente na actual fase de convívio entre os Estados é a da inadmissibilidade da produção automática dos efeitos jurídicos típicos de tais actos de direito público, sendo, por isso, necessárias medidas de assistência administrativa ou judiciária (Amtshilfe, Rechtshilfe), pelas quais determinado Estado pratica, a solicitação do outro, os actos administrativos (por

Do DFI fazem parte um conjunto de princípios fundamentais que definem as grandes linhas orientadoras desta ordem jurídico-tributária, fornecendo uma justificação para as normas concretas, constituindo a sua base e explicando as razões da sua existência e teor. Princípios perfeitamente reconhecidos por parte dos diversos intervenientes na ordem jurídica em apreço, sejam eles Estados, Instituições Internacionais, agentes económicos ou os próprios cidadãos.

Neste sentido, as normas relativas ao tratamento das situações tributárias internacionais, tanto na legislação de cada Estado como das CDT por eles celebradas (estas, em grande medida baseadas, no Modelo de Convenção Fiscal sobre o Rendimento e o Património da OCDE, doravante designada por “MC OCDE”) deverão ser observadas de forma sistematizada, graças aos princípios do DFI que lhes subjazem.

A análise das normas *supra* referidas permite identificar, dada a sua presença constante, diversos princípios característicos do DFI, os quais podemos, num primeiro exercício de classificação, dividir entre *princípios estruturais* e *princípios operantes*.

1.2.1. Princípios estruturais

Os *princípios estruturais* correspondem às grandes orientações que definem a estrutura, as principais características e os valores fundamentais da ordem jurídico-tributária internacional. Assentam em ideias de justiça, equidade e eficiência.

São princípios base sobre os quais se constrói esta ordem jurídica e, consequentemente, as respetivas normas e procuram nortear a coordenação entre Estados, relativamente ao poder de tributar situações internacionais e à prevenção ou eliminação da dupla tributação internacional.

Como *princípios estruturais* do Direito Fiscal Internacional, tem sido identificado o *princípio da soberania*, o *princípio da equidade* e o *princípio da neutralidade*.

exemplo, notificações, pedidos de informações) ou judiciais requeridos (por exemplo, execução forçada de créditos), mas sempre em obediência aos procedimentos previstos pelas leis internas dos Estados solicitados” (Xavier, 2011, p. 59). Ou seja, é necessária para o efeito a cooperação entre Estados e respetivas administrações fiscais e autoridades judiciais.

1.2.1.1. Princípio da soberania

A soberania tributária permite ao Estado criar e implementar a sua própria política fiscal, exercendo o seu poder tributário relativamente a situações tributárias internas e a situações tributárias internacionais com elementos de conexão relevantes com esse Estado.

Neste sentido, faz parte da soberania tributária a possibilidade de os Estados celebrarem entre si tratados em matéria fiscal. Este aspeto assume particular relevância, dado que a CDT é uma das fontes mais importantes do DFI.

No âmbito da soberania fiscal, e com relevância no âmbito do DFI, cumpre autonomizar dois aspetos distintos, embora complementares: o *âmbito de incidência* e o *âmbito de eficácia*, em termos espaciais, das leis tributárias de um Estado. Em concreto, e com interesse para o que nos propomos tratar, o *âmbito de incidência* das leis tributárias prende-se com a delimitação do poder legislativo do Estado, ou seja, com a possibilidade de a legislação fiscal de um Estado abarcar na sua previsão pessoas, bens e factos localizados no território de outro Estado³⁸.

Ora, o DFI promove, na sua missão de evitar ou eliminar a dupla tributação e a evasão fiscal internacionais³⁹, procurando dirimir quaisquer conflitos que surjam entre dois ou mais Estados neste âmbito, eventuais limitações à soberania fiscal dos Estados.

No caso das CDT, esta limitação é por demais evidente, existindo uma limitação do Estado na definição dos elementos de conexão através de um processo negocial (bilateral). O resultado é repartição do poder de tributar entre estados, tendo, como consequência, a limitação do exercício arbitrário da soberania fiscal e a utilização de conexões abusivas por parte de um dos Estados (com o intuito de arrecadar, por hipótese, maior receita)⁴⁰.

³⁸ Estamos no âmbito da margem de liberdade dos Estados para, em primeiro lugar, “definirem quais os elementos de conexão que considerem relevantes para fundamentar o seu poder de tributar situações fiscais internacionais; em segundo lugar, para definirem os contornos de cada um dos elementos de conexão consagrados na sua legislação interna; e, em terceiro (mas em íntima conexão com os dois pontos anteriores), para determinarem a extensão do seu poder de tributar”, cf. (Pereira P. R., Em Torno dos Princípios do Direito Fiscal Internacional, 2015, pp. 206-207).

³⁹ Para aprofundamento do tema da evasão fiscal no plano internacional, *vide* (Menezes Leitão L. T., 1993, pp. 299-330), (Menezes Leitão L. M., 1999) e também (Saldanha Sanches J. L., Os Limites do Planeamento Fiscal - Substância e Forma no Direito Fiscal Português, Comunitário e Internacional, 2006, pp. 259-446).

⁴⁰ Sobre a problemática da soberania fiscal face à internacionalização e à integração europeia, *vide* (Nabais, Por um Estado Fiscal Suportável - Estudos de Direito Fiscal, 2005, pp. 184-202).

Por outro lado, as próprias CDT “constituem limites autónomos ao âmbito de incidência das leis tributárias do Estado, na medida em que procedem a uma delimitação negativa da incidência criada por tais leis”⁴¹.

1.2.1.2. Princípio da equidade

A equidade está associada à problemática da justiça material, não existindo uma definição única de equidade⁴². Do princípio da equidade⁴³ decorrem as orientações gerais que deverão guiar a formulação das normas destinadas a concretizar a repartição do poder de tributar entre os Estados e a eliminar a dupla tributação internacional, incorporando um conjunto de valores com base nos quais deve ser feita uma apreciação crítica por forma a se aferir da justiça e adequação de uma norma no âmbito do DFI⁴⁴.

Em virtude das diversas dimensões em que este princípio se pode movimentar, diversos autores têm vindo a autonomizar, dentro dele, duas perspetivas distintas: a equidade entre sujeitos passivos⁴⁵ (*inter-individual equity* ou *tax-payer equity*) e a equidade entre Estados (*inter-nations equity*).

⁴¹ Cf. (Pereira P. R., Em Torno dos Princípios do Direito Fiscal Internacional, 2015, p. 207).

Curiosamente, e como já aforado, podemos identificar no DFI e nas CDT uma dupla vertente: por um lado consubstanciam um exemplo de limitação da soberania fiscal do Estado, do seu poder tributário; por outro, enquanto processo de auto-vinculação do Estado, consciente e voluntário, as CDT são a expressão última do exercício da soberania fiscal por parte desse mesmo Estado (contratante).

⁴² Sobre a problemática de decidir com recurso à equidade, (Cordeiro, 1990). Também sobre o tema, (Ribeiro, 1997).

⁴³ Associado a este princípio, está a ideia de que a distribuição da carga fiscal entre os indivíduos deve ser equitativa e não arbitrária, devendo cada um suportar uma parcela considerada justa dos encargos em função da sua capacidade contributiva.

⁴⁴ Sobre o princípio da equidade, *vide* (Vogel, Worldwide vs. source taxation of income - A review and re-evaluation of arguments (Part III), 1988, p. 393 e ss).

⁴⁵ Sobre o conceito de sujeito passivo: A incidência subjetiva ou pessoal pode ser encontrada, no caso português, em vários códigos fiscais, mas o conceito de *sujeito passivo* encontra-se consagrado na Lei Geral Tributária, tendo a mesma surgido com o objetivo de clarificar e sistematizar os direitos e garantias dos contribuintes e os poderes da Administração fiscal. Assim, nos termos do artigo 18.º n.º 3 da LGT, “O sujeito passivo é a pessoa singular ou colectiva, o património ou a organização de facto ou de direito que, nos termos da lei, está vinculado ao cumprimento da prestação tributária, seja como contribuinte directo, substituto ou responsável”. O mesmo diploma considera sujeito passivo quer o contribuinte direto (entidade relativamente à qual se verifica o facto gerador do imposto), quer o substituto ou responsável, adiantando, contudo, a alínea a) do n.º 4 do mesmo artigo que não é sujeito passivo quem suporta o encargo do imposto “por repercussão legal, sem prejuízo do direito de reclamação, recurso, impugnação ou de pedido de pronúncia arbitral nos termos das leis tributárias”. Ainda sobre o conceito, *vide* (Vasques, 2011), (Nabais, Direito Fiscal, 2017), (de Freitas, 2014) e (Campos & Soutelinho, 2012).

A *equidade entre sujeitos passivos* está relacionada com as posições relativas dos sujeitos passivos e com a justiça e adequação do tratamento fiscal que lhes é imposto.

Nestes termos, importa compreender se as soluções propostas no âmbito do DFI, sobretudo para a prevenção e eliminação da dupla tributação internacional, são ou não equitativas, ou seja, se afastam problemas de concretos de falta de neutralidade e se são adequadas do ponto de vista dos interesses dos sujeitos passivos envolvidos. Não se trata, portanto, de uma mera comparação entre a posição de sujeitos passivos em diferentes Estados.

Por outro lado, a *equidade entre Estados* está relacionada com a definição do Estado que envolvido numa situação tributária internacional deverá ter o direito de tributar e em que medida. A equidade entre Estados é fundamental no contexto de repartição do poder de tributar entre Estados, da definição da extensão desse poder e das correspondentes receitas fiscais.

A equidade, enquanto juízo de adequação da norma ao caso concreto, e como decorrência das orientações e valores conexos com esta figura, deverá permitir o alcance de uma repartição justa do poder tributário, da base tributável e da receita fiscal entre diversos Estados, não devendo limitar as respetivas oportunidades de desenvolvimento económico⁴⁶.

Relacionado com esta vertente do princípio da equidade está a discussão relativa à tributação pelo Estado da fonte *versus* a tributação pelo Estado de residência⁴⁷, e à atribuição de um direito exclusivo ou cumulativo de tributar a cada um desses Estados.

Não obstante tratar-se de uma problemática complexa, sempre se diga existir uma clara prevalência da tributação no Estado da residência sobre a tributação no Estado da fonte.

Pelo contrário, a *equidade entre Estados* em conjugação com a ideia de “ligação económica”⁴⁸ com um determinado Estado, da atividade e do correspondente rendimento, tem sido utilizada em defesa do reforço da tributação no Estado fonte do rendimento

⁴⁶ “O princípio da equidade também logra aplicação no âmbito internacional. Este princípio indica uma distribuição justa do rendimento entre países importadores e exportadores (*inter-country equity*)” (Teixeira G. , Manual de Direito Fiscal, 2012).

⁴⁷ Que não desenvolveremos neste trabalho.

⁴⁸ Ideia que desenvolveremos mais adiante para justificar a reformulação dos atuais elementos de conexão.

gerado por transações internacionais⁴⁹, o que, segundo tem sido defendido, permitira alcançar uma distribuição mais equitativa dos poderes tributários entre Estados⁵⁰.

1.2.1.3. Princípio da neutralidade

Por último, o DFI deve ter em consideração o impacto económico-financeiro do tratamento fiscal das situações tributárias internacionais, ou seja, não deve descurar a problemática da neutralidade. A neutralidade⁵¹ está assim relacionada com a ideia de uma eficiente alocação de recursos, enquanto forma de maximizar a eficiência económica.

Não merece discussão que, e num contexto de economia de mercado, os agentes económicos procedem à colocação dos seus recursos ponderando uma multiplicidade de aspetos, que variam em função do tipo de investimento pretendido, entre os quais o nível de tributação a que os correspondentes (e potenciais) rendimentos ficarão sujeitos.

Este aspeto terá particular importância uma vez que o agente económico, na análise que efetuar, comparará o rendimento líquido de impostos que poderá obter nos vários Estados candidatos à localização do investimento.

É neste contexto que a tributação é percecionada como um fator de distorção ao fluxo mais eficiente de capitais, sendo desejável que esta tenha, para aquele efeito (e na ótica do agente económico), uma influência tão reduzida quanto possível.

Os impostos deveriam assim ser, tanto quanto possível, neutrais, ou seja, não deveriam influenciar ou distorcer as decisões dos investidores⁵².

Todavia, dada a diversidade de sistemas fiscais nacionais, parece inevitável que a sua interação gere algum tipo de distorções. O papel do DFI será o de alcançar o maior grau de neutralidade possível, evitando introduzir fatores adicionais de perturbação para

⁴⁹ *Vide* (Source and Residence: New configuration of their principles).

⁵⁰ Cf. (Pereira P. R., Em Torno dos Princípios do Direito Fiscal Internacional, 2015, p. 210).

⁵¹ Para uma análise aprofundada do princípio da neutralidade, *vide* (Pereira P. R., Em Torno dos Princípios do Direito Fiscal Internacional, 2015, pp. 210-215), (Vogel, Which method should the European Community adopt for the avoidance of double taxation?, 2002, p. 4 e ss) e (Vogel, Worldwide vs. source taxation of income - A review and re-evaluation of arguments (Part III), 1988, p. 311 e ss).

⁵² Conforme nos ensina PAULA ROSADO PEREIRA, em concretização do princípio da neutralidade, o Direito Fiscal Internacional “deve procurar não interferir na afectação óptima, em termos económicos, dos recursos produtivos existentes, tentando reduzir ao mínimo as distorções provocadas por aspectos fiscais nas decisões dos agentes económicos” (Pereira P. R., Em Torno dos Princípios do Direito Fiscal Internacional, 2015, p. 211).

além daqueles que inevitavelmente decorrem da interação entre diferentes sistemas fiscais, configurando assim também uma limitação ao exercício de soberania por parte dos Estados.

1.2.2. Princípios operativos

Diversamente, os *princípios operativos* correspondem a aspetos substanciais da repartição entre os Estados do poder de tributar e da eliminação da dupla tributação. Os seus reflexos ao nível das regras jurídicas, tanto do direito interno dos Estados como das CDT por estes celebradas, são mais concretos se comparados com os dos *princípios estruturais*.

Não estamos na presença de um conjunto de princípios que num exercício ético-moral pretendem conformar a coordenação entre Estados para que estes tendencialmente encontrem o caminho mais adequado no que toca ao poder de tributar situações internacionais e à prossecução do objetivo de prevenir ou eliminar a dupla tributação internacional.

Os *princípios operativos* norteiam, sim, as soluções concretas e os regimes consagrados no âmbito do DFI. Oferecem um conjunto de ferramentas de aplicação prática na resolução dos conflitos de dupla tributação de Estados. Conferem o lastro teórico que subjaz aos tradicionais elementos de conexão relevantes para, sobretudo, fundamentar o poder de tributar dos Estados e a extensão do mesmo.

Nestes termos, importa referir que os *princípios operativos* devem, sempre, ser coerentes com o conteúdo dos *princípios estruturais* e espelhar os valores por estes definidos.

Como *princípios operativos* do Direito Fiscal Internacional, tem sido identificados os seguintes: (i) quanto à repartição do poder de tributar entre Estados, o *princípio da residência*, o *princípio da fonte* e o *princípio do estabelecimento estável*; (ii) quanto à amplitude (extensão) do poder de tributar dos Estados, o *princípio da universalidade* e o *princípio da territorialidade*; e (iii) quanto a outros aspectos substanciais da tributação, o *princípio da tributação como entidades independentes*, o *princípio da tributação distinta e sucessiva de sociedades e sócios* e, por fim, o *princípio da não-discriminação tributária*.

Dada a importância para o que nos propomos discutir no presente trabalho, analisaremos com maior grau de pormenor os princípios relativos à repartição do poder de tributar e à extensão do mesmo, não obstante algumas breves referências e considerações *en passant* quanto aos restantes sempre que necessário.

1.2.2.1. Princípio da Residência e Princípio da Fonte – Os elementos de conexão⁵³

O *elemento de conexão* é um dos instrumentos nucleares em torno do qual gravita toda a estrutura da norma de conflitos⁵⁴. Como referido anteriormente, o *elemento de conexão* integra a *previsão* da norma de conflitos, a par do *conceito-quadro*, permitindo estabelecer a ligação entre o facto descrito pelo *conceito-quadro* e o ordenamento jurídico aplicável⁵⁵ e, bem assim, definir o âmbito de aplicação das leis desse ordenamento à situação em causa.

Dada a diversidade de factos tributários passíveis de apresentarem conexão com mais do que uma ordem jurídica, também diversos poderão ser os elementos de conexão encontrados que estabeleçam uma ligação entre situações tributárias internacionais e o ordenamento jurídico-tributário dos Estados envolvidos.

Assim, poder-se-á dar o caso de a lei ou as convenções recorrerem a mais do que uma conexão nas suas previsões normativas, originando situações de pluralidade de conexões, também designadas por *conexão complexa* ou *múltipla*, por contraposição à *conexão simples* ou *única*. A *conexão complexa* ou *múltipla*, pode revestir três modalidades: *subsidiária*, *alternativa* e *cumulativa*⁵⁶.

⁵³ Tratando-se de matéria que será desenvolvida com maior detalha adiante, procuraremos apenas nesta fase avançar com um enquadramento genérico do *princípio da residência* e do *princípio da fonte*. Sobre estes princípios, remetemos para (Pereira P. R., Princípios do Direito Fiscal Internacional, Do Paradigma Clássico ao Direito Fiscal Europeu, 2010, pp. 85-131), (Xavier, 2011, pp. 22-30 e 226-232) e (Pires M. , 1984, pp. 212-239).

⁵⁴ Cf. (Pereira P. R., Dupla tributação internacional e convenções, 2007, pp. 48-49).

⁵⁵ Como refere ALBERTO XAVIER, para além do papel desempenhado pelo elemento de conexão no seio da previsão da norma de conflitos, a “sua influência também se faz sentir na estatuição da norma, pelo que nos situamos no grupo daqueles que pensam ser tal elemento “bifrontal”, no sentido de que ocupa posição em ambos os setores da proposição normativa” (Xavier, 2011, p. 223).

⁵⁶ No caso da conexão subsidiária, a norma prevê duas ou mais conexões, sendo que uma delas (secundária) só se aplicará na falta ou impossibilidade da conexão primária. Por outro lado, no caso da conexão alternativa, a norma prevê duas conexões igualmente aptas para produzir o mesmo efeito. Por último, na conexão cumulativa, a norma prevê dois ou mais elementos de conexão cuja ocorrência em simultâneo é necessária para determinado efeito se produza. Para uma análise mais aprofundada desta

Uma outra classificação entre elementos de conexão que fará sentido mencionar é a que separa elementos de conexão *variáveis* ou *móveis* dos elementos de conexão *invariáveis* ou *fixos*. Os primeiros, como se antevê, caracterizam-se pela suscetibilidade de mudar no tempo e no espaço (como a residência e a sede), ao contrário dos últimos (como o lugar da celebração de um contrato ou o lugar da situação do imóvel). Daí a importância, sobretudo no contexto dos impostos periódicos por natureza, de fixar o momento temporal relevante para efeitos de delimitação da ordem jurídico-tributária com competência para tributar⁵⁷.

Na procura de conexões relevantes entre situações tributárias internacionais e um determinado Estado, optou-se, naturalmente, pelos elementos constitutivos do próprio Estado – menos mutáveis às transformações socioeconómicas –, determinantes da sua soberania política (cuja soberania tributária é uma manifestação).

Assim, com base nos aspetos determinantes da soberania estadual, mostra-se possível identificar elementos de conexão – das situações tributárias internacionais com a jurisdição tributária de um Estado – de *natureza objetiva*, relativos ao facto tributável, e de *natureza subjetiva* (diversos da nacionalidade⁵⁸), referentes ao titular do rendimento⁵⁹.

Os referidos elementos de conexão – a *fonte do rendimento* e a *residência* do respetivo titular – permitem chegar aos dois grandes princípios consensualmente aceites, por Estados e organizações internacionais, no que toca à fundamentação do poder tributário dos Estados: o *princípio da fonte* e o *princípio da residência*⁶⁰.

Assim, perante uma situação tributária internacional, importa, recorrendo aos elementos de conexão relevantes, determinar o Estado onde se localiza a atividade ou o

distinção, *vide* (Xavier, 2011, p. 224), (Colaço, Direito Internacional Privado, 1959, p. 20 e ss) e (Colaço, Da qualificação em Direito Internacional Privado, 1964, p. 19 e ss).

⁵⁷ Para demonstrar a importância de fixar o momento temporal relevante para efeitos de tributação, e pegando num exemplo apresentando por ALBERTO XAVIER, pense-se numa sociedade que transferiu a sua sede de um país abrangido por tratado contra a dupla tributação para outro país dele excluído (Xavier, 2011). Exemplo este que até poderia configurar uma situação de *treaty shopping*: quando um sujeito não residente em nenhum dos Estados partes de um tratado, residente, portanto, num Estado terceiro, desloca a sua residência para um daqueles Estados apenas com o intuito de beneficiar do regime favorável do tratado, regime do qual, de outro modo não beneficiaria.

⁵⁸ A residência, por exemplo.

⁵⁹ No presente trabalho, analisaremos, sobretudo, os elementos de conexão nos impostos sobre o rendimento.

⁶⁰ A este propósito, veja-se (Pires M. , 1984, pp. 260-293), (Xavier, 2011, pp. 226-230), (Dourado, A tributação dos rendimentos de capitais: a harmonização na comunidade europeia, 1997, pp. 59-92).

investimento e no qual o rendimento é produzido (Estado da fonte) e o Estado no qual reside o titular do rendimento de origem estrangeira (Estado da residência)⁶¹.

Os *princípios da residência e da fonte* não se excluem mutuamente, sendo reconhecida a aplicação cumulativa, com ou sem limitações, de ambos quer na legislação interna da maioria dos Estados quer nas CDT que tem vindo a ser celebradas⁶². Não se verifica, portanto, em termos gerais, a atribuição exclusiva do direito de tributar ao Estado da fonte ou ao Estado da residência com exceção de alguns tipos específicos de rendimento⁶³.

A única divergência que vai subsistindo, e que importa referir, está relacionada com a maior ou menor amplitude do próprio conceito de fonte, ou seja, com os critérios que permitem ligar a fonte a um dado território. Sendo certo que é uma divergência que ganhou algum fulgor nos últimos anos, dados os novos e crescentes problemas suscitados pela realidade intangível/ digital/ virtual/ incorpórea típica da economia digital e do comércio eletrónico face a uma realidade até então profundamente marcada pela “fiscalidade” dos elementos⁶⁴, a verdade é que esta divergência não é nova. Tem vindo a ocupar o DFI e a sua evolução, acompanhado a crescente complexidade das situações fiscais internacionais.

Encontrar a fonte de um rendimento numa economia transversal e global em que as fronteiras se aproximam e dissipam, sempre consubstanciou um desafio e obrigou a múltiplas adaptações por parte dos diferentes Estados e do DFI⁶⁵.

Neste sentido, certas legislações não se bastam com o critério da fonte para fundamentar a tributação dos não-residentes, limitando-se a tributá-los apenas nos casos

⁶¹ Importa não esquecer, como refere Alberto Xavier, a existência de “casos em que a lei se utiliza da técnica das *presunções* ou *ficções* para definir elementos de conexão caracterizados pelo recurso a um conceito mais amplo. São exemplos, as normas segundo as quais um serviço se considera prestado no território do domicílio do prestador ou do domicílio do beneficiário; um tripulante de navio ou aeronave, se considera residente no território em que se localiza a direção efetiva da empresa que os explora (...)” (Xavier, 2011, p. 226).

⁶² Embora, como já referido, com uma prevalência do princípio da residência. Esta realidade tem sido criticada por diversos autores, como (Vogel, *Worldwide vs. source taxation of income - A review and re-evaluation of arguments* (Part III), 1988, p. 216), (Pires M. , 1984, p. 266 e 273) e (Pistone, 2002, pp. 200-222).

⁶³ Sobre a ponderação relativamente aos princípios da residência e da fonte, (Pereira P. R., *Em Torno dos Princípios do Direito Fiscal Internacional*, 2015, pp. 226-230).

⁶⁴ Sobre esta contraposição, vide (Pires R. C., *Tributação Internacional do Rendimento Empresarial*, 2011, p. 257).

⁶⁵ As sucessivas alterações à MC OCDE são disso exemplo.

em que disponham de um estabelecimento estável⁶⁶ que exprime uma formulação restrita do *princípio da fonte*.

Após a determinação do poder de tributar de um Estado, através dos elementos de conexão relevantes – *residência, fonte* e, por resultar da interseção entre estes dois conforme referido, o *estabelecimento estável* – importará, também, definir a extensão do mesmo, isto é o alcance do âmbito de incidência das legislações fiscais internas.

1.2.2.1.1. A residência

A residência surge como um elemento de conexão subjetivo, representando uma ligação pessoal ou subjetiva do sujeito ao território⁶⁷.

De acordo com o *princípio da residência*, a conexão relevante para fundamentar o poder tributário de um Estado é a residência no seu território do titular dos rendimentos em causa⁶⁸. Segundo este princípio, o Estado tem o direito de tributar os rendimentos dos seus residentes. Este princípio assegura a ligação do rendimento a determinado Estado com base num elemento de conexão pessoal ou subjetivo⁶⁹. Distingue-se entre residência *individual* e residência de entes *coletivos*, conforme estejamos perante pessoas singulares ou pessoas coletivas, respetivamente.

⁶⁶ Como veremos mais adiante, conexo ao estabelecimento estável está a ideia de *economic allegiance*. Segundo RITA CALÇADA PIRES, deve ser entendido que, “mesmo sendo o E.E. a figura-base reveladora da possibilidade de efectivar a tributação na fonte, não é o E.E. a razão de ser última. Essa tributação deriva da existência de uma forte ligação económica (*economic allegiance*) do facto tributário a determinado território” (Pires R. C., Tributação Internacional do Rendimento Empresarial, 2011, p. 237), fortemente representada pelo Estabelecimento Estável.

⁶⁷ Sobre a residência, *vide* (Pires R. C., Tributação Internacional do Rendimento Empresarial, 2011, pp. 214-227) e (Xavier, 2011, pp. 226-230).

⁶⁸ De referir que a noção de *residência* ou *domicílio* para efeitos da delimitação da esfera de incidência das normas tributárias de um Estado é distinta da noção de *domicílio fiscal* de direito interno, este último diz respeito a um lugar determinado que serve de referência ao exercício de direitos e cumprimentos de deveres estabelecidos pelas normas tributárias e para efeitos de circunscrição territorial em cuja área se situem os serviços de administração competentes para a prática de atos relativos à situação fiscal do contribuinte (cf. no caso português o art.º 19 da LGT).

⁶⁹ Para uma explicação concisa de *residência*, (Pereira P. R., Dupla tributação internacional e convenções, 2007, pp. 51-52).

O princípio da residência escora-se na ideia de que o estado em que uma pessoa singular ou coletiva reside é aquele com o qual são mais intensos os vínculos de solidariedade que fundamentam o dever de pagar impostos⁷⁰.

De referir que a qualificação como residente pertence ao direito interno de cada Estado.⁷¹ O próprio n.º 1 do art.º 4.º do MC OCDE, para definir residência, remete para os conceitos presentes nas normas dos ordenamentos jurídicos nacionais, apresentando, é certo, algumas referências orientadoras como *domicílio*, *residência*, *local de direção* ou *a qualquer outro critério de natureza similar*.

Assim, e face aos critérios do direito interno de cada um deles, pode suceder que dois Estados considerem a mesma pessoa como residente no seu território, configurando um caso de dupla residência (ou *dual residence*). Nestes termos, e na ausência de uma convenção contra a dupla tributação, ambos os Estados podem ter a pretensão de tributar a mesma pessoa por todos os seus rendimentos independentemente da respetiva origem (*world wide income*), na medida em que cada um deles a considera residente no seu território.

Ora a função da CDT é, justamente, definir qual das residências prevalecerá para efeitos tributários, escolhendo uma (*residência escolhido*) em detrimento de outra (*residência preterida*)⁷².

⁷⁰ A residência pode ser aferida em função de duas conceções: uma conceção subjetivista e uma conceção objetivista. Em traços gerais, a noção subjetivista de residência requer exige, para além da permanência física num dado local (*corpus*), a intenção de o sujeito se tornar residente de um certo país (*animus*), ou seja, implicam a cumulação de dois elementos. Pelo contrário, a noção objetivista de residência implica apenas a presença física de uma pessoa num certo território (*corpus*), fixando a duração necessária para que a estadia se converta em residência.

Sobre o conceito de *residência* ou *domicílio* e sobre as noções subjetivistas e objetivistas de *residência*, vide (Xavier, 2011, pp. 280-296). A título de exemplo, o direito português define o conceito de residência que se situa a meio caminho entre a noção meramente objetiva e a noção subjetiva (cf. respetivamente, alíneas a) e b) do art.º 16.º do CIRS, no caso de pessoas singulares). A de residência das pessoas coletivas no direito português é aferida através de dois elementos de conexão alternativos: a sede e a direção efetiva (cf. respetivamente, alínea a) do n.º 1 e n.º 3 do art.º 2 do CIRC).

⁷¹ Como refere RITA CALÇADA PIRES, o “conceito tradicional de residência no plano internacional constrói-se com recurso aos conceitos de residência presentes nos ordenamentos jurídicos nacionais” (Pires R. C., Tributação Internacional do Rendimento Empresarial, 2011, p. 214). Tendo apenas por limite a “natureza da conexão adoptada, que deve ser o domicílio, a residência, o local da direção ou qualquer outro critério de natureza análoga” (Xavier, 2011, p. 291).

⁷² Importa referir que no sistema convencional a residência fiscal só pode ser uma (*princípio da unicidade da residência*). Razão pela qual se, em face dos critérios da convenção, uma pessoa for considerada residente num Estado contratante, passa a ser automaticamente “não residente” no outro, ainda que o estatuto de residente também lhe seja atribuído pela lei interna deste último (Xavier, 2011, p. 292).

O MC OCDE, no n.º 2 e n.º 3 do seu artigo 4.^{o73}, aplica um sistema baseado em regras de preferência ou *conexões subsidiárias* para definir a única residência fiscalmente relevante no caso da mesma pessoa ser considerada residente por ambos os Estados contratantes. Trata-se de um conjunto de hipóteses a serem aplicadas respeitando a sequência constante do artigo 4.º da MC OCDE. O carácter exaustivo destes critérios de conexão subsidiária, aptos a resolver uma multiplicidade de situações de dupla residência, são comumente designados por *tie-breaker rules*⁷⁴.

A *dupla residência* não é um fenómeno exclusivo das pessoas singulares, pode também suceder que mais do que uma ordem jurídica considere uma pessoa coletiva localizada no seu território (*dual resident companies*), sendo necessário fixa um critério de preferência na repartição dos poderes tributários⁷⁵.

Neste sentido, o n.º 3 do art.º 4.º da MC OCDE estabelece que prevalecerá o critério do local da “direção efetiva” (*place of effective management*), entendendo-se por este, o local onde são tomadas, na sua substância, as decisões-chave, tanto a nível de gestão como a nível comercial, necessárias ao exercício das atividades da entidade na sua globalidade⁷⁶ (*center of top level management*)⁷⁷.

Não nos deixemos, contudo, enganar pela aparente facilidade de identificação daquele local.

É indispensável mencionar que no campo de ação do Direito Internacional Fiscal a identificação/ delimitação da residência das pessoas coletivas sempre se pautou por especiais dificuldades⁷⁸. Dificuldades estas explicadas pelo facto de o MC OCDE apenas

⁷³ A MC OCDE adota como sinónimos os conceitos de *domicílio* e *residência*.

⁷⁴ Sobre a dupla residência das pessoas singulares, *vide* (Xavier, 2011, pp. 291-294).

⁷⁵ Como identifica RITA CALÇADA PIRES, para a “residência individual, a OCDE apresenta uma listagem hierarquicamente organizada, completa e clara, o mesmo não acontece para a residência societária. De facto, no referente a esta, o único critério a ter em consideração, no caso de dupla residência de pessoas colectivas, será a direção efectiva” (Pires R. C., Tributação Internacional do Rendimento Empresarial, 2011, p. 216).

Sobre a escolha do critério da direção efetiva, parágrafo 22 dos comentários ao n.º 3 do art.º 4.º do MC OCDE: “Não se afigura uma solução adequada conferir importância a um critério puramente formal, como é o registo. Daí que o número 3 tome em consideração o local em que a sociedade, etc., é efectivamente dirigida” (OCDE C. , MC OCDE, junho 2015, p. 138).

⁷⁶ Cf. parágrafo 24 dos comentários ao n.º 3 do art.º 4.º do MC OCDE (OCDE C. , MC OCDE, junho 2015).

⁷⁷ Sobre a dupla residência de pessoas coletivas, *vide* (Xavier, 2011, pp. 294-296), (Pires R. C., Tributação Internacional do Rendimento Empresarial, 2011, pp. 215-217) e (Câmara, 2001, p. 69 e ss).

⁷⁸ Sobretudo, por comparação à residência *individual*.

oferecer como critério delimitador da residência a figura da *direção efetiva*, cuja definição é omissa⁷⁹.

A maioria da doutrina tem reconduzido o conceito de *direção efetiva* ao local onde são tomadas as decisões centrais e fundamentais de gestão e comerciais⁸⁰.

A direção efetiva envolve uma análise factual, onde o decisivo não é o local onde se opera o resultado das diretivas de gestão, mas onde elas são efetivamente tomadas, sendo que, caso haja uma impossibilidade de determinar esse local, tem sido admitido a utilização do local da residência dos administradores ou, caso não seja possível, do acionista único ou principal, aplicando-se, em caso de uma nova dupla residência, os critérios oferecidos pelo n.º 2 do artigo 4.º do MC OCDE.

De todo o modo, a grande questão relativamente à determinação da residência de uma pessoa coletiva continua a ser o recurso ao conceito de *direção efetiva* e à ausência da respetiva definição. É certo que nas tentativas de explicação do conceito de *direção efetiva* se recorre ao local onde se tomam as “decisões-chave”, as “decisões estratégicas” ou as “decisões centrais”, mas mesmo estas referências carecem de algum grau de concretização, sobretudo no contexto atual de dispersão dos centros de tomada de decisão possibilitada pelas novas tecnologias de informação e comunicação. Na prática, será no ordenamento jurídico nacional, através de quem aplica a CDT que se definirá o que se entende por direção efetiva.

Neste sentido, têm sido identificados diversos indicadores que pretendem auxiliar na localização da direção efetiva de uma pessoa coletiva:

- “Lugar onde são realizadas as reuniões do Conselho de Administração;
- Lugar onde são tomadas as decisões mais importantes;
- Quem adopta as decisões mais importantes;
- Lugar onde é adoptada a “política societária” e quem a determina;

⁷⁹ O parágrafo 24 dos comentários ao n.º 3 do art.º 4.º do MC OCDE, numa tentativa algo débil, procura definir o local de direção efetiva como o local onde são tomadas as decisões estratégicas e determinantes para a atividade da pessoa coletiva, quer do ponto de vista da gestão quer do ponto de vista comercial, ou seja, o local da gestão global. Contudo este comentário não parece ser suficientemente elucidativo, sobretudo porque procura definir um conceito através da remissão para outros conceitos que também carecem de concretização. Razão pela qual sempre se observou um esforço por parte da doutrina, da jurisprudência e das administrações tributárias dos diferentes Estados em construir e preencher este conceito.

⁸⁰ Cf. (Pires R. C., *Tributação Internacional do Rendimento Empresarial*, 2011, pp. 216-218) e (Vogel, *Double taxation conventions*, 1997, pp. 262-263).

- A existência de outros corpos sociais, por exemplo conselhos consultivos, e com que tipo de poderes; (vi)
- Apuramento sobre se o Conselho de Administração recebe instruções de terceiros, residentes noutros Estados, para deliberar;
- Quem celebra os contratos societários, bem como determinar se estes contratos estão sujeitos a outras aprovações prévias ou ratificações posteriores, além das possíveis autorizações concedidas pela Assembleia Geral no âmbito normal de um controlo do Grupo;
- Lugar onde são celebrados os demais contratos da Sociedade;
- Verificar a existência de contratos de administração celebrados por entes terceiros que não os administradores eleitos pela Assembleia Geral”⁸¹.

A escolha da direção efetiva como critério identificativo da residência societária em detrimento de outros critérios como o do local de constituição ou registo, reflete uma escolha da prevalência da substância sobre a forma por parte do DFI.

Significa isto que se deverá privilegiar a essência das coisas mais do que as meras formalidades.

Além do mais o critério da direção efetiva para definição da residência pretende demonstrar a existência de uma forte conexão económica entre determinada pessoa coletiva e um território.

Relativamente à extensão do poder tributário do Estado da residência, o princípio da residência aparece, em muitos casos, associado ao princípio da tributação universal, segundo o qual o Estado tem o direito de tributar os rendimentos obtidos pelos seus residentes tanto no seu território como fora dele⁸².

Na maioria dos atuais sistemas fiscais vigentes, a tributação pela Estado da residência tende a obedecer ao *princípio da universalidade* (ou *princípio da tributação universal ilimitada*), nos termos do qual as pessoas singulares ou coletivas residentes num Estado ficam sujeitas, nesse Estado, a uma obrigação tributária ilimitada, sendo tributados

⁸¹ Cf. (Câmara, 2001, p. 69 e ss).

⁸² Diversos argumentos têm sido esgrimidos em prol ou contra a aplicação do *princípio da residência*. Não cabendo no objeto do presente trabalho a tomada de posição sobre esta temática, importa, todavia, identificar os principais argumentos utilizados. Para o desenvolvimento deste tema, vide (Pereira P. R., Em Torno dos Princípios do Direito Fiscal Internacional, 2015, pp. 218-221).

todos os seus rendimentos independentemente da respetiva origem (*world wide income*) – quer sejam eles obtidos no Estado de residência ou no estrangeiro.

Estamos perante uma extensão “extra-territorial” da lei interna⁸³. Não optar pela tributação segundo o *princípio da universalidade* deixando de parte os rendimentos de fonte estrangeira faria, muito provavelmente, o Estado em questão incorrer na violação do *princípio da igualdade* – próprio dos impostos pessoais sobre o rendimento – ao discriminar entre os seus residentes, dado que uns, por só auferirem rendimentos de fonte interna, ficariam com uma maior sobrecarga fiscal face aos demais.

Por outro lado, a não tributação dos rendimentos de fonte estrangeira representaria, como facilmente se percebe, uma perda de receitas para o Estado de residência e, bem assim, um estímulo à exportação de capitais no caso de uma menor tributação no Estado fonte, na medida em que os rendimentos da sua aplicação no estrangeiro poderiam sofrer uma menor carga fiscal do que os de produção interna⁸⁴.

Curiosamente, como bem identifica ALBERTO XAVIER, os mesmos sistemas fiscais que optam tributar os seus residentes por todos os seus rendimentos independentemente da respetiva origem tendem a impor uma obrigação limitada aos não-residentes⁸⁵, submetendo a imposto apenas os rendimentos que tenham a respetiva fonte localizada no seu território⁸⁶.

Contudo, em certos sistemas fiscais, e ao contrário do referido *supra*, o Estado de residência opta por uma tributação dos seus residentes apenas quanto aos rendimentos de fonte interna – consubstanciando uma obrigação tributária limitada –, renunciado fazê-lo quanto aos rendimentos de fonte externa. Confirmando que não há uma correlação absoluta entre o *princípio da residência* e ao *princípio da universalidade*.

⁸³ Conforme, (Pereira P. R., Em Torno dos Princípios do Direito Fiscal Internacional, 2015, p. 231)

⁸⁴ Conforme (Xavier, 2011, p. 229) e (Pires M. , 1984, p. 237).

⁸⁵ (Xavier, 2011, p. 231).

⁸⁶ Estamos no contexto do *princípio da fonte* e da sua relação com a amplitude do poder de tributar, como veremos em seguida.

1.2.2.1.2. A fonte

Por seu turno, de acordo com o *princípio da fonte*⁸⁷, a conexão relevante para fundamentar o poder tributário de um Estado é o local de origem ou proveniência dos rendimentos. Segundo este princípio, o Estado tem o direito de tributar os factos ocorridos no seu território, independentemente de os titulares do rendimento serem ou não seus nacionais, serem ou não-residentes.

O princípio da fonte assegura, assim, a ligação do rendimento a determinado território com base em elementos de conexão reais ou objetivos⁸⁸. O princípio da fonte ampara-se na ideia de que o estado em que um concreto rendimento tem origem é aquela cuja ação mais contribui para a respetiva formação⁸⁹.

Adianta-se desde já que, contrariamente ao que se passa no âmbito da residência, não há na fonte um poder generalizado e universal de tributação.

Em virtude das dificuldades por vezes sentidas em determinar a localização da fonte ou origem de um rendimento a doutrina logrou desenvolver, a par da noção clássica de fonte de rendimento, entendida, *grosso modo*, como fonte da sua *produção*, a noção de fonte do seu *pagamento*⁹⁰.

Neste âmbito, têm-se entendido que a fonte do rendimento é um conceito económico que respeita à sua *produção* e a fonte pagamento é um conceito financeiro que

⁸⁷ Sobre a fonte, vide (Xavier, 2011, pp. 297-305) e (Pires R. C., Tributação Internacional do Rendimento Empresarial, 2011, pp. 227-228).

⁸⁸ No imposto sobre o rendimento, que particularmente nos interessa, o elemento de conexão fundamental é o lugar da situação da fonte dos rendimentos. Contudo, importa referir que os elementos de conexão objetivos tendem a variar conforme os tributos em causa. Por exemplo, nos impostos prediais, o elemento de conexão dominante é o lugar da situação do imóvel (*locus rei sitae*); nos impostos sucessórios, pode ser o lugar da abertura da herança ou situação dos bens.

⁸⁹ Cf. (Vasques, 2011, p. 118).

⁹⁰ Quanto a distinção entre ambos, refere ALBERTO XAVIER que, no caso da noção de fonte de rendimento enquanto fonte da sua produção existe um nexo causal direto entre o rendimento e o fato que o determina; pelo contrário, na noção de fonte de rendimento enquanto fonte do seu pagamento está em causa a origem dos recursos que representam rendimento para o respetivo beneficiário (Xavier, 2011, p. 298). A este respeito, também PAULA ROSADO PEREIRA refere a necessidade de se recorrer a dois conceitos de fonte: (i) *Fonte (de produção) do rendimento ou fonte em sentido económico* – trata-se da fonte de rendimento propriamente dita. É um conceito económico, referente à produção do rendimento (...); (ii) *Fonte de pagamento ou fonte em sentido financeiro* – é um conceito financeiro, relativo à realização do rendimento e não à sua produção (...). Para além das duas acepções de fonte acima referidas, os elementos de conexão objetivos compreendem ainda *elementos de conexão reais* (também designados por elementos de conexão “*lex rei sitae*”). Os elementos de conexão reais respeitam à localização de bens móveis e imóveis, em função da qual determinam o âmbito espacial de aplicação do imposto” (Pereira P. R., Em Torno dos Princípios do Direito Fiscal Internacional, 2015, p. 222).

respeita à sua *realização*. Releva que “a determinação do lugar da fonte de cada tipo de rendimento deve ser efetuada, caso a caso, face ao direito positivo interno e convencional⁹¹”, ou seja, a interseção das duas dimensões é necessária por forma a fundamentar o poder de tributar do Estado fonte do rendimento.

Do ponto de vista prático, a tributação do Estado da fonte caracteriza-se, na maioria dos casos, mediante a aplicação de uma retenção na fonte sobre o valor do rendimento. Todavia, o princípio da fonte não atribui, geralmente, um direito exclusivo de tributação ao Estado da fonte⁹².

Sobre a extensão do poder tributário, o Estado da fonte não tem um poder de tributação sobre todos os rendimentos auferidos pelo respetivo beneficiário, tem apenas poder de tributação sobre os rendimentos originados no correspondente território. Estamos assim perante uma tributação limitada aos rendimentos derivados de fontes localizadas no território desse Estado (podendo-se, assim, estabelecer uma ligação ao *princípio da territorialidade*)⁹³, reconhecendo-se à fonte o poder efetivo de tributar o rendimento desde que se verifiquem graus mínimos (*threshold*) de presença no território em questão⁹⁴.

Como refere RITA CALÇADA PIRES, a “tributação na fonte é um direito do espaço fiscal respetivo que não poderia tributar outros rendimentos, que não apenas os originados no seu território⁹⁵”, por inexistência de outro elemento de conexão relevante para estabelecer a ligação entre um rendimento e o Estado onde o mesmo se gera/ produz.

Ou seja, esta pertença económica (*economic allegiance*) apenas se manifesta quanto aos rendimentos originados nesse território visto ser esse único vínculo existente com o Estado fonte, já que o beneficiário desses rendimentos assume-se como um não-residente.

⁹¹ Cf. (Xavier, 2011, p. 299).

⁹² Os casos de atribuição ao Estado da fonte de um direito exclusivo de tributação são, nos termos da MC OCDE, bastante restritos e relativos apenas a tipos de rendimentos muito específicos, conforme nos demonstra o artigo 19.º do MC OCDE (OCDE C. , Modelo de Convenção Fiscal sobre o Rendimento e o Património, 2011).

⁹³ Em sentido idêntico ao referido relativamente ao *princípio da residência*, também sobre o *princípio da fonte* têm sido esgrimidos vários argumentos em prol e contra a sua aplicação. Para o desenvolvimento deste tema, *vide* (Pereira P. R., Em Torno dos Princípios do Direito Fiscal Internacional, 2015, pp. 223-226).

⁹⁴ De referir que no caso dos rendimentos decorrentes da atividade de um ente coletivo, o elemento que surge normalmente como limite mínimo (ou limiar mínimo de presença) para existir tributação é o Estabelecimento Estável.

⁹⁵ (Pires R. C., Tributação Internacional do Rendimento Empresarial, 2011, p. 227).

Relativamente ao Estado fonte, observa-se que prevalece, na maioria dos sistemas fiscais, a regra da tributação dos não-residentes apenas pelos rendimentos obtidos de fontes localizadas no seu território (*source principle*) – obrigação tributária limitada, numa clara aceção à limitação de base territorial – *princípio da territorialidade*⁹⁶.

Nestes termos, ao *princípio da universalidade* contrapõe-se o *princípio da territorialidade*⁹⁷.

Ainda sobre a amplitude de tributar do Estado da fonte, mostra-se consensual o entendimento de que, dificilmente, esta poderia ser maior, uma vez que a extensão do âmbito espacial de aplicação das leis de um Estado a rendimentos auferidos fora do seu território, por pessoas sem uma conexão subjetiva relevante⁹⁸ a esse Estado (residência ou sede), ou seja, que nela não residam, não só seria contrária às regras do DFI, podendo resultar em diversos casos de ingerência na soberania de outros Estados, como de extraordinária dificuldade de execução.

Como melhor se verá adiante, a crescente desmaterialização factos tributários (perda de “fiscalidade”) associada à economia digital e a interdependência económica e jurídica que os liga implica uma dificuldade acrescida na determinação da localização da fonte dos diversos tipos de rendimentos.

1.2.2.2. O princípio do estabelecimento estável

Relativamente à repartição entre Estados do poder de tributar, especificamente, rendimentos empresariais, é amplamente reconhecido o *princípio do estabelecimento*

⁹⁶ Segundo alguns autores estará aqui em causa não o princípio da territorialidade *per se*, mas o princípio da limitação territorial. Como ensina PAULA ROSADO PEREIRA, o *princípio da limitação territorial*, “exprime bem a existência de uma limitação da obrigação tributária numa base territorial, ou seja, limitação da obrigação tributária aos rendimentos obtidos de fontes localizadas em determinado território” (Pereira P. R., Em Torno dos Princípios do Direito Fiscal Internacional, 2015, p. 205). Compreendendo-se o esforço conceptual da autora, entende-se, contudo, que o conteúdo do *princípio da territorialidade* é o bastante para exprimir esta ideia de (de)limitação do alcance do âmbito de incidência da legislação fiscal interna do Estado através das suas fronteiras. Subjaz desde logo ao *princípio da territorialidade*, a existência de uma ligação entre o facto tributável e o ordenamento jurídico do Estado em virtude daquele ocorrer/ ter como fonte o território deste, assim legitimando o seu poder de tributar. Assim parece-nos não ser necessário um outro conceito que expresse esta limitação do poder tributário pelo território, sendo o *princípio da territorialidade* suficientes conceptualmente para o efeito.

⁹⁷ No mesmo sentido, (Nabais, A Soberania Fiscal no actual quadro de internacionalização, integração e globalização económicas, 2006, p. 499).

⁹⁸ Existindo essa conexão subjetiva relevante, a legitimidade tributária do Estado adviria dela e já não da posição de Estado fonte.

estável enquanto elemento de conexão relevante para fundamentar o poder de tributar do Estado⁹⁹.

Para que exista estabelecimento estável torna-se necessário que estejam preenchidas várias condições¹⁰⁰:

- a) que exista um local de negócio (*place of business*¹⁰¹);
- b) o local tem de se situar numa área localizada;
- c) o contribuinte tem de ter o direito de usar esse local;
- d) o uso do local de negócio tem de ter alguma permanência;
- e) as atividades desenvolvidas nesse local têm de ser atividades empresarias tal como definidas no tratado e nas leis internas.

Diz-nos a prática que os rendimentos de uma empresa são tributados pelo Estado onde se localiza a respetiva residência (sede).

Não é, porém, uma regra absoluta: a existência de um estabelecimento estável de uma empresa (à qual está associado) num outro Estado gera a possibilidade desse Estado tributar os rendimentos que possam legitimamente ser reconduzidos a esse estabelecimento estável¹⁰². Essa tributação deriva da existência de uma forte ligação económica (*economic allegiance*) do facto tributário a determinando território corporizada, neste caso, pelo estabelecimento estável¹⁰³.

⁹⁹ Como nos ensina LUÍS DE MENEZES LEITÃO, o “conceito de estabelecimento estável consiste, como se sabe, num importantíssimo elemento de conexão nas normas de conflitos relativos à tributação do rendimento, e aparece como uma consequência da mobilidade das empresas e dos cidadãos que livremente se vêm instalar em Estados diferentes do seu Estado nacional, ao abrigo do direito de estabelecimento” (Menezes Leitão L. M., 1999, p. 137).

O conceito de estabelecimento estável encontra-se previsto no artigo 5.º do MC OCDE. Não obstante uma certa harmonização do conceito, subsistem algumas interpretações diversas em diferentes CDT. Ainda, sobre o atual conceito de E.E. e os problemas com a sua interpretação, *vide* (Santos & Lopes, Tax Sovereignty, Tax Competition and the Base Erosion and Profit Shifting Concept of Permanent Establishment, 2016).

¹⁰⁰ Cf. (Guimarães, O conceito de estabelecimento estável e o comércio electrónico, 2000, p. 161). Estas condições decorrem do art.º 5.º do CIRC, no caso português, e do artigo 5.º do MC OCDE, os quais apresentam definições semelhantes. Assim, quando abordarmos o E.E. real no MC OCDE desenvolveremos com maior pormenor estas condições.

¹⁰¹ Na terminologia do art.º 5.º, n.º 1 do MC OCDE.

¹⁰² Tributação que terá de respeitar várias regras e princípios jurídicos, incluindo o princípio da não discriminação caso conste da CDT uma cláusula idêntica ou similar à do artigo 24.º, n.º 3 do MC OCDE.

¹⁰³ Com interesse, refere RITA CALÇADA PIRES a existência de outros elementos reveladores da *economic allegiance* “no referente aos rendimentos provenientes de actividades móveis, em especial para os rendimentos provenientes de actividades móveis” (Pires R. C., Tributação Internacional do Rendimento Empresarial, 2011, p. 237).

Este princípio desempenha um papel importantíssimo na articulação entre o *princípio da residência* e o *princípio da fonte*¹⁰⁴.

Por um lado, limita a regra da tributação do lucro das empresas exclusivamente no Estado da sua residência (sede), repartindo-o com o Estado da fonte, no caso de lucros imputáveis a um estabelecimento estável situado no território deste último (conforme artigo 7.º do MC OCDE). Neste sentido – e contrariando aquilo que, de alguma forma, constitui a norma nos compromissos assumidos entre Estados (fonte e de residência) por forma a prevenir a dupla tributação internacional –, o princípio do *estabelecimento estável* revela uma concessão ao princípio da fonte, através da derrogação do poder de tributar por parte do Estado de residência (sede) da sociedade matriz a que pertencem e da qual são parte integrante.

Por outro, o princípio do estabelecimento estável corresponde a uma formulação restrita do *princípio da fonte*, na medida em que faz depender a tributação do Estado fonte da existência de um estabelecimento estável no seu território e limita tal tributação aos lucros que sejam imputáveis a esse estabelecimento estável (considerado enquanto empresa separada e independente a exercer uma atividade).

Assim, quaisquer lucros empresariais que não possam ser reconduzidos a um estabelecimento estável serão exclusivamente tributados no Estado de residência (sede).

Esta regra implica que só serão tributadas atividades económicas quando existam laços significativos entre a empresa e esse Estado¹⁰⁵. Consagra-se por este meio uma ideia de pertença económica.

O conceito de *estabelecimento estável* está intimamente ligado à problemática da soberania tributária dos Estados. Se no âmbito do direito interno¹⁰⁶ o conceito de estabelecimento estável é nuclear para efeitos da definição do regime de tributação de

¹⁰⁴ Nesse sentido, (Pereira P. R., O papel do estabelecimento estável no Direito Fiscal Internacional, 2013, p. 573 e ss).

¹⁰⁵ Em consequência, a “legitimidade do Estado fonte para tributar os lucros empresariais depende, portanto, do modo como a atividade que os origina é exercida no seu território e da estrutura material ou pessoal de que a empresa estrangeira ali dispõe para o seu exercício. Deste modo, escapam ao poder tributário do Estado fonte os lucros de atividades que, embora exercidas no seu território, não recorram a uma estrutura que corporize um estabelecimento estável aí existente” (Pereira P. R., Em Torno dos Princípios do Direito Fiscal Internacional, 2015, p. 233).

¹⁰⁶ Sobre o conceito de estabelecimento estável na ordem jurídica interna e nas Convenções celebradas por Portugal, (Cardona, 1995, pp. 265-273). Para a compreensão da evolução do conceito no âmbito das instituições internacionais, vide breve explicação de (Pereira P. R., O papel do estabelecimento estável no Direito Fiscal Internacional, 2013).

entidades não-residentes pelos rendimentos empresariais obtidos (enquanto Estado fonte), também o é no âmbito internacional a propósito da regulamentação de normas de repartição do poder de tributar entre aquele Estado (fonte) e o Estado da residência da sede da entidade (do qual o estabelecimento estável é uma extensão)¹⁰⁷, cuja pretensão de tributar se baseia no princípio fundamental de que estão sujeitos à respetiva soberania tributária os seus residentes pela totalidade dos rendimentos auferidos, ainda que provenientes de fonte estrangeira¹⁰⁸.

Pela via da celebração de CDT, os dois Estados acordam (de)limitar a respetiva soberania fiscal através da regulação e aceitação bilateral do conceito de estabelecimento estável¹⁰⁹. Trata-se de uma limitação ou restrição (voluntária, sempre se diga) à soberania dos Estados, uma vez que apenas a celebração de CDT impedirá que sejam aplicadas ao mesmo facto tributário duas normas de incidência constantes de duas ordens jurídicas distintas¹¹⁰.

O conceito de estabelecimento estável permite uma decomposição em dois elementos: num elemento *estático* e num elemento *dinâmico*. Assim, o elemento *estático* exprime a organização/ estrutura através da qual se desenvolve uma certa atividade; o elemento *dinâmico* exprime a atividade desenvolvida¹¹¹.

A verificação cumulativa dos dois elementos *supra* é necessária à existência do estabelecimento estável, pois, por um lado, não haverá um estabelecimento estável se existir uma organização à qual não está associada qualquer atividade, por outro, não haverá estabelecimento estável se uma entidade não-residente exercer uma atividade num determinado Estado sem que para isso disponha de uma organização que a veicule nesse mesmo Estado.

¹⁰⁷ Cf. (Pereira P. R., O papel do estabelecimento estável no Direito Fiscal Internacional, 2013, p. 573). Ou seja, o conceito de estabelecimento estável tem uma dupla valência: nacional e internacional.

¹⁰⁸ Ou seja, a utilização deste expediente (o estabelecimento estável) implica uma situação de dupla tributação jurídica que cumprirá resolver, na medida em que o Estado do estabelecimento estável vai tributar os rendimentos obtidos pelo estabelecimento estável que a ele sejam imputados por virtude de estar fisicamente situado naquele Estado e os rendimentos serem aí percebidos, e o Estado da residência da sociedade a que aquele estabelecimento estável está associado vai tributar os rendimentos dessa sociedade, nos quais se inclui os rendimentos do estabelecimento estável, havendo assim sobreposição de tributação sobre o mesmo rendimento (Guerra, 2007).

¹⁰⁹ Cuja existência e verificação vai depender o exercício do poder de tributar do Estado da respetiva instalação.

¹¹⁰ No mesmo sentido do que foi ora dito, *vide* (Menezes Leitão L. M., 1999, pp. 137-138) e (Cardona, 1995, pp. 247-257).

¹¹¹ Cf. (Xavier, 2011, p. 311).

Quanto ao tipo de organização associada ao conceito de estabelecimento estável a doutrina tem vindo a distinguir entre *estabelecimentos reais* – que se traduzem em instalações fixas, propriamente ditas – e *estabelecimentos pessoais* – os quais se traduzem em representações¹¹².

O preenchimento do conceito de estabelecimento estável, por vezes complexo e sujeito a dificuldades, sobretudo ao nível da aplicação das CDT¹¹³ – os diversos comentários existentes ao artigo 5.º do MC OCDE demonstram isso mesmo (OCDE C. , MC OCDE, junho 2015, pp. 143-201) – permite, no caso concreto, assumir a existência de uma estrutura de tipo empresarial utilizada no desenvolvimento de uma atividade económica regular no território em questão, determinando, em consequência, a respetiva tributação nesse Estado em termos muito similares aos aplicáveis a uma entidade jurídica autónoma aí localizada.

Há, assim, uma tributação baseada num nexó pessoal de conexão, idêntico ao aplicável em relação às pessoas coletivas residentes¹¹⁴.

Os *estabelecimentos estáveis* não têm personalidade jurídica distinta daquele de que são mero prolongamento (sociedade matriz a que pertencem e da qual são parte integrante)¹¹⁵.

Contudo, e contrariando as teorias da unidade da pessoa coletiva, para efeitos tributários, os *estabelecimentos estáveis* são entendidos como um património autónomo da sociedade a que pertencem, não sendo por isso tributados em conjunto com os restantes rendimentos daquela¹¹⁶.

¹¹² Sobre esta distinção, *vide* (Pereira P. R., O papel do estabelecimento estável no Direito Fiscal Internacional, 2013, pp. 572-573). Abordá-la-emos com maior detalhe nos capítulos sobre Estabelecimento Estável Real e Estabelecimento Estável Agência, respetivamente.

¹¹³ Quanto a esta matéria, *vide* (Pereira P. R., Princípios do Direito Fiscal Internacional, Do Paradigma Clássico ao Direito Fiscal Europeu, 2010, pp. 138-144).

¹¹⁴ A este propósito, (Teixeira M. D., 2007).

¹¹⁵ Ao contrário do que sucede com as filiais, sociedades afiliadas ou subsidiárias. Assim, os estabelecimentos estáveis, por não terem personalidade jurídica, nunca são parte de qualquer contrato que concluem. O sujeito que figura como parte em qualquer contrato será a sociedade matriz que representam.

¹¹⁶ Esta autonomia patrimonial conferida pelo Direito Tributário, conexas com o *princípio da tributação como entidades independentes*, subjacente ao regime previsto nos artigos 7.º e 9º do MC OCDE, pressupõe que cada unidade de um grupo de empresas seja tratada como uma entidade autónoma e independente das restantes. Para uma análise detalhada do *princípio da tributação como entidades independentes*, *vide* (Pereira P. R., Em Torno dos Princípios do Direito Fiscal Internacional, 2015, pp. 240-243) e, especificamente no caso português, (Teixeira M. D., 2007, pp. 49-91).

Verifica-se o apuramento do lucro tributável e o pagamento do correspondente imposto relativamente a cada empresa associada ou *estabelecimento estável*, individualmente considerada e enquanto empresa distinta e separada a exercer uma atividade, independentemente de estar integrada um grupo empresarial internacional.

Este princípio cria, nas situações tributárias internacionais promovidas por entidades relacionadas, as condições de base que permitem a conjugação com os princípios relativos ao fundamento e à extensão do poder de tributar dos Estados, procurando regular a divisão das receitas tributárias entre os vários Estados nos quais as partes da empresa multinacional – sejam elas estabelecimentos estáveis ou empresas associadas – desenvolvem a sua atividade¹¹⁷.

Nestes termos, estamos perante um tipo específico de não-residente (o não residente com estabelecimento estável), cujas características e presença no território do Estado fonte em muito se assemelham às dos seus residentes, justificando, em abstrato, uma sujeição às regras tributárias semelhantes às aplicadas a estas últimas¹¹⁸.

Contudo, importa ter presente que, tratando-se de um sujeito passivo não-residente, sem uma personalidade jurídica autónoma daquela sociedade matriz a que pertence e exterior ao Estado da fonte, o regime fiscal do estabelecimento estável apresenta, em regra, distinções relativamente ao aplicável aos sujeitos passivos residentes¹¹⁹.

Independentemente dos tipos de estabelecimentos estáveis previstos, e da maior ou menor cedência feita aos elementos que compõem a noção base do conceito de estabelecimento estável, a característica apontada pela maioria da doutrina como fundamental à subsunção de uma realidade ao conceito de estabelecimento estável é a “fiscalidade”.

¹¹⁷ Nos termos dos artigos 9.º n.º 1 e 7.º n.º 2 do MC OCDE, respetivamente, são estabelecidas as regras de determinação do rendimento tributável tanto de empresas associadas como de estabelecimentos estáveis

¹¹⁸ Segundo GLÓRIA TEIXEIRA, “Regra geral, os lucros do estabelecimento estável são tributáveis segundo os mesmos critérios de tributação aplicáveis às sociedades residentes. No entanto, poderão ser aplicadas algumas disposições fiscais especiais” (Teixeira G. , Manual de Direito Fiscal, 2012, pp. 280-282).

¹¹⁹ Sobre o tratamento do não residente em Portugal como sujeito passivo de IRC, (Teixeira M. D., 2007, pp. 16-20).

Em qualquer atividade, com qualquer duração, para existir um estabelecimento estável exigir-se-ia a presença física. Assim, requer-se que a instalação em análise seja corpórea, palpável e perceptível ao olhar humano¹²⁰.

Como adiante melhor desenvolveremos, a conceção de estabelecimento estável implica, nos parâmetros tradicionais, a ocupação de um local, de um espaço físico.

O pendor na *fiscalidade* compreende-se pelo contexto em que foi criado originalmente o conceito de estabelecimento estável – a segunda revolução industrial¹²¹ –, numa época em que a forma empresarial de agir era marcada pela necessidade da presença física.

Todo o modelo e *corpus* legislativo que daí adveio regeu-se, naturalmente, pelo elemento corpóreo e pela ocupação visível e palpável daí decorrentes. Trata-se de um elemento ainda muito presente nos cânones do Direito Fiscal Internacional.

Contudo, hoje, tal como naquele período, vivemos um momento absolutamente disruptivo na forma como a atividade das empresas e agentes económicos se desenvolve e, consequentemente da economia.

A essencialidade da fiscalidade encontra-se em crise, pois já não se mostra necessária a existência de um espaço físico para o livre desenvolvimento de uma atividade económica.

Importará compreender, no âmbito deste admirável novo mundo da economia digital, se, uma vez mais, se mostra possível, tal como se fez para os estabelecimentos estáveis por ficção, proceder a uma espécie de interpretação adaptativa dos elementos característicos da noção base de estabelecimento estável por forma a enxertar as novas realidades, nomeadamente identificando elementos que permitam apurar graus mínimos de presença (e, consequentemente de pertença económica) no território de um determinado Estado.

¹²⁰ Cf. (Pires R. C., *Tributação Internacional do Rendimento Empresarial*, 2011, p. 253).

¹²¹ A propósito da contextualização do aparecimento do estabelecimento estável, (Skaar, 1991, p. 65 e ss), (Pereira P. R., *O papel do estabelecimento estável no Direito Fiscal Internacional*, 2013, pp. 572-586), (Cardona, 1995, pp. 250-256) e (Menezes Leitão L. M., 1999, pp. 138-139).

1.2.2.2.1. Estabelecimento Estável no Modelo de Convenção OCDE

A definição de estabelecimento estável encontra-se prevista no artigo 5.º do MC OCDE, relevando a articulação com o artigo 7.º, o qual prevê os princípios relativos à imputação do lucro ao estabelecimento estável.

Sobre o conceito de *estabelecimento estável*, duas teorias concorreram para a sua definição: a *teoria da realização*, no âmbito da qual só seriam estabelecimentos estáveis, as instalações que adquirissem ou realizassem um lucro, tendo portando um carácter imediatamente produtivo; e a *teoria da pertença económica*, no âmbito da qual bastaria, para a existência de um estabelecimento estável, que as instalações se inserissem na economia de um Estado, independentemente do seu carácter imediatamente produtivo.

O MC OCDE, no seu artigo 5.º, que consagra a *teoria da pertença económica*, muito embora esta sofra algumas limitações em nome da *teoria da realização*, define estabelecimento estável como uma instalação fixa através da qual a empresa exerce toda ou parte da sua atividade¹²².

Assim podemos identificar como características do estabelecimento estável a (i) existência de uma instalação material, o (ii) de permanência da mesma, (iii) faça parte da empresa; (iv) a qual deve exercer a sua atividade nesta instalação ou por meio dela.

Apresenta uma construção cuja ideia de “fiscalidade” surge como elemento central do estabelecimento estável.

A título de exemplo, a ideia de “fiscalidade” como elemento central do estabelecimento estável é fortemente veiculada através da permanente referência feita ao elemento físico no artigo 5.º do MC OCDE e respetivos comentários:

- No parágrafo 4 dos comentários ao n.º 1 do artigo *supra*, a propósito do elemento *instalação*, são mencionados, para o definir, termos como local, material,

¹²² No mesmo sentido, RITA CALÇADA PIRES ao referir que se encontra ausente da noção geral de estabelecimento estável a “exigência de produtividade da instalação. Não foi aqui aceite a *teoria da realização*, mediante a qual um E.E. só seria E.E. quando a sua exploração gerasse directamente um benefício. Pelo contrário, o disposto nas primeiras disposições do artigo 5.º revela a adopção da *teoria da pertença económica*. Segundo esta teoria, e como se viu, permite-se que toda e qualquer estrutura económica situada num país possa vir a ser considerada E.E., mesmo que contribua apenas indirectamente para a produção do lucro empresarial” (Pires R. C., *Tributação Internacional do Rendimento Empresarial*, 2011, p. 239).

instalação, espaço. Estes conceitos carregam uma exigência de “fiscalidade”. Só existem pela presença de um elemento físico que lhes dá forma;

- No parágrafo 5 dos comentários ao n.º 1 do artigo *supra*, a propósito da referência a fixa, quando afirma a necessidade de uma ligação entre a instalação e um ponto geográfico, recorre-se, uma vez mais, à ideia de “fiscalidade”;
- No n.º 2 do artigo em apreço, todos os exemplos apresentados têm uma natureza física e dependem da presença dos requisitos exigidos para efeitos do n.º 1 (cf. parágrafo 12 dos comentários ao n.º 2 do artigo), o que reforça a exigência de “fiscalidade” e de consideração de um elemento geográfico;
- No caso das ficções de estabelecimento estável, no caso da cláusula relativa ao estaleiro de construção, ainda que contornando o elemento fixidez, valorizando o elemento temporal, insiste-se na “fiscalidade” ao prever-se a necessidade de mobilidade do estaleiro permanente e ao apelar a uma avaliação da unidade/coerência comercial e geográfica¹²³.

Contudo já não se retira daquela definição de estabelecimento estável qualquer exigência de produtividade ou rentabilidade associadas àquela instalação fixa. Facto é que o carácter produtivo da atividade não foi acolhido na definição do MC OCDE, afastando-se, por conseguinte, a teoria da realização.

Como sublinha NEUSA LIQUITO, a “importância da contextualização do Estabelecimento Estável não se esgota no binómio tributação na fonte / tributação na residência, nem na tentativa de eliminação atenuação da dupla tributação internacional”, ou seja, “não se encontra unicamente em «jogo» a capacidade de tributação, mas qual a jurisdição a quem compete proceder à isenção, quem deve suportar o desconto de créditos, entre as diversas problemáticas que envolvem esta questão”¹²⁴.

¹²³ Cf. (Pires R. C., *Tributação Internacional do Rendimento Empresarial*, 2011, p. 158).

¹²⁴ (Liquito, 2010, p. 779).

1.2.2.2.1.1. Estabelecimento Estável Real¹²⁵

Numa alusão ao tipo de organização do *estabelecimento estável*, os estabelecimentos *reais*¹²⁶ reconduzem-se à ideia de *instalação fixa*, associada a requisitos de fisicalidade, fixidade e permanência.

A regra geral para verificar da existência de um estabelecimento estável encontra-se prevista no n.º 1, 2 e 4 do art.º 5.º do MC OCDE. Nos termos do n.º 1 daquele normativo, um estabelecimento estável é uma instalação fixa através da qual a empresa exerça toda ou parte da sua atividade. É consensual a necessidade de verificação cumulativa de três elementos para que estejamos na presença de um estabelecimento estável: i) a existência de uma instalação; (ii) a fixidez dessa mesma instalação; e (iii) o exercício da atividade da empresa através dessa instalação fixa¹²⁷.

O confronto com o conceito de *instalação fixa* deixa-nos perante um conceito por natureza indeterminado¹²⁸ e, por isso mesmo, agregador de diversas realidades.

Não existindo uma fórmula que nos permita de imediato reconhecer uma *instalação fixa*, enquanto elemento característico e obrigatório de um estabelecimento estável, o legislador, quer nacional quer internacional, optou por fazer uma referência a diversas realidades que, por terem associadas uma certa estrutura física, consubstanciam em si mesmo um estabelecimento estável.

Assim, conforme o disposto no n.º 2 do art.º 5.º do CIRC e do n.º 2 do art.º 5 da MC OCDE, a expressão estabelecimento estável compreende nomeadamente: (i) um local de direção; (ii) uma sucursal; (iii) um escritório; (iv) uma fábrica; (v) uma oficina e (vi) uma mina, um poço de petróleo ou gás, uma pedreira ou qualquer outro local de extração de recursos naturais.

¹²⁵ Ou estabelecimento estável *por natureza* ou *conceito básico*, cf. (Pires R. C., Tributação Internacional do Rendimento Empresarial, 2011, p. 239).

¹²⁶ Designa-se de estabelecimento estável *real* por referência à expressão “*res*”, que significa “coisa”, que exprime a ideia de uma instalação física.

¹²⁷ Cf. RITA CALÇADA PIRES, “Da conjugação destes três elementos resulta um E.E. quando as instalações de uma empresa se inserirem na economia de um país, independentemente do seu imediato carácter produtivo” (Pires R. C., Tributação Internacional do Rendimento Empresarial, 2011, p. 239). No mesmo sentido, (Cardona, 1995, p. 259)

¹²⁸ Carecendo por isso de ser preenchido.

De todo o modo, e não obstante a falta de regras que nos levem a definir exatamente o que é uma instalação fixa¹²⁹, os comentários relativos aos artigos da MC OCDE promovidos pelos diferentes Estados parte desta organização permitem compreender a *ratio* que subjaz à utilização daquela expressão.

Nos termos dos referidos comentários, por “instalação” entende-se todo e qualquer local e, nalguns casos, material (maquinaria e equipamento), utilizados no exercício das atividades da empresa¹³⁰, independentemente de estarem ou não afetos exclusivamente a esse fim.

Por “fixa” entende-se um local físico determinado, ou seja, uma ligação entre a “instalação” e um certo ponto geográfico¹³¹, com um certo grau de permanência¹³².

O carácter permanente associado à *instalação fixa* implica uma ideia de regularidade, o que não significa que a atividade desenvolvida pela entidade através do estabelecimento não possa ser interrompida e posteriormente retomada. Não poderá, isso sim, ter um carácter meramente temporário¹³³.

Por outro lado, para que se considere a existência de um estabelecimento estável, exige-se que a empresa exerça a sua atividade através dessa mesma instalação fixa, ou seja, exige-se uma ligação intrínseca entre a organização física e a atuação empresarial. Significa isto, num critério que estará em falência do ponto de vista técnico, que as pessoas que dependem da empresa (o pessoal) exercem as atividades da empresa no Estado onde está situada a instalação fixa¹³⁴.

¹²⁹ O que poderá ser entendido como uma vantagem. Uma definição muito rígida de *instalação fixa* deixaria, certamente, de fora muitas realidades que a ela poderiam ser reconduzidas pela partilha de diversos elementos comuns a ambas.

¹³⁰ Cf. parágrafos 4, 4.1 e 4.2 dos comentários ao n.º 1 do art.º 5.º do MC OCDE (OCDE C. , MC OCDE, junho 2015, pp. 146-147). Do exposto, o mais relevante parece ser a verificação do controlo efetivo do espaço. Assim, tentar-se-á evitar a manipulação dos dados pelo contribuinte com objetivos evasivos ou fraudulentos.

¹³¹ Acrescenta MARIA CELESTE CARDONA que, “Conexionado com este elemento deve ter-se em atenção, para efeitos de qualificação de certa instalação fixa como estabelecimento estável, que é fundamental a «intenção» (elemento subjetivo) que preside à ligação com certo espaço geográfico” (Cardona, 1995, p. 262).

¹³² Cf. parágrafos 5, 5.1 e 6 dos comentários ao n.º 1 do art.º 5.º do MC OCDE (OCDE C. , MC OCDE, junho 2015, pp. 151-160).

¹³³ Sobre este elemento, *vide* (Pires R. C., Tributação Internacional do Rendimento Empresarial, 2011, p. 242).

¹³⁴ Cf. parágrafos 2, 7 e 10 dos comentários ao n.º 1 do art.º 5.º do MC OCDE (OCDE C. , MC OCDE, junho 2015, pp. 146, 152 e 154).

Do exposto ressalva a presença de uma certa *fixidade e fisicalidade*¹³⁵ do conceito de instalação fixa e, por via de regra, do conceito de estabelecimento estável tradicional.

Entende-se assim por *instalação fixa* todo e qualquer espaço físico ou equipamento através do qual uma entidade exerce a sua atividade com um certo grau de permanência.

No âmbito do referido artigo, para além da definição geral, são apresentados diversos exemplos de estabelecimentos estáveis e, bem assim exceções. Os exemplos apresentados – lista positiva – abrangem um local de direção, uma sucursal, um escritório, uma fábrica, uma oficina, uma mina, um poço de petróleo ou gás, uma pedreira ou qualquer outro local de extração de recursos naturais e, por fim, um estaleiro de construção ou de montagem, cuja duração exceda doze meses.

Para alguma doutrina, a esta enumeração exemplificativa subjaz uma presunção *iuri et de jure* de estabelecimentos estáveis. Como tal, estariam aqueles exemplos dispensados de qualquer exercício de concordância com os requisitos decorrentes da noção geral de *estabelecimento estável*¹³⁶. Ou seja, a simples inclusão daqueles exemplos na referida enumeração seria o bastante para a sua classificação (automática) enquanto estabelecimento estável.

Compreende-se que os exemplos apresentados o sejam, na medida em que, na prática, corresponderão *grosso modo* aos requisitos decorrentes da noção geral de estabelecimento estável. De todo o modo, não podemos concordar com tal visão. Pelo contrário, aqueles exemplos, como qualquer outro caso, só deverão ser considerados estabelecimentos estáveis se corresponderem à noção geral de estabelecimento¹³⁷.

Nestes termos, tratar-se-ão, isso sim, de presunções ilidíveis da existência, num dado Estado, de um estabelecimento estável. No mesmo sentido, veja-se o parágrafo 12 dos comentários ao n.º 2, do art.º 5.º do MC OCDE, ao considerar que aquelas instalações

¹³⁵ Aquilo a que ALBERTO XAVIER chama de “fixidez, necessária para que o estabelecimento se considere estável (Xavier, 2011, p. 312).

¹³⁶ Cf. (Pires M. , 1984, p. 746). No mesmo sentido, refere MARIA CELESTE CARDONA que, os “exemplos incluídos na enumeração constante do parágrafo 2 do artigo 5.º beneficiam de uma presunção de *jure*, por razões de *segurança jurídica*, não admitindo em consequência qualquer prova em contrário, no sentido da existência de um estabelecimento estável” (Cardona, 1995, p. 260).

¹³⁷ Cf. (Xavier, 2011, p. 339) e (Pires R. C., Tributação Internacional do Rendimento Empresarial, 2011, p. 244).

“só constituem estabelecimento estável se satisfizeram as condições estipuladas no número 1” (relativo à noção geral)¹³⁸.

Como referido, a par de uma lista (positiva) de exemplos encontra-se, no n.º 4 do referido artigo, uma lista (negativa) de exceções à noção geral de estabelecimento estável, atendendo ao carácter *preparatório* ou *auxiliar* da atividade do ente coletivo associado a essas instalações fixas¹³⁹.

Ora, para existir estabelecimento estável real (ou por natureza), a atividade desempenhada não pode consistir numa atividade preparatória ou auxiliar. Esta exigência surge na sequência de elementos como a permanência, a substancialidade, bem como a consistência no exercício de uma atividade serem essenciais para se estar perante um estabelecimento estável.

Nestes termos, o critério decisivo para a qualificação de uma atividade como auxiliar ou preparatória será saber se a atividade em questão é, em si mesma, parte essencial e significativa das atividades da empresa em conjunto¹⁴⁰ – critério da essencialidade¹⁴¹. O que implicará, necessariamente, uma análise casuística.

Por outro lado, as exceções à noção geral de estabelecimento estável correspondem, na prática, a instalações sem carácter produtivo, configurando um modesto recurso à *teoria da realização*.

1.2.2.2.1.2. Estabelecimento Estável Agência

O n.º 3 e 5 do artigo 5.º do MC OCDE prevê o designado estabelecimento estável por ficção, o qual se reconduz, essencialmente, a duas figuras: o estabelecimento estável

¹³⁸ Como refere Rita CALÇADA Pires, nos parágrafos 12 a 15 dos comentários ao n.º 2 do art.º 5.º do MC OCDE “vislumbra-se a preocupação de enfatizar que os exemplos apresentados devem ser conjugados com as exigências previstas no primeiro número, pois só se estiverem de acordo com essas exigências incorporarão o conceito de E.E., com todas as consequências de tributação envolvidas” (Pires R. C., *Tributação Internacional do Rendimento Empresarial*, 2011, p. 244).

¹³⁹ Para uma análise mais pormenorizada dos elementos negativos do conceito de estabelecimento estável, (Cardona, 1995, pp. 263-266).

¹⁴⁰ Segundo MARIA CELESTE CARDONA, esta “qualificação está, no entanto, dependente da natureza estatutária das actividades prosseguidas pela empresa. Com efeito é através da análise da relação existente entre a actividade económica da empresa, consagrada no seu objecto social, e, as outras actividades por ela desenvolvidas, que deverá ser aferido o carácter auxiliar ou preparatório destas últimas” (Cardona, 1995, p. 264).

¹⁴¹ Cf. (Pires R. C., *Tributação Internacional do Rendimento Empresarial*, 2011, p. 245) e parágrafo 24 dos comentários ao n.º 4 do art.º 5.º do MC OCDE (OCDE C. , MC OCDE, junho 2015).

*projeto*¹⁴² e o estabelecimento estável *agência*. Com interesse para o presente trabalho, destacaremos apenas este último. Contudo importa apresentar alguns considerandos prévios sobre estas figuras.

Desde logo se refira que o aparecimento deste tipo de estabelecimento estável se deveu à insuficiência e rigidez do conceito tradicional de estabelecimento estável *real* (ou por *natureza*) em acomodar outras realidades empresariais e económicas que tendem a fugir àquela conceção.

Assim, de forma a relacionar algumas destas realidades no conceito de estabelecimento estável (assim fundamentando o poder de tributação do Estado) operam-se as cedências necessárias para o efeito, num processo designado pela doutrina de desvalorização de elementos exigidos no estabelecimento estável tradicional e consequente sobrevalorização de outro ou outros dos elementos tradicionais presentes nas realidades em análise¹⁴³. Porém, independentemente dos elementos que possam ser desvalorizados, pelo menos com um dos elementos não se realiza qualquer tipo de compromisso: a atividade exercida por um estabelecimento estável não pode constituir uma atividade preparatória ou auxiliar.

Assim, relativamente ao tipo de organização do *estabelecimento estável*, o Direito Fiscal Internacional e, bem assim, a maioria das ordens jurídicas internas de cada Estado, preveem, ainda, a existência de *estabelecimentos estáveis* que não implicam a presença de uma *instalação física*. *In casu*, uma pessoa, singular ou coletiva, sem necessidade de ser residente ou ter uma instalação fixa no Estado em que atua¹⁴⁴, que não seja um agente independente, atua no território de um Estado por conta de uma empresa não residente, no âmbito normal da sua atividade, reconhecendo-se-lhe poderes de intermediação e de conclusão de contratos que vinculem a referida empresa, no âmbito das atividades desta. São os denominados *estabelecimentos pessoais ou agência*, uma vez que utiliza a

¹⁴² Ou cláusula do estaleiro de construção (cláusula de construção), na terminologia usada por RITA CALÇADA PIRES (Pires R. C., Tributação Internacional do Rendimento Empresarial, 2011, p. 246).

¹⁴³ Para uma análise mais detalhada do tema, (Pires R. C., Tributação Internacional do Rendimento Empresarial, 2011, pp. 246-252).

¹⁴⁴ Cf. parágrafo 32 dos comentários ao n.º 5 do art.º 5.º do MC OCDE (OCDE C. , MC OCDE, junho 2015, p. 166).

existência de um agente dependente como modo alternativo para a presença de um estabelecimento estável real em determinado território¹⁴⁵.

Para esta solução, em muito contribuiu a constatação de que o exercício da atividade de uma empresa não residente num determinado Estado, através de um intermediário aí presente, poderá ser um forte indício de uma certa conexão com esse Estado.

De tal forma, que se reconhece que a atividade da empresa se desenvolveu através daquele estabelecimento estável de carácter *pessoal*¹⁴⁶, legitimando a tributação do rendimento realizado por parte daquele Estado como se o mesmo fosse imputável a uma organização de pessoas e bens equiparada, para efeitos fiscais, a uma empresa independente (da sede), ou seja, como se fosse imputável a um património autónomo, análogo à sucursal de pessoa coletiva residente no estrangeiro¹⁴⁷.

O Estabelecimento estável agência funciona como uma ficção que contorna a exigência de uma instalação fixa. Como alternativa a este critério, exige-se a *habitualidade*, de modo a valorizar o elemento temporal clássico da *permanência*¹⁴⁸.

Neste âmbito, importa distinguir entre *representantes independentes* e representantes dependentes, desde já se adiantando que apenas estes últimos são estabelecimentos estáveis.

Ao contrário dos primeiros, os *representantes dependentes* são investidos dos poderes que lhes permitam celebrar contratos em nome da empresa, dependendo economicamente desta e estando sujeito à sua direção, sendo remunerado através de um salário fixo. Neste aspeto, os representantes independentes gozam de maior autonomia, sendo livres na forma como gerem e organização a sua atividade, podendo escolher colaboradores e clientela sendo, habitualmente, remunerados por uma comissão.

Nestes termos, apenas no caso do representante dependente¹⁴⁹ se presume que o rendimento tem origem no Estado em que aquele atua, tributando-se como se ele fosse

¹⁴⁵ Cf. parágrafo 31 e 35 dos comentários ao n.º 5 do art.º 5.º do MC OCDE (OCDE C. , MC OCDE, junho 2015, p. 166 e 168).

¹⁴⁶ Por contraposição ao estabelecimento estável de carácter *real*.

¹⁴⁷ Cf. (Xavier, 2011, p. 316).

¹⁴⁸ Cf. RITA CALÇADA PIRES (Pires R. C., Tributação Internacional do Rendimento Empresarial, 2011, p. 249) e parágrafo 33.1 e 32 dos comentários ao n.º 5 do art.º 5.º do MC OCDE (OCDE C. , MC OCDE, junho 2015, p. 168 e 166).

¹⁴⁹ Ou “agente”, na formulação utilizada pelo MC OCDE.

imputável a uma organização de pessoas e bens equiparada, para efeitos tributários, a empresa independente, ou seja, como se fosse imputável a uma pessoa jurídica residente naquele Estado¹⁵⁰.

Como referido, associado ao conceito de *estabelecimento estável pessoal*, está a ideia de “regularidade” na representação da empresa feita por uma pessoa ou, no caso do direito português, de “representação habitual”, assim se distinguindo do conceito amplo de representante no qual se incluem todos e quaisquer intermediários cuja função é facilitar os negócios de outrem¹⁵¹.

Assim, como refere ALBERTO XAVIER, de forma consentânea com o disposto no direito interno e no MC OCDE, para que exista “estabelecimento estável pessoal, não basta a existência de alguém com poderes de representação. É ainda necessário que a representação seja «habitual», ou seja, que o exercício dos poderes se dê, de modo regular e constante, não se limitando à prática de actos isolados”¹⁵².

1.2.2.2.1.3. Situação dos Grupos de Sociedades

Determina o n.º 7 do art.º 5 do MC OCDE que, “O facto de uma sociedade residente de um Estado Contratante controlar ou ser controlada por uma sociedade residente do outro Estado Contratante ou que exerce a sua actividade nesse outro Estado (quer seja através de um estabelecimento estável, quer de outro modo) não é, só por si, bastante para fazer qualquer dessas sociedades estabelecimento estável da outra”.

Ou seja, desde logo se estabelece que a existência de uma afiliada não constitui, por si só, um elemento que a reconduza a um estabelecimento estável da sociedade sede (matriz), em virtude de a afiliada constituir uma entidade jurídica independente.

Aliás, o próprio facto de a atividade da afiliada ser dirigida pela sociedade sede (matriz) não faz da afiliada um estabelecimento estável desta¹⁵³. Não existe essa correlação direta.

¹⁵⁰ Cf. (Xavier, 2011, p. 342).

¹⁵¹ Sobre os diversos tipos de representantes, *vide* (Brito, 1990, p. 101 e ss).

¹⁵² Cf. (Xavier, 2011, p. 322).

¹⁵³ Cf. parágrafo 40 dos comentários ao n.º 7 do art.º 5.º do MC OCDE (OCDE C. , MC OCDE, junho 2015, p. 173).

Na esteira de RICARDO REIGADA PEREIRA, e por forma a prevenir interpretações “mais arrojadas – como aquelas que foram ensaiadas em Itália¹⁵⁴ – alteraram-se os Comentários ao Modelo de Convenção Fiscal sobre o Rendimento e o Património da OCDE de forma a clarificar que a existência num Estado de um estabelecimento estável de uma sociedade do grupo não será relevante no que diz respeito a saber se uma outra sociedade do grupo possui um estabelecimento estável nesse Estado¹⁵⁵”.

1.2.2.2.2. Conclusões sobre o Conceito de EE

A crescente facilidade e liberdade de circulação de pessoas, bens, serviços e capitais (que conheceu um grande impulso com a globalização) confrontou os Estados com uma nova realidade.

Os factos tributários, ao contrário do que acontecia antes, passaram a ter conexões com diferentes Estados e, conseqüente com diferentes ordens jurídico-fiscais. Ou seja, diferentes Estados passaram a reconhecer o direito de tributar um mesmo facto tributário, em virtude da existência de uma conexão entre aquele e o seu território.

Passámos a observar colisões ente normas de Direito interno que podem criar uma dupla tributação jurídica relativamente ao mesmo facto tributário, dando origem à constituição de mais do que uma obrigação de imposto, quando esse facto apresente uma conexão com mais do que uma ordem jurídica (situações internacionais).

De forma simplista, o DFI surge pela necessidade de regular as relações fiscais entre Estados e, conseqüentemente, dirimir conflitos entre soberanias ocasionados pelas situações de vida conexas com mais do que um ordenamento tributário soberano.

Neste sentido, e através do universo de princípios e normas característicos do DFI, houve a necessidade de definir a repartição/ distribuição do poder de tributar dos Estados.

¹⁵⁴ Acórdão do Supremo Tribunal Italiano n.º 3368, 20 de dezembro de 2001 a 7 de março de 2002.

¹⁵⁵ Cf. (Pereira R. R., 2014-2015).

A tributação internacional, relativamente ao reconhecimento e à repartição de competências tributárias, recorre, sobretudo, à *residência* do contribuinte ou à *fonte* do rendimento¹⁵⁶, considerados por referência a um território.

A jurisdição fiscal surge intimamente ligada ao espaço territorial e a tudo o que nele se gera e situa.

É da interseção e articulação entre o *princípio da residência* e o *princípio da fonte* (e dos correspondentes elementos de conexão) que surge o *princípio do estabelecimento estável*.

Nomeadamente no contexto da tributação de rendimentos empresariais, é amplamente reconhecido o *princípio do estabelecimento estável* enquanto elemento de conexão relevante para fundamentar o poder de tributar do Estado¹⁵⁷.

Essa tributação deriva da existência de uma forte ligação económica (pertença económica *ou economic allegiance*) do facto tributário a determinado território corporizada, neste caso, pelo estabelecimento estável.

Do que foi referido sobre o estabelecimento estável, nomeadamente por referência ao denominado *estabelecimento estável real*, podemos concluir que este resulta, tradicionalmente, da combinação entre o (i) lugar fixo de negócios, a (ii) presença física e a (iii) natureza da atividade negocial¹⁵⁸. A esta tríade poder-se-ia juntar a componente humana, por relação às pessoas que dependem da empresa, exercendo as atividades desta no Estado onde está situada a instalação fixa – desta forma também se justificando a ligação entre determinada atividade e o Estado.

Desta combinação resultará um limiar mínimo de presença que justificará a tributação daí resultante.

Mesmo tratando-se o estabelecimento estável de um conjunto de elementos já referidos anteriormente, grande parte da doutrina identifica como elemento central do conceito a “fiscalidade”.

¹⁵⁶ Exemplo disso é a utilização no MC OCDE, instrumento de grande importância no contexto internacional dos conceitos de residência e de fonte como forma de distribuição do poder tributário dos Estados Contratantes.

¹⁵⁷ Cf. (Pereira P. R., O papel do estabelecimento estável no Direito Fiscal Internacional, 2013, p. 571).

¹⁵⁸ Cf. (Arnold, Threshold requirements for taxing business profits under tax treaties, 2003, p. 483 a 488).

Sendo certo que no estabelecimento estável tradicional a “fiscalidade” sempre foi um elemento importante é, também, e ao mesmo tempo, o mais rígido. Foi justamente a insuficiência e rigidez atribuída ao conceito tradicional de estabelecimento estável (*real* ou por natureza), em acomodar outras realidades empresariais, económicas e comerciais que tendem a fugir àquela conceção, que motivou a eclosão de outras formulações do conceito de E.E. (estabelecimento estável projeto, estabelecimento estável agência).

De forma a acomodar diversas realidades emergentes, operou-se, então, um conjunto de cedências necessárias para o efeito, num processo muitas vezes designado pela doutrina de desvalorização de elementos exigidos para a existência de um estabelecimento estável tradicional (nomeadamente, a presença de uma instalação fixa), e a consequente valorização de outro ou outros elementos tradicionais (como por exemplo, a natureza da atividade desenvolvida).

Não obstante o reconhecimento da “fiscalidade” enquanto elemento com profundo lastro na construção do conceito de estabelecimento estável, o decorrer do tempo associado ao fenómeno da globalização, tem demonstrado a crescente incapacidade daquele conceito em acomodar novas realidades e a responder às necessidades que delas resultam.

A par da “fiscalidade”, importa destacar outros elementos característicos da figura do estabelecimento estável: *substância sobre a forma*, a *permanência* e o *carácter nuclear da atividade*.

Com a prevalência da *substância sobre a forma*, pretende-se que a realidade considerada seja efetivamente a de um estabelecimento estável (tenha dimensão económica, comercial), recusando-se a mera aparência como forma de manipulação ou adulteração da sua natureza com impacto na tributação.

Através desta característica, o estabelecimento estável apresenta-se como uma forma efetiva de organização, necessária à efetivação da tributação internacional. Assim, para que a situação existente seja considerada um estabelecimento estável, importa preencher todos os requisitos exigidos, não podendo haver qualquer dúvida, incerteza, inconsistência e ineficácia do elemento de conexão.

Uma outra característica do estabelecimento estável, é a *permanência*, ou melhor, a exigência da mesma, assim se recusando a transitoriedade da atividade desempenhada

na fonte. Não fará sentido aplicar uma tributação regular, e os mecanismos de controlo inerentes, no caso de atividades desenvolvidas de forma ocasional ou isolada¹⁵⁹, daí que as atividades económicas desenvolvidas por um não-residente impliquem, para que exista uma conexão relevante, a continuidade da intervenção dos agentes no mercado.

Por último, temos o *carácter nuclear da atividade*, ou seja, e no seguimento da *prevalência da substância sobre a forma* e da *permanência*, existe a necessidade de a atividade do estabelecimento estável ser significativa e com profundo impacto na interação económica. A recusa em associar o estabelecimento estável a atividades preparatórias ou auxiliares releva o carácter nuclear da atividade a ser desenvolvida pelo estabelecimento estável.

Contudo, e tendo em conta as características assinaladas e a importância das mesmas na construção da figura do estabelecimento estável, estamos perante um conceito que exige uma especial *análise casuística*, de forma a verificar a presença efetiva dos requisitos exigidos¹⁶⁰.

Considerando que o conceito de estabelecimento estável não comporta todas as realidades possíveis¹⁶¹, o mesmo terá de ser flexível o suficiente para se adaptar à tipologia e substancialidade das atividades em causa. Sob pena de rapidamente perder a aplicabilidade prática.

Em função desse quadro, o especial cuidado exigido na aplicação do conceito de estabelecimento reflete a necessidade de manter alguma coerência no regime evitando assim uma abusiva utilização do conceito, quer no sentido de legitimar o poder de tributar quer no sentido de o afastar.

De todos os elementos analisados, rapidamente se conclui que a *fiscalidade* e a *permanência* serão aquelas que colocarão mais dificuldades no confronto com a economia digital, pois esta (nova) realidade desenvolve-se maioritariamente num mundo

¹⁵⁹ Como nos ensina RITA CALÇADA PIRES, “Uma actuação isolada apenas dará lugar a tributação se se estiver perante o plano nacional e um residente” (Pires R. C., *Tributação Internacional do Rendimento Empresarial*, 2011, p. 255).

¹⁶⁰ Sobre a aplicabilidade do conceito de estabelecimento estável ao caso concreto, *vide* (Pires R. C., *Tributação Internacional do Rendimento Empresarial*, 2011, pp. 255-257).

¹⁶¹ Sobretudo num contexto empresarial, cuja atividade e formas de organização são premiáveis a múltiplos fatores económicos, políticos, jurídicos, tecnológicos.

virtual onde a presença física e mecanismos contínuos de intervenção dos agentes não são uma realidade¹⁶².

Por ser hoje elemento nuclear na estrutura do comércio internacional, releva perceber o impacto que as mudanças sofridas no comércio internacional têm no estabelecimento estável.

¹⁶² RITA CALÇADA PIRES fala, por referência ao mundo virtual, no desprendimento da realidade física e de uma “monocontinuidade” (Pires R. C., *Tributação Internacional do Rendimento Empresarial*, 2011, p. 257).

Capítulo 2. A economia digital

A economia digital é indissociável do fenómeno da globalização. Assim, para que se compreenda a primeira, importa compreender esta última.

A forma e os meios através dos quais a economia se desenvolve e, bem assim, a maneira como percecionamos a realidade económico-financeira¹⁶³, mudaram em virtude da globalização.

Em virtude dos impactos no mundo hodierno, hoje reconhecidos, a globalização suscita amores e desamores: se por um lado a ela podemos reconduzir muitos dos avanços que temos vindo experienciar nas últimas décadas¹⁶⁴, parece ser também correta a afirmação de que a ela devemos muitas das tensões inter-estaduais hoje existentes¹⁶⁵.

A fiscalidade não foi imune ao fenómeno da globalização, tendo também sido contagiada. Como refere RITA CALÇADA PIRES, a “globalização surge como um fenómeno multidisciplinar, acolhendo todas as áreas em que o ser humano se vê envolvido e não apenas na vertente das relações económicas”¹⁶⁶.

Não se trata de um processo etéreo desenvolvido num ambiente asséptico. É, sim, profundamente marcado por valorações socio-culturais e político-ideológicas¹⁶⁷. Razão pela qual a globalização se assume como uma realidade demasiado abrangente e complexa, avessa a uma definição inequívoca, completa e objetiva¹⁶⁸.

¹⁶³ Entre outras.

¹⁶⁴ Sobre as potencialidades da globalização, vide (Stiglitz, Making Globalization Work, 2006).

¹⁶⁵ Neste sentido, (Pires R. C., Tributação Internacional do Rendimento Empresarial, 2011, p. 36 e ss).

¹⁶⁶ Cf. (Pires R. C., Tributação Internacional do Rendimento Empresarial, 2011, p. 38). Assim, a par da denominada *globalização económica*, podemos também identificar a *globalização social*, a *globalização política* e a *globalização cultural*. Sobre estes tipos de globalização, vide (Santos B. d., 2002).

¹⁶⁷ Sobre a história, evolução e efeitos da globalização, vide (Pires R. C., Tributação Internacional do Rendimento Empresarial, 2011, pp. 40-54).

¹⁶⁸ De todo o modo, e como acontece noutros casos, são múltiplas as tentativas de explicar o fenómeno da globalização. A propósito, a doutrina tem vindo a identificar, fundamentalmente, três escolas: os *HiperGlobalistas*, os *Céticos* e os *Transformistas*. Quanto a este tema, refira-se apenas que a escola dos *Transformistas* parece a mais condizente com o que foi dito anteriormente, na medida em que entende a globalização como um fenómeno não apenas adstrito à economia, mas transversal a diversas áreas, reconhecendo a complexidade e pluralidade do fenómeno. Na busca por uma definição de globalização, e pela identificação de elementos que pela sua constante presença a possam caracterizar, esta tem sido associada aos conceitos de heterogeneidade, pluralismo, democracia, liberalismo/ neoliberalismo, tecnologia, inovação, conhecimento, interdependência, mobilidade e globalidade. Para desenvolvimento do tema, vide (Pires R. C., Tributação Internacional do Rendimento Empresarial, 2011, pp. 38-40).

Recorrendo a uma expressão muito comum, sempre se diga que a globalização consubstancia uma quebra das barreiras tradicionais do espaço e do tempo.

A mobilidade domina o mundo global¹⁶⁹. As fronteiras físicas tendem a esbater-se, deixando gradualmente de ser um obstáculo ao desenvolvimento de uma atividade.

Esta ideia de mobilidade¹⁷⁰ faz surgir novas realidades que, por um lado, consubstanciam verdadeiros desafios para os Estados, tendencialmente alicerçados em estruturas datadas no tempo e com isso acarretando uma maior morosidade na adaptação à nova conjuntura entretanto criada, por outro, um manancial de oportunidades, sobretudo para empresas e agentes económicos.

Um dos desafios associados à mobilidade (intensificada pelas novas tecnologias), com o qual a fiscalidade se depara, é a degradação da base territorial do tributo, ou seja, das bases¹⁷¹ sobre as quais deverá incidir o imposto¹⁷².

A mobilidade, hoje muito associada ao capital e ao trabalho, possibilita a transferência de rendimentos de um Estado para outro, diminuindo fortemente os níveis de receita gerada pela tributação dessa realidade¹⁷³.

A globalização foi, e é, muito potenciada pela tecnologia e pelos impactos desta nos meios de comunicação. O constante desenvolvimento tecnológico arrasta naturalmente consigo o desenvolvimento dos meios de comunicação, permitindo a evolução e longevidade de um processo complexo e multidisciplinar como é a globalização¹⁷⁴.

¹⁶⁹ Hoje fortemente potenciado pelas TIC – Tecnologias de Informação e comunicação.

¹⁷⁰ Para além da mobilidade, podem ser apontados outros elementos caracterizadores da globalização como sendo os elementos nucleares que influenciam o Direito Fiscal, nacional e internacional, a saber: (i) a tecnologia; (ii) os novos atores do poder nacional e internacional; (iii) a interdependência e (iv) o enfraquecimento do poder público (Pires R. C., *Tributação Internacional do Rendimento Empresarial*, 2011, p. 94).

¹⁷¹ O rendimento, o património e a despesa.

¹⁷² A mobilidade pressupõe um menor vínculo a um território. Assim, a base sobre qual recai o tributo diminui, diminuindo também o montante sobre o qual o imposto deveria recair e, consequentemente, o quantitativo resultante da sujeição fiscal.

¹⁷³ Cf. Sobre a mobilidade desenvolveremos mais adiante.

¹⁷⁴ “O progresso da globalização, e a envolvente tecnológica que a possibilita e fomenta, juntamente com a menor dependência dos constrangimentos geográficos, têm operado uma redistribuição de poder da esfera pública para a esfera privada e da comunidade para o indivíduo. Os estados nacionais vêem a sua liberdade de acção corroída e o alcance efectivo da sua soberania limitado, ao mesmo tempo que os indivíduos, as empresas e os demais agentes privados adquirem crescente poder efectivo e uma mais lata margem de manobra” (Bento, 2004, p. 132).

O desenvolvimento dos meios de comunicação permite também uma maior e mais rápido acesso à informação, quer em qualidade quer em quantidade¹⁷⁵. Não basta o acesso a informação. Exige-se que essa informação seja adequadamente tratada, pois só assim se extrai conhecimento e se gera valor¹⁷⁶.

Esta interdependência entre tecnologia, comunicação, informação e conhecimento tem sobretudo expressão nas denominadas TIC – *Tecnologias de Informação e Comunicação*¹⁷⁷, as quais, marcadamente preocupadas com a maximização da economia e com a eficiência e eficácia dos processos¹⁷⁸, geram novos modelos de organização e gestão¹⁷⁹. Este fenómeno de transformação está na origem da *economia digital*.

A economia digital, resultado de uma sociedade global fortemente acompanhada pelo desenvolvimento das tecnologias de informação, favorece a interdependência das estruturas económicas na medida em que as fronteiras físicas não constituem mais entrave para o desenvolvimento de uma atividade.

A desmaterialização advogada pela *economia digital* revela-se um traço característico seu. Esta desmaterialização é marcada pela digitalização e pela natureza intangível do processo económico e comercial e, bem assim, por uma reduzida necessidade de presença física.

¹⁷⁵ “As novas tecnologias vieram, de facto, alterar de forma radical o mundo e a percepção do mundo. De uma economia de base industrial, assente na matéria, em átomos, transita-se para uma economia em que o factor imaterial – dados, informação, conhecimento técnico-científico, bits – ganha proeminência e se transforma, ele mesmo, num produto com valor económico, virtualmente comercializável. Indústria da informação, nova economia são, aliás, expressões que procuraram, ainda que de forma parcelar, dar conta destes fenómenos. De forma mais ampla, é, aliás, corrente falar-se não apenas de economia ou indústria da informação, mas de era da informação e de sociedade de informação” (Santos A. C., *Sociedade de informação, globalização e desenvolvimento: paradoxos da crescente complexidade do mundo*, 2007, p. 30).

¹⁷⁶ Sobre a importância da informação, vide (Pires R. C., *Tributação Internacional do Rendimento Empresarial*, 2011, p. 43 e ss) e (Castells, 2004, p. 35 e ss).

¹⁷⁷ Doravante, TIC.

¹⁷⁸ Cf. (Pires R. C., *Tributação Internacional do Rendimento Empresarial*, 2011, p. 47).

¹⁷⁹ Como nos ensina RITA CALÇADA PIRES, “A economia como uma economia global, privilegiada na relação com as novas tecnologias e o impacto que estas produzem no universo económico, coloca a questão de saber se se está perante uma nova economia. Em 1997, Kevin Kelly, redactor de uma revista especializada em novas tecnologias, publicou um artigo (artigo que resultou em livro – *New rules for the new economy. 10 radical strategies for a connected world*) onde apelava ao nascimento de uma nova economia caracterizada por ser uma economia global, que privilegia os objetos imateriais e é marcada pela interconexão e conectividade. Depois de uma temporada de recusa, por parte dos economistas, quanto ao nascimento de uma nova economia, verifica-se, atualmente, uma crescente tendência para a admitir” (Pires R. C., *Tributação Internacional do Rendimento Empresarial*, 2011, pp. 47-48).

A presença física deixa de ser determinante para a realização do negócio. O envolvimento tecnológico no processo económico e comercial permite um processo de intangibilidade de bens e serviços e, consequentemente, de afastamento do elemento físico, com o objetivo de derrubar as barreiras próprias da distância geográfica e temporal.

A ausência de barreiras físicas conjugada com a rapidez das comunicações permite a presença dos negócios virtualmente em qualquer parte do mundo. Permite-se o acesso a mercados até então inacessíveis pelos elevados custos de implementação da presença física que representavam para as empresas. Mas também novos mercados são suscetíveis de serem criados.

Com efeito, a internet assume-se, enquanto exemplo máximo da economia digital, um verdadeiro mercado e não um elemento apenas acessório e auxiliar.

Para melhor compreender a economia digital e o seu impacto no Direito Fiscal (nacional e internacional), nomeadamente nos elementos de conexão, importa referir algumas das suas características distintivas.

2.1. As principais características da economia digital

“A economia está a tornar-se digital”. Começa assim o relatório do *Grupo de Peritos da Comissão Europeia sobre a Tributação da Economia Digital*¹⁸⁰.

E refere ainda que, “*Digitalisation of products and services shortens distances between people and things. It increases mobility. It makes network effects decisive. It allows the use of specific data to such an extent that it permits the satisfaction of individual customer needs – be it consumers or businesses. It opens up ample opportunities for innovation, investment, and the creation of new businesses and jobs*”¹⁸¹.

Sendo a digitalização profundamente marcada pela desmaterialização e pela natureza intangível do processo comercial, bem como por uma reduzida necessidade de presença física, e dependendo a fiscalidade atual, genericamente, da existência de “fiscalidade” e de fiscalizações *in loco*, rapidamente se percebe que a par das

¹⁸⁰ Cf. (Comissão Europeia, 2014, p. 5).

¹⁸¹ Cf. (Comissão Europeia, 2014, p. 5).

oportunidades criadas pela economia digital surge também um conjunto de desafios à conformação destas duas realidades¹⁸².

É fundamentalmente sobre os desafios colocados pela economia digital, e pela análise de possíveis soluções, que se debruçam o Relatório da *Ação 1* final do projeto BEPS da OCDE¹⁸³ e, mais recentemente, o Relatório sobre os “Desafios Fiscais decorrentes da Digitalização”¹⁸⁴.

Observamos um conjunto de características típicas da economia digital que são potencialmente disruptivas face ao paradigma em que ainda assenta a fiscalidade, a atuação e controlo da larga maioria das Administrações tributárias e, bem assim, aos tradicionais processos de criação de valor.

De todo o modo, não deixa de ser uma atividade potencialmente geradora de rendimentos e, como tal, relevante do ponto de vista fiscal.

Curiosamente, e admitindo que poderia redundar numa abordagem mais fácil do que aquelas que hoje vemos serem acolhidas, os trabalhos de desenvolvidos quer pela OCDE quer pela Comissão Europeia têm recusado um tratamento autónomo¹⁸⁵ da economia digital, para efeitos de tributação, face ao aplicado às atividades desenvolvidas numa economia dita tradicional.

Assumindo-se as especificidades de cada uma, reconhece-se que estamos, do ponto de vista substantivo, perante uma mesma atividade desenvolvida, contudo, de formas distintas. Esta diversidade de forma não justifica que se trate a tributação (*in casu*,

¹⁸² Por inadequação da respetiva estrutura, os Estados veem-se incapazes de acompanhar esta mudança. De todo o modo, não cremos poder falar-se em esgotamento dos modelos de tributação existentes. É certo que existe um desajustamento entre os atuais sistemas fiscais e a realidade digital, mas há que promover um encontro entre ambos. Nesse sentido, os sistemas fiscais e os elementos de conexão tradicionais, desde que adaptados às novas realidades, poderão ainda mostrar-se aptos já que as premissas que os compõem não estão absolutamente ultrapassadas.

¹⁸³ Cf. (OCDE, Action 1: Final Report, 2015).

¹⁸⁴ Cf. (OCDE, Interim Report, 2018).

¹⁸⁵ Num relatório do Comité dos Assuntos Fiscais (CAF) da OCDE apresentado à Conferência Ministerial de Outubro de 1998, denominado como «*A Borderless World – Realising the potential of Electronic Commerce*», foi estabelecida a regra de que deveriam ser aplicadas ao comércio eletrónico as mesmas regras e princípios que se aplicam ao comércio tradicional (Guimarães, A Tributação do Comércio Electrónico: Uma perspectiva jurídico-fiscal, 2001). Como refere MAARTEN DE WILDE, “The OECD stated in its ‘September 2014 deliverable’ that the digital economy could not be treated separately from the rest of the economy. In other words, ‘ring-fencing’ the digital economy is not an option. Indeed, the fact that the overall economy is increasingly becoming digital means that devising rules specifically for the digital economy may well be inappropriate. That will simply create complex of delineation” (Wilde, 2015, p. 802).

direta) da economia digital que não de uma forma integrada com o atual quadro jurídico-tributário.

Do referido relatório do *Grupo de Peritos da Comissão Europeia*, identificam-se três características principais da economia digital com impacto na fiscalidade: a mobilidade; os efeitos de rede e a importância da informação.

Com efeito, considerando a sua relevância no desenvolvimento do objeto deste estudo, importará dedicar-lhes algumas linhas.

2.1.1. A mobilidade

A economia digital permite um novo nível de mobilidade sem precedentes. Sobretudo pela importância adquirida pelos ativos intangíveis¹⁸⁶. A intangibilidade dos bens e serviços aliada ao desenvolvimento e difusão das TIC permitiu uma dispersão dos intervenientes, dos produtos e dos meios de produção ou áreas de atividade das empresas.

Assiste-se a um processo de desmaterialização da economia que naturalmente afeta a sua mobilidade, pois as fronteiras físicas e os naturais constrangimentos temporais deixam de constituir obstáculos.

As TIC permitiram e continuam a fomentar a transformação de modelos clássicos de negócios, possibilitando uma maior fragmentação das funções das empresas, facilitando desta forma a sua deslocação¹⁸⁷.

O custo e dificuldade de organização das atividades empresariais à distância têm vindo a diminuir progressivamente, pois o custo de armazenamento e transporte de produtos digitais é praticamente zero.

Uma vez criado o produto ou serviço, a sua distribuição ou disponibilização opera-se a custos mínimos ou mesmo sem qualquer custo.

É cada vez mais fácil deslocalizar a produção para territórios que se apresentem economicamente mais vantajosos (com menores níveis de tributação), mantendo o centro de decisões noutro território, havendo a possibilidade de as empresas operarem em

¹⁸⁶ Quer pela digitalização de bens materiais como da criação de novos produtos e serviços.

¹⁸⁷ Cf. (Comissão Europeia, 2014, pp. 11-12).

diversos mercados dispersos por todo o mundo, sem para isso precisar de manter qualquer estrutura física de apoio¹⁸⁸.

Assim, num movimento apelidado de *tax jurisdiction shopping*, as empresas procuram Estados com uma menor carga fiscal, procurando assim maximizar o seu lucro.

Contudo, a par deste efeito existe um outro: a referida mobilidade, intensificada pelo desenvolvimento das TIC, dificulta a capacidade das Administrações tributárias em identificar o facto tributário e os respetivos sujeitos passivos, afetando a capacidade de arrecadar receita fiscal¹⁸⁹.

A crescente mobilidade associada à intangibilidade dos bens e serviços, característica da economia digital, dificulta muitíssimo a capacidade da atuação das diversas Administrações fiscais. A desadequação do atual *corpus* legislativo e, bem assim dos atuais mecanismos de controlo, não permite de forma recorrente identificar transações, o seu objeto e sujeitos.

2.1.2. Os efeitos de rede

Conexo com a característica da mobilidade estão os denominados efeitos de rede, identificados nos modelos de negócio da economia digital, em que as decisões de um utilizador e as interações com os *interfaces* digitais refletem não só benefícios para outro utilizador¹⁹⁰ como se mostram determinantes no processo de criação de valor.

Neste sentido quanto mais clientes/ utilizadores possuírem/ utilizarem um bem ou serviço, mais valioso este se torna para todos eles. É criada, desta forma, uma externalidade positiva.

Na economia digital, os efeitos de rede são uma importante componente do negócio, atente-se o exemplo das redes sociais *online*: cujo valor de plataformas como o *Twitter*, o *Facebook* ou o *Instagram* se mostra proporcional ao número de utilizadores.

¹⁸⁸ Com efeito, a intangibilidade dos bens e serviços resulta também na sua mobilidade geográfica e na capacidade de as empresas chegarem a novos mercados, oferecendo os seus produtos e serviços a clientes dispersos pelo globo, com custos reduzidos.

¹⁸⁹ Observa-se uma degradação das bases sobre as quais deverá incidir o tributo. As Administrações tributárias podem ver uma redução nas receitas fiscais porque os impostos indiretos são difíceis de coletar e a empresa não-residente não tem presença para se aplicarem impostos diretos.

¹⁹⁰ Cf. (Comissão Europeia, 2014, p. 12).

Outro exemplo é o dos sistemas operativos adotados por um elevado número de utilizadores: a adoção de um sistema operativo por um grande número de utilizadores incentivará o desenvolvimento de *software* para essa plataforma, que por sua vez resulta numa maior utilidade do sistema, o que o tornará mais atrativo e com maior capacidade de atrair novos utilizadores¹⁹¹.

As empresas dedicadas a este tipo de negócios veem o seu valor e o valor dos seus produtos e serviços aumentarem pelo aproveitamento dos denominados efeitos de rede, sejam estes potenciados apenas pela adesão gratuita de novos utilizadores, seja pela implementação de políticas que incentivam interações.

Os novos processos de criação de valor, associados a novas formas de negócio, potenciados pela digitalização, tem subjacente a interação entre utilizadores e entre estes e as plataformas digitais. Esta interação origina um conjunto de informação cuja análise e utilização conduzem à formação de valor, dificilmente quantificável e com potenciais beneficiários não identificados.

Isto leva-nos a outra característica importante da economia digital: a importância da informação.

¹⁹¹ Como caso paradigmático temos a Nokia e a Apple. A Nokia, um dos maiores fabricantes a nível mundial de telemóveis sofreu um revés quando o seu sistema operativo começou a ser cada vez menos utilizado. Em sentido contrário, a Apple e o seu sistema IOS foi acumulando utilizadores o que incentivou outros desenvolvimentos no sistema tornando-o hoje um sucesso.

2.1.3. A importância da informação

A informação assume especial importância no âmbito da economia digital.

O comportamento do consumidor/ utilizador – por exemplo, a visita de *websites*, compras *online*, utilização de motores de busca, a natureza das pesquisas feitas, entre outros – contribui para aglomerar grandes quantidades de informação e dados, denominados de *Big Data*¹⁹², que oferecem possibilidades adicionais numa economia cada vez mais digitalizada.

Considerando o volume de informação que todos os dias disponibilizamos, muitas vezes de forma gratuita e mais ou menos consciente, facilmente concluímos que o tratamento e utilização destes dados é uma poderosa ferramenta de tomada de decisões.

Daqui se depreende que a recolha de dados, a sua organização e interpretação é fundamental na descoberta e introdução de novas tecnologias, de produtos e serviços¹⁹³, exploração de oportunidades de investimento e na planificação da atividade da empresa.

A digitalização permite que as empresas executem centenas de experiências controladas. Uma inovação pode então ser compartilhada e facilmente desenvolvida dentro de uma organização ou comunidade e rapidamente replicada em grande escala.

As empresas detentoras das plataformas digitais processam e analisam os dados recolhidos para encontrar correlações significativas a fim de segmentar produtos e serviços especificamente para consumidores individuais.

A digitalização permite às empresas o aumento da sua competitividade, satisfazendo as necessidades individuais de forma mais precisa.

A economia digital é, como vimos, extremamente dinâmica, com barreiras mínimas de entrada ao desenvolvimento de novos modelos de negócios e à inovação.

¹⁹² Cf. (Comissão Europeia, 2014, p. 13). Embora seja possível a tradução de *Big data* para português como “meta dados”, a mesma não se mostra uma definição suficiente por mais restrita. Por *Big data* traduz-se na possibilidade e nas ferramentas utilizadas para armazenar, agregar e combinar dados para a utilização em análises direcionadas que, eventualmente, se traduzam na criação de valor.

¹⁹³ Com menores custos associados à inovação, em termos de medição e análise, tornando mais fácil executar experiências controladas e medir seu sucesso com grande precisão do que na era pré-digital.

Em suma, a economia digital, sendo parte integrante da economia, apresenta algumas características relevantes para efeitos de tributação.

Nestas incluem-se a mobilidade – potenciada pela proliferação de intangíveis, pelo fácil acesso aos mercados internacionais e pela possibilidade de dispersar geograficamente diversas áreas de negócio –, os efeitos de rede e a importância da informação – conseguida através de negócios multilaterais, baseados em efeitos de rede.

Acresce que estas características acabam por levar a uma tendência para o monopólio em certos negócios, embora contraposta a uma volatilidade natural de uma realidade em rápida mutação, em que as barreiras de entrada no mercado são reduzidas.

Face ao exposto, importa compreender, de seguida, o impacto das características da economia digital na fiscalidade.

2.2. A economia digital e os desafios à tributação

Uma das características distintivas da economia digital é sem dúvida a desmaterialização operada no processo económico e no processo comercial. Esta desmaterialização é marcada pela digitalização, pela intangibilidade dos processos e pela reduzida necessidade de presença física.

A referida desmaterialização propicia a construção de um «mundo virtual», no qual se desenrola a realidade emergente. Constatar que este novo mundo possibilita a efetivação de contactos e a possibilidade de acesso à informação em tempo real e, bem assim, de manifestações de vontade negociais, coloca interessantes desafios às noções de comércio, comerciante e estabelecimento estável¹⁹⁴.

Contrariamente, a economia e comércio ditos tradicionais têm como traço dominante a “fiscalidade”, conferindo particular relevo à situação geográfica bem como à dependência de intermediários, o que, naturalmente, permite mais facilmente identificar transações e os respetivos titulares por parte dos Estados e administrações tributárias¹⁹⁵.

¹⁹⁴ Como refere (Guimarães, O conceito de estabelecimento estável e o comércio electrónico, 2000, p. 155).

¹⁹⁵ Cf. (Pires R. C., Manual de Direito Internacional Fiscal, 2018, pp. 304-305).

Assim, pela importância da presença física e geograficamente localizada, as operações desenvolvidas no contexto da economia e comércio tradicionais são tangíveis e facilmente conhecidas. Ou seja, dada a materialidade das coisas, os elementos constitutivos destas operações são facilmente identificados, conhecidos. Trata-se de uma realidade mais facilmente apreensível.

Nestes termos, em virtude das características associadas à economia e ao comércio tradicionais, facilmente se percebe o processo de conformação do Direito tributário (quer nacional quer internacional) a esta realidade, recorrendo à “fiscalidade” como base de construção do seu sistema de princípios e regras.

Ora, a desmaterialização associada à economia digital vem romper com este paradigma, dificultando a capacidade dos Estados em conhecer os factos (tributários) e operar sobre estes o respetivo controlo¹⁹⁶.

Problema acrescido surge no caso das situações fiscais plurilocalizadas, ou seja, conexas com mais do que uma ordem jurídica, suscitando-se maiores problemas de repartição e afetação de competências tributárias.

A par da desmaterialização, a diminuição da relevância das fronteiras físicas para o tráfego comercial implica que o poder dos Estados sofra uma mutação quanto à amplitude e quanto à eficácia.

Como sublinha RITA CALÇADA PIRES, *“A desmaterialização provoca ainda a crescente relevância dos elementos geográficos¹⁹⁷ o que dificulta a determinação da competência fiscal e o respetivo modo de proceder a essa determinação, uma vez atuarem as Administrações fiscais nos termos da soberania do seu Estado e relacionarem-se entre si, com base em fronteiras geográficas¹⁹⁸”*. Por isso que há que encontrar (novos) meios de conseguir estabelecer um ponto de contacto entre o facto tributário e um território, mesmo na economia digital.

¹⁹⁶ “O comércio eletrónico vem alterar profundamente a forma como a administração fiscal pode, efetivamente, exercer a sua atividade, efetivar as suas obrigações, bem como garantir o cumprimento das obrigações fiscais dos contribuintes”, Cf. (Pires R. C., Tributação Internacional do Rendimento Empresarial, 2011, p. 201).

¹⁹⁷ Não obstante as transações terem como referência um qualquer ponto geográfico, as fronteiras não desapareceram.

¹⁹⁸ Cf. (Pires R. C., Tributação Internacional do Rendimento Empresarial, 2011, pp. 202-203).

Antevê-se um impacto da economia digital e dos seus elementos na soberania fiscal dos Estados.

No seguimento do referido anteriormente sobre o fenómeno de limitação da soberania fiscal, não se revela um exercício fácil por parte dos Estados manterem a sua soberania fiscal num contexto globalizado e digital.

Mesmo na parcela que mantém, é cada vez mais difícil fazer a sua apologia.

A mobilidade dos elementos que constituem o facto tributário, associada a uma crescente desmaterialização do mesmo, implica, necessariamente, para efeitos de tributação, uma maior coordenação e interdependência entre Estados e respetivas administrações na obtenção de soluções, o que implicará um maior grau de concessão entre as soberanias fiscais nacionais, o que levará a uma maior limitação das mesmas.

Observa-se hoje, muita por culpa da digitalização e dos sistemas fiscais que não a souberam competentemente acompanhar, um desajustamento e inadequação destes últimos à realidade virtual, justificados pela limitação e fragmentação da soberania fiscal, pela degradação das bases de tributação tradicionais e pela consequente diminuição de receita fiscal.

Face a tudo o quanto exposto, identificamos três grandes desafios suscitados pela economia digital na esfera das administrações Fiscais:

1. Risco de erosão da base de tributação com a consequente diminuição das receitas fiscais arrecadadas;
2. Dificuldade em determinar a jurisdição fiscal com poder de tributação; e
3. Dificuldades em assegurar o cumprimento tributário.

No presente trabalho debruçar-nos-emos essencialmente sobre a dificuldade em determinar a jurisdição fiscal com poder de tributação, nomeadamente quanto estabelecida por E.E.

2.2.1. Os elementos de conexão tradicionais

O Direito Fiscal Internacional tem como uma das suas missões dirimir os conflitos que surgem da pretensão de dois ou mais Estados em tributar um mesmo facto. Fá-lo através de um conjunto de regras cujo objetivo é a repartição do poder tributário entre Estados.

Para tanto, o DFI recorre a um sistema de valoração dos diferentes elementos de conexão, relevando uns em detrimento de outros, em função das situações previstas, assim definindo, de entre os Estados com competência para tributar determinado facto tributário, a ordem jurídico-fiscal aplicável.

Como anteriormente referido, os elementos de conexão revelam as “relações ou ligações existentes entre as pessoas, os objetos e os factos com os ordenamentos tributários”¹⁹⁹.

A ideia de desmaterialização associada à economia digital veio dificultar a utilização dos elementos de conexão tradicionais, pela inadequação destes últimos, assentes na “fiscalidade”, à realidade base da economia digital, desprendida, por natureza, de qualquer presença física num outro território.

As premissas que estiveram na génese do aparecimento dos elementos de conexão e respetivas regras mostram-se ultrapassadas. A atual contextualização económica não tem paralelo com a contextualização da época em que surge, por exemplo, o estabelecimento estável na prática internacional.

Sobretudo pela perda do elemento “fiscalidade” sempre associado ao trato comercial, os elementos de conexão tradicionais têm mostrado dificuldades de adaptação à nova realidade, refletindo-se numa menor capacidade de identificar a existência de um facto tributário, o rendimento a ele associado, os seus sujeitos e, bem assim, a respetiva ligação a um território.

Diminui-se, assim, a capacidade de tributar um rendimento que seja gerado no âmbito da economia digital.

¹⁹⁹ Cf. (Xavier, 2011, p. 224).

Parece clara a desarticulação entre a realidade presente nos elementos de conexão tradicionais e a realidade sobre a qual pretendem incidir.

Nestes termos, a economia digital levanta, fundamentalmente, três problemas à fiscalidade²⁰⁰: (i) risco de erosão das bases de tributação; (ii) dificuldade em determinar a jurisdição fiscal competente; e (iii) dificuldade em assegurar o cumprimento tributário. Segundo alguns autores, isto demonstra a existência de uma crise no seio dos elementos de conexão tradicionais.

O desenvolvimento das tecnologias de informação e comunicação possibilita a existência de ainda mais conexões com mais territórios. O aumento do número de conexões associadas a um facto tributário pode significar um aumento dos casos de dupla (ou mesmo múltipla) tributação, gerada pela valoração comum de vários elementos de conexão – criando um esforço adicional na capacidade de resposta do DFI aos conflitos que gerar-se-ão – e de dupla não tributação, gerada pela valoração insuficiente de elementos de conexão presentes em determinado facto tributário e os territórios envolvidos – levando, potencialmente a uma diminuição da receita tributária disponível.

Se no primeiro caso são perfeitamente identificáveis as ligações de determinado facto tributário a um ou mais territórios geográficos, pelo contrário, no segundo, os elementos de conexão mostram-se incapazes de identificar aquelas ligações impossibilitando o exercício do poder tributário por parte de um ou mais Estados. Será, possivelmente, a face mais visível da crescente inoperância dos sistemas fiscais atuais e dos elementos de conexão tradicionais ao advento da economia digital.

Importará por isso analisar o impacto da economia digital nos elementos de conexão *residência e fonte* e, de forma mais detalhada, *estabelecimento estável*.

De acordo com o *princípio da residência*, a conexão relevante para fundamentar o poder tributário de um Estado é a residência no seu território do titular dos rendimentos em causa. É através deste elemento de conexão que se concretiza a tributação efetiva pelo rendimento global do contribuinte (*world wide income*). Conforme estejamos perante

²⁰⁰ Verdadeiramente, os problemas que ora se identificam não têm origem com o advento da economia digital, mas sim com a globalização. Verifica-se, contudo, um desenvolvimento considerável dos mesmos com a economia digital. Estes problemas são a face visível da inadequação dos sistemas fiscais tradicionais e, em certa medida vigentes, à realidade global, interligada e interdependente.

pessoas singulares ou pessoas coletivas, podemos distinguir entre residência *singular* e residência de entes *coletivos*, respetivamente.

A qualificação de residente pertence ao direito interno de cada Estado²⁰¹, pelo que, face aos critérios do direito interno de cada um deles, pode suceder que dois Estados considerem a mesma pessoa como residente no seu território. Gera-se assim um caso de dupla residência, com as demais consequências ao nível tributário, que importará dirimir.

O n.º 2 e n.º 3 do artigo 4.º do MC OCDE, através de regras de preferência ou conexões subsidiárias, permite concluir pela única residência fiscalmente relevante no caso da mesma pessoa ser considerada residente por mais do que um Estado.

As regras *supra* referidas, através da aplicação sucessiva (e numa ordem estabelecida) de diferentes conexões, são sobretudo relevantes caso estejamos perante uma pessoa singular, pois os conceitos que àquelas subjazem não suscitam particulares dúvidas interpretativas.

Não implicando a análise desenvolvida neste trabalho de especiais referências à residência *individual* e ao respetivo elemento de conexão, quanto a esta sempre se diga que a dificuldade imposta pela economia digital se reconduz à maior dificuldade em identificar e associar um sujeito (passivo) a determinado território.

A utilização de meios de comunicação cada vez mais sofisticados e menos detetáveis, o menor recurso a intermediários (muitas vezes entidades bancárias com especiais deveres de comunicação às Autoridades tributárias)²⁰² e a crescente utilização de cripto moedas dificultará e muito a recondução de um sujeito a determinado território para efeitos de tributação e, conseqüentemente, em assegurar o cumprimento tributário.

Pelo contrário, o processo de identificação da residência de um ente *coletivo* sempre revestiu maior complexidade. A economia digital veio acrescentar dificuldades suplementares. De facto, a operação de determinar a residência de uma pessoa coletiva tem-se tornado mais intrincada, na medida em que as novas tecnologias de comunicação permitem não só novas formas e estruturas de organização empresarial como uma maior

²⁰¹ No caso português, a residência *individual* afere-se segundo o disposto no artigo 16.º do CIRS.

²⁰² Para desenvolvimento desta questão, vide (Pires R. C., Tributação Internacional do Rendimento Empresarial, 2011, p. 205).

dispersão dos processos de tomada de decisão por diversos Estados²⁰³, criando dificuldades acrescidas ao preenchimento do conceito de *direção efetiva* da pessoa coletiva.

O processo de tomada de decisão pode estar de tal modo disperso que será virtualmente impossível reconduzir a gestão estratégica, ou mesmo a gestão corrente, maioritariamente a um único lugar, por forma a poder considerar-se determinado ponto geográfico o local onde se desenvolve a *direção efetiva* de determinada pessoa coletiva²⁰⁴.

Para mais, as novas formas de comunicação possibilitam não só novos métodos de divisão e exercício de funções no âmbito de uma empresa como também o anonimato dos seus quadros superiores. O anonimato conseguido no universo digital inviabiliza o conhecimento das partes, impossibilitando a identificação do sujeito passivo e, potencialmente, a operação efetuada²⁰⁵.

Tão pouco os endereços eletrónicos (por exemplo, .pt, .uk) podem ser considerados fiáveis, por nem sempre existir uma correspondência verdadeira entre a localização geográfica efetiva e o endereço eletrónico.

Da mesma forma, a utilização dos servidores espelho (*mirror servers*) aumenta a confusão na busca da localização (de origem).

A economia digital vem assim demonstrar a perda de vigor do critério da residência, na forma como este está tradicionalmente construído, o que implicará necessariamente uma valoração insuficiente de elementos de conexão presentes em determinado facto tributário impossibilitando a sua conexão com determinado Estado e, conseqüentemente, potenciando uma situação de não tributação (quando, em abstrato, a mesma seria expectável)²⁰⁶.

A solução passará pela identificação do Estado com o qual a pessoa coletiva tenha mais forte conexão económica, independentemente de aí residirem os principais

²⁰³ Pense-se, como exemplo, na situação em que as decisões de gestão de uma empresa são tomadas pelos seus diretores residentes em países diferentes mediante videoconferência.

²⁰⁴ Por exemplo, os diretores não se encontram em local único e os acionistas não se deslocam a nenhum local para serem informados/ votarem/ deliberarem, os trabalhadores estão distribuídos por vários países sem relações hierárquicas entre si.

²⁰⁵ Neste sentido, *vide* (Pires R. C., Manual de Direito Internacional Fiscal, 2018, p. 306).

²⁰⁶ A ordem jurídica mostrar-se-ia competente se fosse identificado o elemento conexão.

administradores ou acionistas, através de uma construção valorativa que permita identificar o território onde a atividade empresarial tenha maior grau de implementação.

Por outro lado, o elemento conexão *fonte* garante o poder de tributação ao Estado onde se gera/ produz o rendimento. A ideia de pertença económica (*economic allegiance*), comumente associada ao Estado *fonte* enquanto justificação do vínculo criado com determinado Estado, apenas se manifesta quanto aos rendimentos originados nesse território, no caso de se verificarem determinados graus mínimos de presença naquele território, tradicionalmente através da existência de determinados elementos de natureza material.

Ora, se a identificação da residência já se presta a dificuldades no âmbito da economia digital, facilmente se percebe o quão difícil será rastrear um rendimento, fazendo o caminho inverso até ao seu local de origem, sobretudo num contexto de mobilidade e de ausência de presença física.

A economia digital carrega para o elemento conexão *fonte*, contagiando também o elemento conexão estabelecimento estável, problemas marcados pela desarticulação entre a realidade tangível/ física/ real/ corpórea e a realidade intangível/ virtual/ incorpórea do universo digital²⁰⁷. A contraposição de um universo fortemente marcado pela “fiscalidade” a um outro marcado pela globalidade, generalidade de acesso independentemente da localização e, sobretudo, a absoluta prescindibilidade de um espaço físico para operar surge como principal obstáculo à articulação entre ambos.

Aliás, as regras de tributação na fonte que temos vindo a mencionar ao longo deste trabalho, sobretudo no âmbito do estabelecimento estável, mostram-se pouco flexíveis pois procuram manter o mesmo processo de base territorial (associado à presença física estável) no que se refere ao tratamento da questão fiscal da economia digital²⁰⁸.

Como refere RITA CALÇADA PIRES, a “fiscalidade internacional fundamenta o seu núcleo no Estado como espaço geográfico real²⁰⁹”. Este *modus operandi* gera dificuldades

²⁰⁷ Cf. (Pires R. C., Tributação Internacional do Rendimento Empresarial, 2011, p. 257).

²⁰⁸ Como procura transmitir JINYAN LI, não sobre a economia digital, mas sobre o comércio eletrónico com o qual podemos fazer alguns paralelismos, existe uma incompatibilidade do comércio eletrónico com a ideia de presença física, procurando-se enxertar a “fiscalidade” num universo como o do comércio eletrónico (Li, 1999, p. 1436). Assemelha-se a algo similar aquele jogo no qual se convida uma criança a colocar um conjunto peças geométricas na forma geométrica correspondente, e esta procura, sem sucesso, encaixar/ fazer passar um cubo pela forma geométrica círculo.

²⁰⁹ Cf. (Pires R. C., Tributação Internacional do Rendimento Empresarial, 2011, p. 257).

de tributação pois, ao contrário das regras existentes, a economia digital não se subsume à unidade territorial. Trata-se de uma realidade que não utiliza como referencial uma qualquer noção de território.

Deparamo-nos sim com um espaço virtual uno ao qual corresponderão múltiplos espaços geográficos no mundo físico.

Assistimos por isso a uma potencial crise do elemento conexão *fonte*, pois a economia digital não precisa de presença física num território para desempenhar a sua atividade.

A desarticulação identificada promove a erosão da base tributável e, bem assim, dificuldade em assegurar o cumprimento tributário, arrastando consigo uma potencial diminuição da receita tributária, pois, a menos que se contrarie, serão cada vez mais os rendimentos cuja identificação e recondução a determinado território se mostram impossibilitadas, com as demais consequências tributárias²¹⁰, pois dificilmente se aplicam com sucesso elementos de conexão baseados no território e na “fiscalidade”, num contexto digital onde ambos os elementos apresentam menor ou nenhuma importância.

Isto não significará, necessariamente, colocar em causa o *princípio da territorialidade*²¹¹ – enquanto ligação entre o facto tributável e o ordenamento jurídico do Estado ²¹² –, não obstante a existência de duas realidades com características aparentemente incompatíveis²¹³.

²¹⁰ Como a dificuldade em assegurar e controlar o cumprimento tributário.

²¹¹ Mas implicará que a ligação a ele subjacente se confirme através de outros elementos.

²¹² O *princípio da territorialidade* relaciona-se com o âmbito espacial do facto gerador do imposto, permitindo estabelecer, através de *elementos de conexão*, a ligação entre o facto tributável e o ordenamento jurídico do Estado, assim legitimando a aplicação das respetivas normas tributárias, ou melhor, o exercício da respetiva competência tributária.

²¹³ No seguimento de outras considerações já tecidas sobre o *princípio da territorialidade*, e sobre a vitalidade do mesmo importa dizer o seguinte:

Os impostos sobre o rendimento, a par dos restantes, emanam dos ordenamentos jurídicos nacionais. Os ordenamentos jurídicos, por correlacionados ao conceito e figura do Estado, vêem-se delimitados por um território. Assim, os impostos são sempre reconduzidos a um espaço geográfico onde se exerça o poder tributário correspondente. Não há sobre o rendimento quaisquer impostos supra ou transnacionais que, pela sua natureza, permitiriam a respetiva aplicação independentemente da geografia em que aquele tivesse origem/ fonte. A desconsideração da geografia nestes termos permitiria a aplicação de impostos ao mundo virtual, onde a conexão com determinado território em função de elemento físico pouco importa. Bastaria, em abstrato, identificar uma transação da qual adviesse um rendimento para que o mesmo fosse tributado. Sendo certo que sempre seria uma tarefa hercúlea. Os problemas seriam múltiplos: a soberania dos Estados; harmonizar os diferentes sistemas fiscais existentes para que pudéssemos ter um imposto sobre o rendimento consensual no alargado universo de Estados e administrações; divisão das receitas tributárias; a existência de entidades internacionais que pudessem

De todo o modo, e para que seja possível a tributação do rendimento gerado no âmbito da economia digital, sempre terá de haver uma sobreposição entre ambas as realidades – virtual e real – pois, na prática, é o Estado, enquanto realidade geograficamente definida, que detém o poder de tributar²¹⁴, independentemente da natureza do rendimento, pelo que terão de coexistir.

Neste sentido, importará continuar a promover a referida ligação de um facto tributário, mesmo que gerado na economia digital, a um Estado para que seja possível tributá-lo.

A pedra de toque estará na forma em como a referida sobreposição e ligação serão feitas²¹⁵.

Como demonstrado, no DFI existem os princípios de tributação na *residência* e de tributação na *fonte*. Segundo estes princípios, no caso de situações plurilocalizadas, são as jurisdições da residência e da fonte que têm o direito de tributar os rendimentos obtidos. Esta escolha justifica-se pela ligação existente entre determinado indivíduo – pela residência – ou determinado rendimento – pela fonte – com determinado território. Tratando-se de uma ligação, na sua génese, facilmente apreensível.

É a partir destes dois princípios, consensuais no seio do DFI, que se retira a existência dos elementos de conexão *residência* e *fonte*, os quais se mostram essenciais na determinação do poder de tributar.

Contudo, os referidos princípios e respetivos elementos de conexão não são suficientes para indicar a jurisdição fiscalmente competente no caso concreto. Mostra-se

suportar a aplicação e controlo de tais impostos, assegurar o cumprimento tributário e que regular a divisão e o destino das receitas que resultassem desta tributação. Não é, porém, esta a atual realidade. Os impostos, enquanto manifestação do poder tributário dos Estados, estão ligados ao território correspondente, o que tem um profundo impacto na forma como a divisão de rendimentos é operada entre as várias jurisdições fiscais. Assim, a tributação de um rendimento, independentemente da sua natureza, implica a recondução do mesmo a um território e, consequentemente, a um sistema jurídico-fiscal para se operar a respetiva tributação e assim contribuir para as receitas do Estado aplicadas na prossecução do interesse público – os *finis* do Estado. Assim, o caminho parece ser, analisado o atual contexto, continuar a promover a referida ligação de um facto tributário a um Estado para que seja possível tributa-lo. Para o efeito, ao invés da “fiscalidade”, deverá ser utilizado um outro elemento que comprove, tal como aquela o faz, a ligação de determinada fonte de rendimento a um Estado, permitindo um ajustamento entre as distintas realidades em jogo.

²¹⁴ Não obstante ser uma preocupação internacional e existir articulação entre Estados e as respetivas administrações fiscais.

²¹⁵ Começa-se a perceber que a mesma passará pela recusa à fiscalidade como elemento nuclear ao estabelecimento de uma conexão entre um facto e um território.

necessário um maior grau de concretização, de determinabilidade na aplicação ao caso concreto²¹⁶.

Em resposta, surgem as regras da residência e da fonte consubstanciando a forma como os elementos de conexão são especificados e passam ser identificados num determinado território.

É exatamente ao nível destas regras, tradicionalmente utilizadas para identificar no caso concreto a residência e a fonte, que existem os problemas de conformação dos elementos de conexão tradicionais já mencionados à economia digital. É a este nível que residem os desafios de articulação entre a realidade virtual e a real²¹⁷.

Os princípios que subjazem aos elementos de conexão residência e fonte continuam válidos e com legitimidade para fundamentar a tributação de rendimentos. Continua a fazer sentido determinar o poder de tributação de uma jurisdição através da especial ligação e relação que se estabelece entre o indivíduo ou o rendimento e uma determinada geografia.

Pois é essa ligação/ relação com determinado Estado, e os fins deste, que demonstra a existência de um vínculo económico entre ambos, o qual justifica que determinado indivíduo ou ente coletivo estejam na disposição de se sujeitarem a determinados “sacrifícios tributários”²¹⁸ como contrapartida dos benefícios particulares e gerais que recebam em troca²¹⁹.

Difícilmente teremos melhor forma de concretizar esse vínculo.

Assim, no contexto do Direito Fiscal Internacional continua a ser fundamental, como justificação e para delimitação/ repartição do poder de tributar, a existência de uma ligação entre o indivíduo ou o rendimento ao território de determinado Estado²²⁰.

²¹⁶ O princípio e a regra que o concretiza são realidades diferentes. Sendo os princípios conceitos vagos e indeterminados necessitam de concretizações, o mesmo não se passa com as regras que são aplicáveis diretamente (Canotilho, 2002, p. 1160 e ss).

²¹⁷ Como refere RITA CALÇADA PIRES, “O facto de as regras concretizadoras dos elementos de conexão estarem em crise não implica automaticamente a assunção de que o(s) próprio(s) princípio(s) que essas concretizam esteja(m) igualmente em crise” (Pires R. C., Tributação Internacional do Rendimento Empresarial, 2011, p. 269).

²¹⁸ Nas palavras de PEDRO SOARES MARTINEZ, (Martinez, Direito Fiscal, 1993, p. 79).

²¹⁹ Enquanto fundamento da soberania tributária.

²²⁰ Conforme aos princípios da *residência* e da *fonte* e os respetivos elementos de conexão.

O problema que tem sido revelado pelo advento da economia digital, e dadas as suas características, reside, justamente, na forma ou através de que regras será estabelecida essa ligação, dada a incapacidade por parte das regras atuais/ tradicionais em fazê-lo.

Ou seja, não parece existir qualquer dificuldade ou querela no reconhecimento de necessidade em estabelecer aquela ligação, o busílis da questão está nas regras utilizadas para o efeito.

Não estamos por isso perante uma crise no plano dos princípios ou dos respetivos elementos de conexão²²¹, mas sim perante uma crise no plano das regras que os concretizam e realizam²²².

Para tanto, e como já referido, concorre o facto de a economia digital surgir como uma realidade diametralmente oposta àquela para a qual os elementos de conexão e respetivas regras foram então pensados e criados. As atuais regras, datadas no tempo, já não permitem ser aplicadas a esta nova realidade, pois foram as mesmas pensadas e construídas para serem aplicadas num mundo muito marcado pela “fiscalidade”, base da construção tradicional.

Existe, por isso, uma desadequação das regras tradicionais para determinar a residência e a fonte no âmbito de uma atividade essencialmente global, flexível, móvel e muitas vezes imediata.

Vejam-se, e em concreto, as dificuldades na determinação da residência de um ente *coletivo*, na medida em que as atuais regras que operam o preenchimento do conceito de *direção efetiva* não consideram (é-lhes até estranha) a atual realidade comercial e económica²²³. Estão não só reféns de uma ideia de presença física como de concentração dessa presença física num só local, o que se mostra perfeitamente inadequado à realidade atual de profunda dispersão dos polos de decisão.

²²¹ Como nos ensina RITA CALÇADA PIRES, a essência de um princípio não é afetada, “(...) porque um princípio, por contraposição às regras, detém uma capacidade adaptativa permanente e ativa que lhe garante uma substância sempre atualizada e ligada às realidades contemporâneas” (Pires R. C., Tributação Internacional do Rendimento Empresarial, 2011, p. 271).

²²² “A regra existe como forma de resolver a aplicação do princípio ao caso concreto” (Pires R. C., Tributação Internacional do Rendimento Empresarial, 2011, p. 269).

²²³ Já por nós caracterizada.

Também relativamente ao elemento conexão *fonte*, têm as atuais regras sentido dificuldades em identificar a origem de um rendimento, reconduzindo-o a determinado Estado. Veja-se o exemplo do Estabelecimento Estável tradicional²²⁴ que abordaremos melhor adiante. Considerando-se o Estabelecimento Estável regra de concretização da fonte, e não a fonte em si mesma considerada, o mesmo tem-se mostrado inadequado a esse fim.

A dificuldade e, por vezes, a impossibilidade sentida, na atual conjuntura, em identificar os elementos e características tradicionalmente associados à figura do estabelecimento estável não só compromete a capacidade de determinar a sua existência, como também, e em consequência, a capacidade de determinar a fonte de um rendimento. Assim falhando o processo de concretização do princípio e elemento de conexão fonte.

Como refere RITA CALÇADA PIRES, “A crise nas regras definidoras dos elementos de conexão demonstra a fragilidade de como as realidades físicas, construídas com base numa atividade económica permanente e fixa no espaço, e tantas vezes no tempo, são desadequadas para serem o elemento de conexão de um tipo de atividade essencialmente flexível, móvel e muitas vezes imediato”²²⁵.

De todo o modo, uma vez que os princípios demonstram capacidade e vitalidade para continuar a vigorar, cuja reconhecida adaptabilidade às novas realidades é um trunfo, o que terá de ser alterado são as respetivas as regras que terão de ser avaliadas e atualizadas, por forma a estarem aptas ser aplicadas à nova realidade económica e ao mundo globalizado em que vivemos.

Nestes termos, o objetivo passará por procurar novas regras que possam satisfazer adequadamente as funções que devem cumprir – concretizar e bem executar os princípios da residência e da fonte.

²²⁴ Revelador de uma conexão económica entre determinado Estado e uma pessoa coletiva.

²²⁵ Cf. (Pires R. C., Tributação Internacional do Rendimento Empresarial, 2011, p. 274).

2.2.1.1. O Estabelecimento Estável

Do que foi referido sobre o estabelecimento estável, nomeadamente por referência ao denominado *estabelecimento estável real*, podemos concluir que este resulta, tradicionalmente, da combinação entre o (i) lugar fixo de negócios, a (ii) presença física e a (iii) natureza da atividade negocial²²⁶. A estes elementos pode e deve-se juntar a componente humana, por relação às pessoas que dependem da empresa, exercendo as atividades desta no Estado onde está situada a instalação fixa – desta forma também se justificando a ligação entre determinada atividade e um Estado.

Desta combinação resultará um limiar mínimo de presença que justificará a tributação do rendimento daí resultante.

Grande parte da doutrina identifica como característica central/ nuclear do conceito a “fiscalidade”, enquanto decorrência da noção de “instalação fixa” cuja verificação tem sido reconhecida como necessária à existência de estabelecimento estável.

Pelo contrário, autores há que colocam a tónica num elemento diferente, destacando a importância da “realização de uma atividade empresarial”²²⁷ enquanto elemento fundamental da operacionalidade do conceito de estabelecimento estável.

Ou seja, uma parte dos autores dá ênfase à “fiscalidade”, naturalmente associada ao estabelecimento estável dado o contexto em que surgiu e a respetiva evolução, enquanto outra parte da doutrina dá ênfase à “atividade” desenvolvida como elemento central/ nuclear do conceito de estabelecimento estável.

Avance-se, desde já, que rejeitamos o entendimento (tradicionalista) da necessidade de um elemento físico para a existência de um estabelecimento estável, sob pena da completa inoperância da figura no atual contexto económico e comercial.

Admitir o contrário seria, parece-nos, amputar este conceito de um processo de evolução que vai muito para lá da recondução desta figura à simplista noção de instalação física. Refira-se, aliás, que a noção de instalação fixa nem se mostra determinante para

²²⁶ Cf. (Arnold, Threshold requirements for taxing business profits under tax treaties, 2003, p. 483 a 488).

²²⁷ (Garcia Prats, 1996, p. 184).

justificar a presença econômica ou um especial vínculo ao Estado, veja-se o caso do estabelecimento estável agência ²²⁸.

Significaria também, desde logo, obstar à utilização desta figura num contexto de economia digital, condenando-o, de certa forma, à falência. Facilmente se percebe que assim seria, ou não fosse virtualmente impossível conciliar uma realidade fortemente marcada pela desmaterialização de processos e elementos com uma outra tradicionalmente assente num elemento/ ligação física estável com um território.

É disso que se trata. Dificilmente se conseguiria estabelecer a conexão necessária para operar o conceito.

Com o devido respeito, considerar a “fiscalidade” a característica nuclear do conceito de estabelecimento estável é simplesmente redutor. A capacidade de adaptação deste conceito à realidade característica da economia digital passará por relevar outros elementos e características que possam ser reconduzidos à ideia de estabelecimento estável (enquanto presença estável, significativa, demonstrativa de uma ligação económica).

Espera-se, assim, abandonar o comportamento, ainda muito comum, de tentar identificar no contexto da economia digital um qualquer elemento físico que justifique a presença de um estabelecimento estável no território de determinado Estado²²⁹.

Há que deixar de estar refém de algumas amarras e começar a perceber a realidade para além da materialidade das coisas.

Independente da posição que se assuma relativamente ao papel da “fiscalidade” no âmbito do estabelecimento estável, é incontornável a importância desta característica na dinâmica reconhecida a esta figura (à qual também se liga muita a característica da permanência).

Não obstante o reconhecimento da “fiscalidade” enquanto característica com profundo lastro na construção e desenvolvimento do conceito de estabelecimento estável, o decorrer do tempo associado ao fenómeno da globalização tem demonstrado a crescente

²²⁸ Melhor descrito adiante.

²²⁹ Assim se ultrapassando a “(...) inadequação do conceito tradicional de estabelecimento estável – baseado na presença física estável num território – para continuar a determinar a repartição do poder tributário entre os Estados, no que toca a rendimentos empresariais” (Pereira P. R., O papel do estabelecimento estável no Direito Fiscal Internacional, 2013, p. 586).

incapacidade daquele conceito (na sua formulação tradicional) em acomodar novas realidades e a responder às necessidades que delas resultam.

Parece claro que o rápido desenvolvimento das TIC veio agudizar e tornar mais óbvia uma certa falência daquela característica. Prova bastante, é justamente a construção de novos tipos de estabelecimento estável, menos dependentes de uma qualquer instalação física.

Nestes termos, parece assim possível considerar-se a existência de um precedente em ultrapassar o elemento físico presente no conceito tradicional de estabelecimento estável: o EE agência, enquanto ficção cujo objetivo é contornar a exigência de uma instalação física²³⁰.

A “fiscalidade” não parece, assim, determinante para justificar uma forte ligação económica entre o facto tributário e determinado território, e assim um limiar mínimo de presença que justifique a tributação pelo Estado fonte. Pelo recurso a outros elementos (que não o físico) somos capazes de justificar a existência daquele limiar mínimo.

Neste sentido, concordamos com os autores que reconhecem na atividade empresarial e na sua natureza o elemento central do conceito de estabelecimento estável, revelando de forma mais precisa a ideia de pertença económica (*ou economic allegiance*).

É a própria atividade empresarial que motivará e melhor justificará que se estabeleça um vínculo com determinado Estado, independentemente do meio²³¹ utilizado para o efeito.

Em sentido semelhante, refere RITA CALÇADA PIRES, numa alusão à posição assumida por BRIAN ARNOLD, que “para o comércio electrónico, a existência de um limiar de tributação (*threshold*) tem de ser estabelecido com base na natureza e nível da actividade comercial, bem como com a quantidade de rendimento, pois, no comércio electrónico não há “fiscalidade”, nem lugar fixo de negócios no entendimento corrente desses conceitos²³²”.

O mesmo se poderá dizer relativamente à economia digital.

²³⁰ Sendo certo que neste particular sempre se poderia dizer que a “fiscalidade” é assegurada por um agente, passível de ser considerado um elemento físico presente numa determinada geografia.

²³¹ Procuramos evitar a utilização da palavra estrutura por poder ser, erroneamente, reconduzida a um elemento físico.

²³² Cf. (Pires R. C., Tributação Internacional do Rendimento Empresarial, 2011, p. 259) e (Arnold, Threshold requirements for taxing business profits under tax treaties, 2003, p. 491).

Compreende-se que para a tributação pelo Estado da fonte se tenha de reconduzir determinado rendimento a um veículo com implementação no território daquele, mas não deve ser determinante (não obstante algumas dificuldades de conceptualização) que o mesmo seja apreensível apenas através de um qualquer elemento físico²³³.

A atividade económica é demasiado complexa, implica demasiadas variáveis para se poder aquartelar a num único elemento.

Ora, nos últimos anos a esta parte, o *princípio do estabelecimento estável* tem vindo a mostrar-se desadequado face à realidade emergente²³⁴. O atual panorama do comércio internacional, em constante mutação graças à nova realidade imposta pela economia digital, só possível pela evolução das TIC, permitiu ultrapassar a necessidade de uma qualquer presença física estável (seja uma instalação física ou recursos humanos) de uma empresa num Estado para dessa forma desenvolver a sua atividade económica.

A ideia de desmaterialização associada à economia digital veio dificultar a utilização dos elementos de conexão tradicionais, nomeadamente o E.E.

Pelas suas características, não é possível enquadrar a economia digital no conceito tradicional de estabelecimento estável. Tal como ambos se apresentam, excluem-se mutuamente.

Há uma profunda inadequação dos pressupostos do estabelecimento estável (real) tradicional à economia digital²³⁵. Como já amplamente referido, a economia digital não carece de presença física num território para aí desenvolver a sua atividade.

Esta característica, por si, coloca em causa elementos sobre os quais assenta a construção do E.E. tradicional, pois estes têm por base, essencialmente, a ideia de “fiscalidade” e de presença *in loco*.

Senão vejamos:

a) Um dos elementos do E.E. tradicional é a *instalação fixa*²³⁶.

²³³ Como esperamos conseguir demonstrar mais adiante.

²³⁴ O mesmo se diga relativamente ao princípio da residência e ao princípio da fonte.

²³⁵ Na medida em que a atual contextualização económica não tem qualquer semelhança com a contextualização da época do surgimento e desenvolvimento do E.E. na prática internacional.

²³⁶ Cf. n.º 1 do art.º 5.º do MC OCDE.

A sua definição como local, material ou instalação utilizados no exercício das atividades da empresa²³⁷ denotam a exigência de uma presença física. Ora, na economia digital essa “fiscalidade” é tendencialmente inexistente.

Haverá por isso uma dificuldade em corresponder este elemento a uma qualquer realidade presente na economia digital, obstando assim à concretização de um E.E. num território.

- b) Outro elemento exigido para efeitos de E.E., cuja existência é dificilmente identificável no contexto da economia digital, é a *fixidez*.

As dificuldades neste caso colocam-se quer num plano temporal quer geográfico.

No plano temporal, o problema passa pela possibilidade de compatibilidade entre o tempo dito físico/ real e o tempo digital/ virtual. Na economia digital o tempo tende a assumir um significado diferente do existente na economia e comércio tradicionais.

O tempo não é mais um fator de limitação. O mundo virtual está ao dispor 24 horas por dia todos os dias em qualquer parte do globo. Perde-se a própria noção de fuso horário. Mais, na economia digital e no comércio eletrónico nem existe em muitos casos uma entrega física. Pelo que o imediato e o agora são os novos ritmos.

A rapidez com que as transações se concluem e o tempo digital distorcem o conceito de permanência, de durabilidade física vinculada, associado ao elemento *fixidez*.

Por *fixidez* entende-se a duração prolongada de uma instalação, a rapidez como que a economia digital se processa é incompatível com esta ideia.

No plano geográfico, o problema passa pela localização concreta e real da instalação para efeitos de E.E. No mundo real a realidade é constituída por uma diversidade de Estados e jurisdições perfeitamente delimitadas por fronteiras. Pelo contrário, o mundo virtual é uno, sem barreiras. Processa-se de uma forma tendencialmente livre. Esta característica, aplicada ao mundo empresarial, permite uma dispersão dos centros de decisão o que, no mundo real, significa a sua distribuição por múltiplos locais.

A ideia de instalação fixa pressupõe a concentração de um conjunto de atividades numa mesma localização. Para haver E.E. terá de haver um todo coerente. Ora, a

²³⁷ Cf. parágrafo 4 dos comentários ao n.º 1 do art.º 5.º do MC OCDE.

dispersão permitida pela economia digital potência justamente o contrário, não se enquadra no espírito unitário do conceito tradicional do E.E. Caso não haja a referida concentração numa só jurisdição, não haverá E.E.

Algumas destas atividades poderão ser preparatórias ou auxiliares, não sendo as mesmas, por definição, geradoras de um E.E.²³⁸, mesmo que concentradas num único local²³⁹.

De facto, estas atividades podem ser um foco de alguma fisicalidade que se mantém mesmo no contexto da economia digital. Contudo, a sua desconsideração para efeitos de E.E. obsta à recondução da atividade da empresa, ou parte dela, ao território de um Estado e, consequentemente, à tributação do rendimento empresarial gerado na economia digital.

Por outro lado, as atividades definidas como preparatórias ou auxiliares, por remissão ao n.º 4 do art.º 5.º do MC OCDE, no âmbito de uma economia digitalizada e desmaterializada podem, na prática, não ter essa natureza (não obstante se encontrarem tipificadas como tal). Cumprirá fazer essa distinção.

Caso fossem estas atividades consideradas²⁴⁰, sobretudo quando presentes maioritariamente num local, poder-se-ia, em parte, mitigar o problema atual da maioritária não tributação na fonte dos rendimentos empresariais gerados na economia digital pois seriam os mesmos reconduzidos a um novo conceito de instalação fixa e de E.E.

- c) Por último, referir que o E.E. Agência também não se mostra preparado para operar num contexto de economia digital.

Desde logo porque a regra da agência prevista no n.º 5 do art.º 5.º do MC OCDE se refere a “uma pessoa – que não seja um agente independente”, entendida nos termos

²³⁸ Cf. n.º 4 do art.º 5.º do MC OCDE.

²³⁹ Cf. parágrafo 21 dos comentários ao n.º 4 do art.º 5.º do MC OCDE, a “combinação das atividades referidas nas alíneas a) a e) na mesma instalação fixa não deve ser considerada como constituindo um estabelecimento estável desde que a atividade de conjunto da instalação fixa resultante desta combinação seja de carácter preparatório ou auxiliar”.

²⁴⁰ Estão em causa atividades também necessárias aos objetivos da empresa e às quais muitas vezes se associam recursos humanos, fazendo destas atividades potencialmente geradoras de um vínculo económico com um Estado. Atividades essas que, além do mais, não obstante tipificadas como preparatórias ou auxiliares podem na realidade não o ser.

da alínea a), do n.º 1 do art.º 3.º do MC OCDE, o que limita a possibilidade de reconduzir esta figura a um software ou hardware que tivesse o mesmo propósito.

Por outro lado, porque também se exige, nos termos do n.º 5 do art.º 5.º do MC OCDE, que o referido agente “actue por conta de uma empresa e tenha, e habitualmente exerça, num Estado contratante”. Ou seja, implica a atuação num território e que essa atuação seja nuclear no espectro das diferentes atividades que possam ser desenvolvidas do ponto de vista empresarial.

Face ao exposto, começamos a afastar-nos de uma realidade de dupla tributação internacional em direção a uma outra em que a tributação é omissa por parte dos Estados, em virtude da crescente incapacidade que tem vindo a ser demonstrada em não só identificar a existência de um rendimento associado a uma atividade económica e os respetivos sujeitos como, posteriormente, identificar qual o Estado ou Estados com o qual aquela está conexas, dificultando-se a repartição do poder de tributar.

Fica claro que o E.E. está construído para uma realidade e conjuntura assente na “fiscalidade”, na presença real e física num território. Daí a inadequação das respetivas regras na identificação de um E.E. quando confrontadas com a economia digital.

Observa-se uma erosão na construção fiscal do E.E.

Também a lógica associada à figura tradicional do estabelecimento estável é utilizada para dificultar a tributação na fonte, numa tentativa consciente de reduzir o imposto a suportar.

Com a economia digital, o agente económico tem a possibilidade de aproveitar a mobilidade e a ineptidão das regras atuais face à realidade digital, não se gerando, assim, o pressuposto da tributação pelo Estado da fonte²⁴¹.

Os agentes económicos, no caso de desenvolverem uma atividade num determinado Estado, conformam a sua atividade para que a mesma não recaia na figura do estabelecimento estável. Comportamento hoje facilitado pela economia digital, na

²⁴¹ Conforme referido anteriormente, o Estado da fonte apenas tem competência para tributar os rendimentos empresariais produzidos no seu território por um não residente, caso os mesmos sejam reconduzidos a um estabelecimento estável aí existente. Caso não existe um estabelecimento estável, o Estado fonte não pode tributar.

medida em que esta, pela sua própria natureza, coloca em causa o conteúdo funcional de muitas das regras inerentes ao conceito tradicional de estabelecimento estável.

A par do que já aconteceu, permitindo, por exemplo, a conceptualização do E.E. Agência, mostra-se necessário um novo processo de desvalorização de elementos tradicionalmente exigidos para a existência de um estabelecimento estável tradicional (nomeadamente, a presença de uma instalação fixa), por forma a acomodar as diversas realidades que caracterizam a economia digital.

Capítulo 3. A tributação do rendimento na economia digital

O desenvolvimento das tecnologias de informação e comunicação revolucionaram a forma como até então a economia e o comércio se processavam. Vive-se hoje num ambiente marcado pela crescente dispensabilidade de presença física, bem como de intervenção humana presencial.

A crescente transação de bens e serviços intangíveis, incorpóreos, deixam de necessitar dos tradicionais canais de distribuição para chegar ao seu destino. Rompe-se com as noções comum de tempo e espaço²⁴².

Observa-se a construção e desenvolvimento de uma economia assente na ausência de “fiscalidade”, na digitalização, na mobilidade e na virtualidade.

A fiscalidade, até à data, e salvo raras exceções, está fortemente dependente da existência de elementos físicos, tangíveis, com presença física estável, pelo que a desmaterialização característica da economia digital e dos novos processos comerciais a ela associados propiciam uma menor capacidade de conhecimento dos factos e de controlo por parte das Administrações fiscais.

A invisibilidade que decorre da ausência de “fiscalidade” gera dificuldades na identificação das transações, do seu objeto, do rendimento delas resultante e dos sujeitos envolvidos.

Por outro lado, os elementos geográficos tornam-se irrelevantes, dificultando a determinação da competência fiscal e o respetivo modo de proceder a essa determinação.

A confluência das diversas características da economia digital com a ineptidão dos habituais meios de identificação e resolução das situações fiscais plurilocalizadas (normas de conflito) – criadas num contexto diametralmente diferente do atual – cria um buraco negro onde os diferentes agentes económicos se movimentam muitas vezes de forma imune, escapando ao poder tributário dos Estados.

A insuficiente articulação e harmonização entre as diferentes leis fiscais nacionais, e destas com as normas de Direito Fiscal Internacional, conjugadas com falta de resposta

²⁴² Cf. (Pires R. C., Manual de Direito Internacional Fiscal, 2018, p. 304 e ss).

face aos diversos desafios colocados pela economia digital, propiciam a erosão da base tributável e a transferência artificial de lucros das empresas²⁴³.

Este problema, por transversal aos diversos Estados, carece de uma resposta internacional²⁴⁴.

Em reação, em fevereiro de 2013, foi publicado pela OCDE, o primeiro relatório sobre *Base Erosion and Profit Shifting* (BEPS)²⁴⁵, cujo objetivo é identificar estratégias de evasão fiscal que explorem lacunas e incompatibilidades nas regras tributárias – promovendo a erosão da base tributável e a transferência de lucros – e, bem assim, apresentar estudos e dados disponíveis sobre a existência e magnitude deste problema, contendo uma visão geral dos desenvolvimentos globais com impacto sobre as realidades tributárias das empresas²⁴⁶.

Desde então que o projeto BEPS²⁴⁷ está no centro da agenda internacional, envolvendo, para além dos Estados-membros da OCDE, os países que constituem o G20²⁴⁸, os países em desenvolvimento, as Nações Unidas, o Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional. Não sendo estas questões novas, a verdade é que a discussão em torno delas se tem intensificado nos últimos anos, com a produção de alguns documentos muito relevantes na abordagem ao tema e nas possíveis soluções ao BEPS.

Algumas das soluções apresentadas pretendem ultrapassar aquilo que se tem apelidado de crise dos elementos de conexão, constantes do MC OCDE, atribuindo-lhes um conjunto de novas ferramentas, com expressão nas respetivas regras concretizadoras, permitindo alguma adaptação à economia digital e ao novo paradigma da desmaterialização.

As soluções que têm surgido são um reflexo da estratégia definida pela OCDE no combate ao BEPS que passa, maioritariamente, pela manutenção das atuais regras de

²⁴³ Cf. (Catarino & Guimarães, 2015, p. 443 e ss).

²⁴⁴ Sendo certo que o facto de a economia digital ser vista como realidade ainda em desenvolvimento tem criado para a definição de uma ação específica.

²⁴⁵ Cf. (OCDE, Addressing Base Erosion and Profit Shifting, 2013).

²⁴⁶ Sobre este projeto, *vide* (Arnold, International Tax Primer, 2016, p. 183 e ss) e (Ernick, 2013, pp. 3-7).

²⁴⁷ Sobre o BEPS e o sistema fiscal português, *vide* (Courinha, BEPS e o Sistema fiscal português: uma primeira incursão, 2014).

²⁴⁸ Grupo constituído pelos líderes das 20 maiores economias mundiais. Em setembro de 2013, solicitaram à OCDE a elaboração de um plano de ação. Vide (Machado & Costa, Manual de Direito Fiscal - perspetiva multinível, 2018, p. 161 e ss).

tributação²⁴⁹, procurando construir ligações entre a realidade digital e a realidade internacional fiscal na sua formulação tradicional. As ditas ligações têm tido por base a descoberta de um qualquer elemento físico passível de ser identificado na realidade digital.

A par desta estratégia de manutenção das atuais regras de tributação há uma outra que insiste na procura de regras específicas para a economia digital.

Defendemos pelo contrário uma terceira estratégia, uma via alternativa: mantendo os atuais princípios de tributação (residência e fonte) e os respetivos elementos de conexão, sugere-se a alteração das atuais (e tradicionais) regras que os concretizem por outras passíveis de serem aplicadas a qualquer contexto, independentemente da natureza real ou virtual.

Por um lado, negamos a definição de regras específicas para a economia digital, na medida em que poderíamos criar distorções e discriminação entre o comércio tradicional e o eletrónico – sendo que o último é uma evolução do primeiro pelo que não se justifica um tratamento díspar – e colocar em causa os próprios princípios de tributação – regras específicas para a economia digital relevavam as características desta, as quais poderão não ser subsumíveis com aqueles princípios.

Por outro, a manutenção das atuais regras, mantendo a ideia de “fiscalidade”, significará continuar neste processo de busca continua por um elemento físico na economia digital a que nos possamos agarrar para assim justificar a recondução a um dos elementos de conexão. Sendo a economia digital marcada pela ausência de presença física e estando a mesma em constante desenvolvimento²⁵⁰, a busca pelo elemento físico será cada vez mais difícil ou mesmo impossível, pois o mesmo pode nem sequer existir. Assim, entendemos que esta estratégia não configura uma resposta duradoura, pelo que não deve ser aceite.

O caminho passará, entendemos nós, pela escolha de regras que possam ser aplicadas a ambas as realidades, sem perda de vigor. Para isso, teremos de abandonar o

²⁴⁹ Como referido anteriormente, a crise dos elementos de conexão explica-se no plano das regras que o concretizam, não no plano dos princípios. Segundo RITA CALÇADA PIRES, “O que a maioria da doutrina, das organizações internacionais e dos países defendeu foi a manutenção dos atuais princípios de tributação, discutindo, no entanto, a validade das atuais regras de tributação internacional em face do comércio eletrónico” (Pires R. C., Manual de Direito Internacional Fiscal, 2018, p. 327), cujo paralelismo pode ser feito.

²⁵⁰ Pois está relacionada com as TIC, estando as mesmas em constante desenvolvimento.

recurso à “fiscalidade” como característica central da fiscalidade e substitui-la por outra ou outras características que, de forma idêntica, permitam estabelecer um vínculo tributável entre uma empresa e um Estado. Mostram-se necessários indicadores alternativos da presença de uma atividade económica num território, até recentemente conferidos pela “fiscalidade”.

3.1. A residência²⁵¹

A doutrina tem apresentado diversas soluções para o problema do elemento de conexão residência.

A primeira solução, mais extrema, passaria pela tributação direta dos acionistas pelos rendimentos gerados pela empresa. Através da desconsideração da entidade societária, tributar-se-ia diretamente os acionistas, independentemente da jurisdição em que residissem. Procura-se o que fisicamente pode ser atingível. Na medida em que a economia digital não confere uma desadequação tão profunda dos critérios existentes para determinar a residência individual, aproveita-se esse facto adaptando-o à realidade tecnológica²⁵².

Outra solução toma o local de residência dos sujeitos intervenientes na atividade societária como critério relevante. Assim, a residência da sociedade seria onde fosse a residência dos diretores ou acionistas. Neste caso, o facto determinante não seria o local onde são tomadas as decisões, mas antes os sujeitos que as tomam.

No caso de sociedades de negócios que envolvessem apenas uma substância eletrónica/ digital²⁵³, existindo uma relação forte ou um controlo por parte do autor intelectual, então a residência da empresa seria no local onde este autor residisse.

²⁵¹ Dada a centralidade do E.E. neste trabalho, não procuremos aprofundar em demasia os desenvolvimentos ocorridos em sede do elemento de conexão residência.

²⁵² Para o desenvolvimento deste tema, vide (Pires R. C., Manual de Direito Internacional Fiscal, 2018, pp. 329-337).

²⁵³ Segundo RITA CALÇADA PIRES, consideram-se sociedades ou negócios “que envolvam apenas uma substância electrónica aqueles que têm como principal actividade a exploração de um produto intelectual, ideia ou conceito, através de equipamento electrónico” (Pires R. C., Manual de Direito Internacional Fiscal, 2018, p. 330).

Todas estas soluções apresentam uma mesma crítica: recorrem à residência individual como forma de definir a residência da sociedade, num fenómeno de desconsideração e desprestígio da realidade societária.

De todo o modo, compreende-se o recurso à residência individual. Trata-se de uma realidade tangível com menor mobilidade (sobretudo se considerarmos vários administradores/ diretores) do que aquela vulgarmente associada à residência de um ente coletivo.

Para além das anteriores soluções, tem sido avançada uma outra que se diferencia pelo facto de não ter como premissa a residência individual de algum dos administradores ou acionistas.

Falamos da adaptação do método de fracionamento segundo a fórmula (*formulary apportionment/ approach*) à determinação da residência. Através de um método semelhante ao utilizado na determinação da residência individual (n.º 2 do art.º 4.º do MC OCDE), a determinação da residência seria feita segundo uma fórmula que quantificaria e valoraria um compósito de residências de trabalhadores, diretores, administradores, acionistas e outros indivíduos com especial relação com a empresa em causa.

A par destas soluções, também a OCDE procurou oferecer uma solução que contrariasse as dificuldades de operacionalidade do elemento de conexão residência na delimitação do poder de tributar de um Estado.

Assim, para os casos em que a direção efetiva se encontrasse distribuída por diversas jurisdições a solução passaria ou pela substituição do critério da direção efetiva ou pelo aperfeiçoamento desse conceito ou por se estabelecer uma hierarquia de testes, à semelhança da residência individual.

Relativamente à primeira solução – substituição do critério da direção efetiva – três foram os critérios alternativos apontados: o i) local do registo da sociedade; o ii) local da residência dos diretores, administradores ou acionistas; e o iii) local onde existe o nexo económico forte.

A referência ao local de registo deve ser desde logo desconsiderada, pois privilegia a forma sobre a substância podendo ser alvo de manipulação²⁵⁴.

²⁵⁴ Pelo que se poderia questionar a correspondência do local de registo à realidade da empresa.

A opção pela residência dos diretores, administradores ou acionistas cai nas críticas anteriormente feitas da desconsideração da realidade societária.

O critério do nexo económico mais forte²⁵⁵ não obstante o seu interesse, foi pouco desenvolvido. Do que se compreende, este implicaria a definição de um conjunto de considerações que revelassem as características económicas que ligam uma realidade empresarial a um Estado.

Por outro lado, a opção pelo aperfeiçoamento do teste da direção efetiva passaria ou pela definição/ preenchimento deste conceito²⁵⁶ – indeterminado por natureza – ou pela determinação dos elementos que devessem ser ponderados para alcançar a concretização do conceito. Esta solução implica que qualquer que seja a definição ou elementos utilizados para o efeito, se mantenha o conceito de direção efetiva aberto o suficiente para conseguir enquadrar diversas realidades – sobretudo num contexto extraordinariamente dinâmico como é o da economia digital.

Por último, surge a solução de estabelecer uma hierarquia de critérios para determinar a residência societária, à semelhança do que se passa na residência individual (regra *tie-breaker*). A hierarquia apresentada coloca em primeiro lugar o local de direção efetiva, seguido do lugar de registo/ constituição, em terceiro o nexo económico mais forte e finalmente, no caso de nenhum dos anteriores, alternadamente, o acordo entre os Estados envolvidos.

O desenho seria assente numa adaptação da já mencionada teoria do método do fracionamento segundo fórmula (*formulary apportionment/ approach*). Construindo uma hierarquia, com vários elementos, maior será a probabilidade de se conseguir efetivamente determinar a residência.

Esta construção não é, porém, isenta de críticas, desde logo pela complexidade que lhe é apontada dificultando a aplicação prática. Outra crítica que se aponta relaciona-se com a necessidade de proceder a um processo de valoração de certos elementos no caso de igualdade, de múltipla localização ou de conhecimento de apenas alguns elementos.

²⁵⁵ Numa lógica muito parecida aquela que subjaz ao conceito de E.E. é à ligação por este estabelecido com o território de determinado Estado (e que adiante utilizaremos como ponto central na adaptação do tradicional conceito de E.E. à realidade da economia digital).

²⁵⁶ Ao contrário do que hoje acontece no âmbito do n.º 3 do art.º 4 do MC OCDE.

Ainda assim, parece a via mais adequada a responder às debilidades sentidas na definição da residência de um *ente* coletivo através do conceito de direção efetiva, agravadas pela economia digital.

No caso de impossibilidade em determinar qualquer dos elementos que compoñham o centro de interesses vitais económicos tem sido ponderado o recurso aos elementos fornecidos ao cliente pela sociedade na sua página virtual. Contudo, a operacionalidade deste critério dependeria do auxílio de intermediários tecnológicos na descodificação dos dados obtidos, ajudando a identificar o contribuinte. Em si mesmo também não será um processo simples e, porventura, onerar-se-á em demasia o intermediário na sua relação com as Administrações fiscais²⁵⁷

De todo o modo, caso a referida hierarquia não permite a determinação da residência, poderemos sempre recorrer ao critério residual de tributação direta dos acionistas²⁵⁸.

De referir que todas as teorias e soluções apresentadas continuam, segundo entendemos, a laborar num erro: continua-se a tentar encontrar no universo digital elementos físicos que sustentam esse universo e que possam fazer a ponte com a fiscalidade física, permitindo-lhe alcançar a realidade não palpável.

3.2. Fonte, em especial o Estabelecimento Estável

A exigência de presença, de um certo grau de permanência da atividade de um não-residente, através de uma ligação geográfica, sempre foi condição essencial de tributação por parte dos Estados da fonte. Esse grau de permanência é sobretudo concretizado pela existência de um estabelecimento estável, o qual, na atividade empresarial, consubstancia o limite mínimo para existir tributação.

Como referem PETER HONGLER e PASQUALE PISTONE, “*This compromise was reached at a time in which the PE concept was the best possible proxy to determine the existence of a sufficient nexus of business with the taxing jurisdiction of a country other than that of residence of the taxpayer. In other words, without a physical presence outside*

²⁵⁷ Já para não falar da compatibilização desta atividade de auxílio com diversos temas como o sigilo ou, mais recentemente, o regime geral de proteção de dados.

²⁵⁸ Cf. (Pires R. C., Manual de Direito Internacional Fiscal, 2018, p. 336).

the country of residence, business income was mainly the outcome of production factors organized under the taxing jurisdiction of such country” (sublinhado nosso)²⁵⁹.

Não obstante tratar-se de uma figura relativamente consensual no contexto do Direito Fiscal Internacional, persistem ainda algumas tensões entre países importadores e exportadores líquidos de capital, entre países mais e menos desenvolvidos e entre Estados residência e fonte e a prevalência de uns face a outros²⁶⁰.

O artigo 5.º do MC OCDE consagra diversas categorias de estabelecimento estáveis, algumas das quais reflexo da evolução da economia.

Assim, e segundo ANA PAULA DOURADO²⁶¹, podemos destacar:

- 1) Um (tradicional) estabelecimento estável com presença física (instalação fixa) – art.º 5.º, n.º 1, do MC OCDE;
- 2) Um estaleiro de construção ou de montagem – art.º 5.º, n.º 3, do MC OCDE;
- 3) Um agente dependente – art.º 5.º, n.º 5, do MC OCDE;
- 4) Um estabelecimento estável de serviços (não exige instalação fixa) – razão pela qual recai no art.º 5.º, n.º 5, do MC OCDE, em articulação com o art.º 7.º do MC OCDE²⁶²;
- 5) Um estabelecimento estável segurador (local de cobrança de prémios ou locação de riscos, reconhecido pelo artigo 5.º, n.º 5, do MC OCDE).
- 6) Local de situação do equipamento substancial (em alguns acordos de dupla tributação);
- 7) Exploração de recursos naturais.

Como mencionado anteriormente, o art.º 5 do MC OCDE distingue entre agentes dependentes e agentes independentes, contrapondo o n.º 5 ao n.º 6, respetivamente.

²⁵⁹ Cf. (Hongler & Pistone , 2015, p. 15).

²⁶⁰ Tensões essas sempre presentes na construção e desenvolvimento do Direito Fiscal Internacional.

²⁶¹ Cf. (Dourado, Governação Fiscal Global, 2018, p. 86). Reconhece-se na classificação apresentada a capacidade de abarcar um conjunto de realidades hoje presentes, que advêm de uma interpretação da realidade desenvolvida pela autora que está para além da letra do MC OCDE. A presente classificação reconhece alguma mutabilidade e adaptabilidade ao conceito de estabelecimento estável.

²⁶² Cf. parágrafos 42.11, 42.42 e 42.48 dos comentários ao art.º 5.º do MC OCDE (OCDE C. , MC OCDE, junho 2015).

Como explicado, os primeiros constituem um estabelecimento estável, legitimando a tributação das empresas não residentes no Estado fonte (sendo o E.E. uma extensão destas). Os segundos, pelo contrário, não constituem um estabelecimento estável.

Também neste caso observa-se uma manipulação das atuais regras por parte das empresas, as quais, para evitar cair nos pressupostos do E.E. agência, recorrem a pessoal local sem autoridade formal para a conclusão de contratos²⁶³.

De facto, os Estados, e sobretudo os agentes económicos em proveito próprio, foram paulatinamente reconhecendo as fragilidades do conceito de estabelecimento estável. O estabelecimento estável “deixou de proteger as bases fiscais do Estado fonte e passou a servir a elisão fiscal nestes Estados²⁶⁴”.

A *Ação 7*²⁶⁵ do BEPS tinha como objetivo prevenir a elisão aos elementos configuradores de estabelecimento estável. Ou melhor, procura prevenir a atuação considerada abusiva por parte dos agentes económicos em evitar conscientemente a constituição de estabelecimento estável nos Estados onde desenvolvem as suas atividades, através da manipulação dos elementos concretizados do E.E.

A solução, sempre se diga, deveria passar pela alteração profunda das regras concretizadoras do elemento de conexão estabelecimento estável, por forma a adotá-lo de meios que lhe permitissem operar no contexto da economia digital.

Contudo, da *Ação 7* limitou-se a tecer recomendações às regras respeitantes às atividades preparatórias e auxiliares (art.º 5.º, n.º 4, do MC OCDE), ao conceito de agente dependente (art.º 5, n.º 5.º, do MC OCDE) e de agente independente (art.º 5.º, n.º 6 do MC OCDE).

Não se está com isto a menosprezar as alterações realizadas por força do relatório final da *Ação 7*. Aliás, esta ação foi importante para que a natureza de algumas atividades, até então desconsideradas, passassem a ser consideradas para efeitos de existência de E.E.

²⁶³ Como veremos, a *Ação 7* do BEPS, reconhecendo este problema, propôs alteração de alguns dos requisitos através dos quais se configura atuação de um agente por forma a ser considerado um E.E.

²⁶⁴ Cf. (Dourado, Governação Fiscal Global, 2018, p. 86).

²⁶⁵ Cf. (OCDE, Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action 7: 2015 Final Report, 2015).

Porém, parece ter ficado aquém das expectativas. Ao manter e enfatizar a exigência da presença física da atividade, a *Ação 7* não logrou dar um passo determinante na tributação dos rendimentos provenientes de contextos caracterizados pela digitalização.

A par disto, e corolário de um processo em constante desenvolvimento²⁶⁶, a OCDE acrescentou aos comentários ao artigo 5.º do MC OCDE uma parte exclusivamente dedicada ao comércio eletrónico e à economia digital e à sua relação com o estabelecimento estável (*vide* os antigos parágrafos 42.1 a 42.10²⁶⁷ e os atuais parágrafos 122 a 131 dos comentários ao art.º 5.º do MC OCDE).

Uma vez mais, observa-se a manutenção da “fiscalidade” como elemento central. Através dos comentários *supra* mencionados, e numa tentativa de mitigar a inoperância do E.E. num contexto digital, a OCDE procura (a nosso ver de forma errada) enxertar a realidade digital do comércio e da economia na realidade física do E.E.

De referir que a ideia de manutenção da “fiscalidade” era já abordada no Relatório “*Are the current treaty rules for taxing business profits appropriate for e-commerce?*”, no âmbito do qual a OCDE defendia a manutenção do E.E. para o caso do comércio eletrónico, recusando qualquer inovação no conceito ou a pesquisa por outras soluções que não o E.E.²⁶⁸

Pela procura de um elemento físico no comércio digital pretende-se fazer a ligação e o preenchimento dos elementos do E.E. Ou seja, procura-se um ponto (físico) comum a ambos para assim se justifica a existência de um E.E. e a tributação do rendimento que daí advenha.

O contínuo recurso à “fiscalidade” como forma de adaptar o E.E. à realidade digital condenará, a breve trecho, a aplicabilidade do E.E. Percebe-se que, por força de um certo conforto teórico-prático, se mantenha este elemento, mas atendendo ao processo evolutivo da economia digital que se perspetiva, a possibilidade já hoje reduzida de

²⁶⁶ Com diversos estudos efetuados e propostas apresentadas por diversos grupos de trabalho criados para análise desta temática.

²⁶⁷ Cf. (OCDE C. , MC OCDE, junho 2015) e (OCDE, Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version, November 2017).

²⁶⁸ Cf. (OCDE, *Are the current treaty rules for taxing business profits appropriate for e-commerce?*, 2005) e (Pires R. C., Manual de Direito Internacional Fiscal, 2018).

Ao contrário do defendido neste trabalho, o referido relatório defende as atuais regras de concretização do E.E. recusando alterações fundamentais as mesmas.

encontrar elementos físicos que interliguem as duas realidades – permitindo que se ficcione o E.E. – tenderá a ser cada vez menor.

Assim, a menos que abandonemos a ideia ainda muito enraizada da “fiscalidade”, procurando elementos de outra natureza, continuaremos a discutir a viabilidade do E.E. e a fabricar “remendos” que permitam a sua manutenção.

Numa resposta que se quer coordenada ente diversos Estados e jurisdições, a falta de resultados de algumas *Ações* BEPS, nomeadamente a *Ação 7*, e das opções tomadas pela OCDE tem motivado a apresentação por parte dos diferentes Estados de soluções nacionais, descoordenadas, que pretendem dar resposta imediata aos problemas de tributação sentidos pelos Estados, mas que falham na compreensão do problema que não é local, mas global²⁶⁹.

3.2.1. O Estabelecimento Estável Real

Optando a OCDE por manter, no MC OCDE uma construção tradicional de E.E., essencialmente fundada na fiscalidade, a solução passa por estabelecer um elo de ligação entre a realidade digital e a realidade física, que conforme a primeira a esta última. Ou seja, é necessário encontrar um elemento que se possa reconduzir a ambas as realidades e cujas regras concretizadoras do E.E. possam apreender.

O elemento comum a ambas as realidades é o material informático²⁷⁰. É este o meio através do qual a realidade virtual e a física comunicam. Através do material informático permite-se ao utilizador da realidade digital aceder a essa mesma realidade.

Porém, de entre o diverso material informático utilizado para realizar transações num contexto digital nem todo está habilitado, segunda a OCDE, a poder constituir um E.E.²⁷¹

²⁶⁹ Com implicações ao nível do princípio da neutralidade e da concorrência fiscal entre os Estados.

²⁷⁰ Cf. parágrafo 125 dos comentários ao art.º 5.º do MC OCDE (OCDE, Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version, November 2017).

²⁷¹ Vide (Pires R. C., Manual de Direito Internacional Fiscal, 2018, p. 337).

O MC OCDE, através do parágrafo 125 dos comentários ao seu art.º 5.º²⁷², apresenta uma distinção entre o *hardware* e o *software*, excluindo a possibilidade de este último poder vir a ser um E.E.

Como justificação, refere-se que o *software* – e, portanto, os websites – não constituem um bem corpóreo, não podendo, por isso, preencher a exigência do elemento físico (vertido na exigência de uma instalação fixe e na fixidez geográfica), ao contrário do que se passa com o hardware que pode ser palpável, tangível, visível e detetável na realidade física²⁷³.

Assim, segundo a OCDE, o servidor pode vir a constituir um E.E. no âmbito da economia digital, ao contrário do *website*.

Todavia, não basta existir um servidor para que este concretize um E.E. É necessário que o servidor preenche todos os requisitos exigidos pelo art.º 5.º do MC OCDE²⁷⁴.

Assim, nos termos dos comentários ao comércio digital presentes no MC OCDE, e conforme identifica RITA CALÇADA PIRES²⁷⁵:

- A empresa que exerce a sua atividade através de um *website* tem de ter à sua disposição o servidor onde está alojado esse *website*, não havendo necessidade de o servidor ser sua propriedade. O que releva é a empresa deter o domínio, a exploração do servidor. Não basta um simples acordo de armazenagem como proprietário do servidor²⁷⁶.
- O servidor tem de ser fixo, não importando a possibilidade da sua deslocação. Importa sim que o servidor esteja situado num certo local durante um lapso de tempo semelhante ao considerado para efeitos do n.º 1 do art.º 5 do MC OCDE²⁷⁷.

²⁷² Cf. (OCDE, Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version, November 2017).

²⁷³ Nestes termos, parágrafo 124 dos comentários ao art.º 5.º do MC OCDE (OCDE, Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version, November 2017).

²⁷⁴ Como se prevê na parte final 125 dos comentários ao art.º 5.º do MC OCDE (OCDE, Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version, November 2017).

²⁷⁵ Cf. (Pires R. C., Manual de Direito Internacional Fiscal, 2018, pp. 338-339).

²⁷⁶ Cf. parágrafo 124 dos comentários ao art.º 5.º do MC OCDE (OCDE, Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version, November 2017).

²⁷⁷ Cf. parágrafo 125 dos comentários ao art.º 5.º do MC OCDE (OCDE, Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version, November 2017).

- No local onde estiver o servidor, a empresa tem de exercer a sua atividade através desse equipamento, não sendo necessária a presença de pessoal²⁷⁸, à semelhança do desenvolvimento da atividade através de equipamento automático²⁷⁹ e devendo a verificação desta exigência ser efetuada casuisticamente²⁸⁰. Procura-se assim ultrapassar o recurso ao denominado servidor espelho.
- Por último, refere-se ainda não poder o servidor desempenhar apenas atividades preparatórias ou auxiliares²⁸¹, devendo revelar a utilização do servidor o exercício de atividades essenciais ao labor da empresa, facto apenas verificável caso a caso, consoante a natureza das atividades implicadas no caso concreto²⁸².

Contudo, e não obstante o esforço desenvolvido pela OCDE na utilização do servidor (elemento físico²⁸³) enquanto elo de ligação à realidade física, assim consubstanciado um E.E., parece ser a solução encontrada desadequada a muitas outras realidades emergentes como é o caso particular das *Cloud*²⁸⁴.

Reconhecendo algumas limitações técnicas para compreender o seu funcionamento, a *Cloud* é o termo comumente utilizado para descrever uma rede global de servidores, cada um deles com uma função única.

A *Cloud* não é uma entidade física, tangível, mas sim uma vasta rede de servidores remotos em todo o mundo que estão interligados e que devem funcionar como um ecossistema único.

Estes servidores foram concebidos para armazenar e gerir dados, executar aplicações ou fornecer conteúdos ou um serviço. Como alternativa ao acesso aos ficheiros e dados a partir de um computador local ou pessoal, permite-se o acesso *online* a partir de um

²⁷⁸ Cf. parágrafo 127 dos comentários ao art.º 5.º do MC OCDE (OCDE, Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version, November 2017).

²⁷⁹ Cf. parágrafo 41 dos comentários ao art.º 5.º do MC OCDE (OCDE, Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version, November 2017).

²⁸⁰ Cf. parágrafo 126 dos comentários ao art.º 5.º do MC OCDE (OCDE, Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version, November 2017).

²⁸¹ Cf. parágrafo 128 dos comentários ao art.º 5.º do MC OCDE (OCDE, Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version, November 2017).

²⁸² Cf. parágrafos 130 e 131 dos comentários ao art.º 5.º do MC OCDE (OCDE, Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version, November 2017).

²⁸³ Mais um exemplo da dificuldade de adaptação do E.E. à economia digital em virtude do mesmo se basear na “fiscalidade”.

²⁸⁴ Sobre *Cloud Computing* e o seu enquadramento tributário, vide (Teixeira & Rodrigues, A Tributação do Comércio Electrónico - Novos Desafios, 2014).

dispositivo com *Internet* — a informação estará disponível onde quer que esteja e em qualquer altura.

Assim, uma empresa que decida utilizar a *Cloud* na sua atividade, deixa de conseguir identificar e localizar o servidor utilizado. Não se trata de uma questão de vontade, a forma como o sistema está estruturado dificulta muitíssimo essa identificação. Não podendo identificar o servidor, não se mostra possível reconduzir a atividade da empresa ao local onde aquele se insere.

Não sendo esta situação subsumível a nenhum dos comentários ao art.º 5.º presentes no MC OCDE, dificilmente se conseguirá encontrar um elemento físico que justifique a presença de um E.E., com as demais consequências.

3.2.2. O Estabelecimento Estável Agência

Em linha com o que vem sendo referido, também quando ao E.E. agência observa-se a manutenção da “fiscalidade” como elemento central na resposta aos desafios criados pela economia digital.

Desta forma, a OCDE procurou encontrar na economia digital e no comércio eletrónico, um elemento físico que suporte o elemento pessoal do conceito.

Nesta abordagem, identificou-se apenas o fornecedor de serviço de Internet/ Internet *Service Provider* (FSI/ ISP) como possibilidade de constituir um E.E. agência, por ser o elemento pessoal central existente na ligação entre a realidade virtual da empresa e a realidade física, pois é este o “agente” que permite e garante à empresa o acesso ao universo digital ²⁸⁵.

A OCDE acabou por abandonar o recurso ao FSI na busca pelo dito elemento pessoal, em virtude de este, em regra, não deter nem atuar com os poderes exigidos no art.º 5.º n.º 5 do MC OCDE para que haja a qualificação de uma pessoa como agente dependente.

²⁸⁵ Cf. (Pires R. C., Manual de Direito Internacional Fiscal, 2018, p. 339).

O FSI tem como função/ atividade deter e gerir servidores, onde disponibiliza espaço para armazenamento de informação digital – incluindo *websites*. Daqui não decorrem quaisquer poderes para celebrar contratos que vinculem a empresa²⁸⁶.

No mesmo sentido, no parágrafo 128 dos comentários ao art.º 5.º do MC OCDE “afirma-se que «assegurar uma ligação de comunicação – à semelhança de uma linha telefónica – entre fornecedores e clientes» é uma actividade de carácter auxiliar ou preparatório, logo a função desempenhada pelo FSI/ ISP em face da atividade exercida pela empresa jamais seria dotada de essencialidade”²⁸⁷.

Façamos o exercício de recuar à noção e estrutura tradicional de E.E. agência: observa-se, de certa forma, uma relação tripartida. Esta relação²⁸⁸ permite, através de interposta pessoa, a celebração de um ou mais contratos entre uma empresa e uma entidade (pessoal ou coletiva) sediada num outro Estado.

Ora, o FSI apenas permite o acesso de uma empresa ao universo digital²⁸⁹. Não há posteriormente uma atuação no sentido de negociar com terceiros.

Pelo que dificilmente se observa qualquer paralelismo entre o Agente dependente e o FSI que permita concretizar um E.E. agência num determinado território.

Neste sentido, não pode um FSI ser um agente dependente e constituir um E.E. agência.

O facto de não se poder reconduzir o FSI à figura do agente dependente, enquanto única abordagem identificada para encontrar um elemento pessoal no contexto da economia digital²⁹⁰, coloca em causa a própria necessidade de se manter a figura num contexto digital²⁹¹.

²⁸⁶ O ISP é uma entidade que garante o acesso da empresa ao universo virtual/ digital, surgindo como uma figura com funções autónomas, próprias cuja atividade é proporcionar o acesso à internet. Neste sentido, o ISP desempenha funções que coadjuvam a atividade desempenhada no universo virtual, permitindo o acesso à economia digital, ou seja, consubstancia uma atividade auxiliar e não principal.

²⁸⁷ Cf. (Pires R. C., Manual de Direito Internacional Fiscal, 2018, p. 340) e (OCDE, Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version, November 2017).

²⁸⁸ Numa exposição muito simplista.

²⁸⁹ No qual a empresa, se tiver sucesso, celebrará contratos com terceiros.

²⁹⁰ Não se conhecendo outras abordagens entretanto desenvolvidas para o efeito.

²⁹¹ Em função do que desenvolveremos adiante sobre a possibilidade de um E.E. digital, não se compreende a necessidade e entendemos até não ser possível manter a figura do E.E. agência no contexto da economia digital.

Ainda neste âmbito, e em linha com o referido no capítulo anterior, a OCDE recusa a possibilidade de o *website* gerar um E.E. agência. Com efeito, e tendo por referência a centralidade da “fiscalidade”, as mesmas razões que conduziram à recusa de o *website* vir a constituir um E.E. real, aplicam-se também para o E.E. agência, acrescentando-se um argumento suplementar: o website nunca poderia ser considerado “pessoa” nos termos da definição presente no art.º 3 do MC OCDE²⁹².

Em face do exposto, resulta poder existir, para a OCDE, um E.E. no âmbito da economia digital, se construído nos termos do art.º 5.º n.º 1 do MC OCDE, mas não nos termos do E.E. agência.

De todo o modo, as dificuldades de concretização do E.E. agência não se esgotam na economia digital. Assim, de seguida, abordaremos as alterações ao Art.º 5.º n.º 5 suscitadas pela *Ação 7*.

3.2.2.1. Artigo 5.º n.º 5

No que diz respeito ao Agente dependente, e ao art.5º, n. º5 do MC OCDE em concreto, a proposta apresentada pela *Ação 7*²⁹³ visou a clarificação da disposição no sentido de extensão das atividades abrangidas. Esta proposta reconhece que o papel do *Agente dependente*, para efeitos da existência de um E.E., não se esgota na finalização e conclusão de contratos por conta da empresa não-residente.

Ao contrário do previsto na versão original do artigo *supra*, existem um conjunto de situações em que o Agente dependente desempenha um papel determinante na negociação do contrato, mas, por um qualquer motivo, mostra-se o mesmo finalizado e concluído num território diferente (por hipótese, na sede da empresa).

Ou seja, não obstante uma atuação intencional no sentido da conclusão do contrato, o facto de não o finalizar (um mero formalismo) obstará à recondução do *Agente dependente* à figura do E.E., com a consequência de não ser estabelecido um vínculo tributável.

²⁹² Cf. parágrafo 131 dos comentários ao art.º 5.º do MC OCDE (OCDE, Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version, November 2017).

²⁹³ Antes da publicação do relatório final, foram consideradas outras possibilidades de alteração. Neste sentido, vide (Pleijssier, 2015, pp. 14-150).

Com efeito, houve, naturalmente, por parte dos agentes económicos uma manipulação das regras de imputação do ónus de tributação: recorrendo a Agentes presentes num determinado Estado para a condução do processo negocial, revocam o processo a final para efeitos de conclusão. Ou seja, recorrem a pessoal local sem autoridade formal para a conclusão de contratos.

Assim, a prática do (seu) referido Agente não poderia ser considerada como consubstanciando um E.E., no estrito cumprimento do previsto no artigo em apreço²⁹⁴.

Percecionando esta realidade, e a erosão da base tributável associada, a OCDE propôs a seguinte redação para o art.º 5.º, n.º 5²⁹⁵:

“Não obstante o disposto nos n.ºs 1 e 2, mas com subordinação às regras do n.º 6, quando uma pessoa atue num Estado Contratante por conta de uma empresa e conclua habitualmente contratos nessa qualidade, ou **habitualmente desempenhe o papel principal na conclusão dos contratos que são celebrados rotineiramente, sem modificações materiais pela empresa e estes contratos tenham sido:**

- a) em nome da empresa, **ou**
- b) **para transferência de propriedade, ou para atribuir um direito ao uso, propriedade daquela empresa ou aquela empresa tenha o direito de uso, ou**
- c) **para o fornecimento de serviços por aquela empresa**²⁹⁶,

Será considerado que esta tem um estabelecimento estável nesse Estado...”

Para além da (re)definição da atividade do *Agente dependente* foram acrescentadas, sobretudo, duas alíneas ao artigo, que elencam duas situações distintas consideradas relevantes para a aplicação do artigo: (b) contratos para a transferência de propriedade ou direito de uso de bens pertencentes à empresa ou que a mesma tenha direito a usar; ou (c) contratos para a prestação de serviços pela empresa.

Estas alíneas são alternativas, sendo apenas necessário que uma delas se verifique.

²⁹⁴ Na sua versão original.

²⁹⁵ Cf. (OCDE, Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action 7: 2015 Final Report, 2015, pp. 17-18).

²⁹⁶ Negrito nosso para identificar as alterações propostas.

Como refere ANA PAULA DOURADO²⁹⁷, “É criticável que a alínea a) «em nome da empresa» se mantenha, pois é das cláusulas que mais controvérsia têm gerado, dada a facilidade em ser elidida. Todavia, as alíneas b) e c) pretendem colmatar os esquemas que elidem a alínea a)”²⁹⁸.

Como já era disposto anteriormente, as atividades do art.5º, n. º4 continuam fora do âmbito deste artigo.

A par das alterações propostas ao artigo, foram também propostas quer alterações aos comentários ao artigo quer comentários novos.

Os referidos comentários pretendem justificar as alterações, as quais têm como propósito o reforço da substância da atividade do *Agente*, passando a abranger situações em que os agentes desenvolvem atividades consideradas essenciais à conclusão de contratos que não eram consideradas anteriormente. O objetivo é precisamente resolver as debilidades enunciadas, em que a forma prevalecia sobre a substância.

Releva também a preocupação das alterações propostas em definir as situações em que um *Agente dependente* assume um papel principal na conclusão dos contratos. Neste sentido, devem ser consideradas as situações em que o *Agente*, através dos seus atos, leva um terceiro a celebrar contratos com a empresa que o mesmo representa.

As referidas propostas foram acolhidas, constando da última versão do MC OCDE²⁹⁹.

²⁹⁷ Análise com a qual concordamos.

²⁹⁸ Cf. (Dourado, Governação Fiscal Global, 2018, p. 89).

²⁹⁹ Vide (OCDE, Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version, November 2017).

3.2.2.2. Artigo 5.º n.º 6

Relativamente às propostas de alteração ao art.5º, nº6 do MC OCDE, o objetivo é, de alguma, esclarecer as situações enquadradas no conceito de agente independente.

Assim, se houver atuação exclusiva, ou quase exclusiva, de um Agente para uma ou mais empresas, com as quais esteja especialmente relacionado, não se pode considerá-lo um agente independente.

Pelo recurso a expressões como “exclusivamente ou quase exclusivamente³⁰⁰” e “empresas especialmente relacionadas³⁰¹”, a referida proposta mereceu um conjunto de novos comentários cujo propósito é esclarecer o que se entende com aquelas expressões.

Quanto à primeira expressão, os comentários elucidam (pela negativa) que as atividades desenvolvidas pelo agente para empresas com as quais não esteja especialmente relacionado não representarão uma parte significativa da sua atividade (do seu negócio).

Como métrica a utilizar para classificar uma atividade como significativa, recorre-se ao seguinte exemplo:

“where, for exemple, the sales that an agent concludes for enterprises to wich it is not closely related represente less than 10 per cent of all the sales that it concludes as an agent acting for other enterprises, that agent should be viewed as acting «exclusively or almost exclusively” on behalf of closely related enterprises”³⁰².

Daqui se retira que um agente desempenha a sua atividade de forma exclusiva ou quase exclusiva para uma empresa se esta representar para si, considerada a totalidade da sua atividade, mais de 15-20%.

Quanto à segunda expressão, são definidos alguns critérios.

³⁰⁰ “(...) a person acts exclusively or almost exclusively”, na versão original (OCDE, Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action 7: 2015 Final Report, 2015).

³⁰¹ “(...) closely related”, na versão original (OCDE, Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action 7: 2015 Final Report, 2015).

³⁰² Cf. (OCDE, Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action 7: 2015 Final Report, 2015, p. 26).

Por um lado, se considerando todos os factos e circunstâncias do caso concreto é possível afirmar que uma pessoa tem controlo, ou que ambas estão sobre o controlo das mesmas pessoas ou empresas³⁰³.

A título de exemplo, os casos de acionistas que detêm menos de 50% das ações, mas que têm certos direitos que lhes conferem a mesma posição que teriam se tivessem mais que 50%.

Por outro lado, considera-se que uma pessoa está “especialmente relacionada com uma empresa” se uma ou ambas as partes possuam direta ou indiretamente mais de 50% de participação (*beneficial interest*) na outra, ou ainda no caso de um terceiro, ainda que apenas indiretamente.

As alterações ao art.º 5.º, n.º 6 excluem ainda as empresas que atuam exclusivamente ou quase exclusivamente por conta de uma ou mais empresas com as quais estejam numa relação especial³⁰⁴.

As referidas propostas foram acolhidas, com algumas adaptações, constando da última versão do MC OCDE³⁰⁵.

3.2.3. Atividades preparatórias ou auxiliares

A versão atual do n.º 4 do art.º 5.º do MC OCDE exclui, em abstrato, do conceito de E.E. as atividades preparatórias e auxiliares: armazenamento, exposição ou entrega de mercadorias; depósito para armazenamento, exposição, entrega ou transformação; compra de mercadorias e reunião de informações; uma combinação das atividades anteriores desde que se mantenha o carácter preparatório ou auxiliar.

Contudo, a realidade tem demonstrado que na economia digital, fruto da dispersão dos centros de decisão e das estruturas empresarias, as referidas atividades nem sempre constituem atividades preparatórias e auxiliares (apesar de tipificadas como tal).

³⁰³ Cf. (OCDE, Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action 7: 2015 Final Report, 2015, p. 26).

³⁰⁴ Cf. (Dourado, A tributação dos rendimentos de capitais: a harmonização na comunidade europeia, 1997, p. 89).

³⁰⁵ Vide (OCDE, Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version, November 2017).

O relatório final da *Ação 7*³⁰⁶ reconhece isso mesmo, ao referir que (na versão original):

“Depending on the circumstances, activities previously considered to be merely preparatory or auxiliary in nature may nowadays correspond to core business activities. In order to ensure that profits derived from core activities performed in a country can be taxed in that country, Article 5(4) is modified to ensure that each of the exceptions included therein is restricted to activities that are otherwise of a “preparatory or auxiliary” character. The modifications are found in section B of the report”.

Por isso, a *Ação 7* propôs que se acrescentasse ao n.º 4 a seguinte frase:

*“desde que essa atividade ou, no caso da alínea f), o conjunto da atividade da instalação fixa, tenha carácter preparatório ou auxiliar”*³⁰⁷.

Ou seja, pretendeu-se esclarecer que as atividades definidas/ tipificadas só obstarão à concretização de um E.E. se, de facto, revistarem natureza preparatória ou auxiliar. Assim a natureza preparatória ou auxiliar de uma atividade terá de ser aferida caso a caso, não resultando de forma automática do elenco constante do n.º 4 do art.º 5.º do MC OCDE.

Além do mais, o planeamento das empresas multinacionais caracteriza-se amiúde por uma fragmentação artificial das suas estruturas e atividades de modo a poder alegar que as mesmas têm natureza preparatórias ou auxiliares, situando-as em territórios de alta tributação para elidir o conceito de E.E. e, assim, a tributação na fonte³⁰⁸.

³⁰⁶ (OCDE, Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action 7: 2015 Final Report, 2015, p. 10).

³⁰⁷ Na versão original:

“provided that such activity or, in the case of subparagraph f), the overall activity of the fixed place of business, is of a preparatory or auxiliary character”.

Cf. (OCDE, Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action 7: 2015 Final Report, 2015, p. 29).

³⁰⁸ Cf. relatório final da *Ação 7*, “BEPS concerns related to Art. 5(4) also arise from what is typically referred to as the “fragmentation of activities”. Given the ease with which multinational enterprises (MNEs) may alter their structures to obtain tax advantages, it is important to clarify that it is not possible to avoid PE status by fragmenting a cohesive operating business into several small operations in order to argue that each part is merely engaged in preparatory or auxiliary activities that benefit from the exceptions of Art. 5(4). The anti-fragmentation rule proposed in section B will address these BEPS concerns”. (OCDE, Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action 7: 2015 Final Report, 2015, p. 10)

Razão pela qual a Ação 7 recomenda a introdução de uma norma anti-fragmentação – um novo número 4.1.

Este preceito será, alegadamente, suficiente para cobrir o abuso em redor do carácter preparatória ou auxiliar de uma atividade:

“4.1. O n.º 4 não é aplicável a uma instalação fixa que seja usada ou mantida por uma empresa, se a mesma empresa, ou outra com quem ela esteja numa relação especial, desenvolver atividades no mesmo lugar ou num outro lugar do mesmo Estado Contratante e

- a) esse lugar ou outro lugar constitua um estabelecimento estável para a empresa ou para outra com quem ela esteja numa relação especial, ao abrigo das disposições deste artigo; ou
- b) o conjunto da atividade, resultando da combinação das atividades desenvolvidas pelas duas empresas no mesmo local, ou pela mesma empresa ou pela empresa com quem ela esteja numa relação especial, nos dois locais diferentes, não tenha carácter preparatório ou auxiliar

desde que as atividades empresariais conduzidas pelas duas empresas nos dois locais, constituam funções complementares que sejam parte de uma operação empresarial coerente”³⁰⁹.

As referidas propostas foram acolhidas, constando da última versão do MC OCDE³¹⁰.

³⁰⁹ Na versão original:

“4.1 Paragraph 4 shall not apply to a fixed place of business that is used or maintained by an enterprise if the same enterprise or a closely related enterprise carries on business activities at the same place or at another place in the same Contracting State and

- a) that place or other place constitutes a permanent establishment for the enterprise or the closely related enterprise under the provisions of this Article, or
- b) the overall activity resulting from the combination of the activities carried on by the two enterprises at the same place, or by the same enterprise or closely related enterprises at the two places, is not of a preparatory or auxiliary character,

provided that the business activities carried on by the two enterprises at the same place, or by the same enterprise or closely related enterprises at the two places, constitute complementary functions that are part of a cohesive business operation”.

(OCDE, Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action 7: 2015 Final Report, 2015, p. 39).

³¹⁰ Vide (OCDE, Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version, November 2017).

A substância económica deve prevalecer sobre a forma e se uma empresa desenvolve atividades significativamente lucrativas num Estado que não o seu, então esse Estado deve poder tributar os lucros que estão relacionados com o seu território.

3.3. Um novo conceito de elemento de conexão baseado no conceito de presença económica significativa

Tradicionalmente, a exigência de presença (material ou pessoal), de um certo grau de permanência da atividade de uma empresa não-residente, através de uma ligação geográfica, sempre foi condição essencial de tributação por parte dos Estados da fonte³¹¹.

Esse grau de permanência é sobretudo concretizado pela existência de um E.E., o qual, na atividade empresarial, consubstancia o limite mínimo para existir tributação³¹².

Essa tributação deriva da existência de uma forte ligação económica (*economic allegiance*) do facto tributário a determinando território corporizada, neste caso, pelo estabelecimento estável.

Neste sentido, a “fiscalidade” expressa pelo E.E. tradicional surge como um elemento determinante para justificar essa ligação económica entre a atividade de uma empresa e determinado território³¹³.

O surgimento de uma economia digital, marcada pela desmaterialização, pela digitalização, pela natureza intangível do processo económico e comercial e, bem assim, por uma reduzida necessidade de presença física, criou uma realidade para a qual os elementos de conexão atuais – construídos em torno da existência de uma realidade corpórea – não estavam preparados, tornando-se inoperantes em função da desadequação dos seus elementos à realidade atual.

As atuais regras de tributação das sociedades já não se adequam a um contexto em que as empresas, para além da ausência de necessidade de presença física, dependem cada vez mais de ativos incorpóreos de difícil avaliação e em que os conteúdos gerados pelos

³¹¹ (Pereira P. R., O papel do estabelecimento estável no Direito Fiscal Internacional, 2013, p. 575).

³¹² Tributação que terá de respeitar várias regras e princípios jurídicos de direito fiscal internacional, incluindo o princípio da não discriminação caso conste da CDT uma cláusula idêntica ou similar à do artigo 24.º, n.º 3 do MC OCDE.

³¹³ O estabelecimento estável, resulta, tradicionalmente, da combinação entre o (i) lugar fixo de negócios, a (ii) presença física e a (iii) natureza da atividade negocial.

utilizadores e a recolha de dados são fundamentais à criação de valor por parte das empresas que operam no mundo digital³¹⁴.

O certo é afirmar-se que, “*Through the use of remote technology, many digitalised business can effectively be heavily involved in the economic life of diferente jurisdictions without any, or any significant physical presence, thus achieving operational scale without mass. One consequence of this development is that growing number of businesses may have na economic presence in a jurisdiction without having a physical presence*”³¹⁵.

Em resposta a este problema, a OCDE tem pugnado, sobretudo no âmbito do MC OCDE³¹⁶, pela manutenção da “fiscalidade” enquanto elemento concretizador do E.E., procurando identificá-la na realidade virtual enquanto elo de ligação à realidade física³¹⁷. Ou seja, a solução passará, defende, por encontrar um elo (físico) comum a ambas que permita a recondução à figura do estabelecimento estável.

Concordamos que o elemento físico facilita sobremaneira a correspondência de um rendimento a um determinado território e, conseqüentemente, à identificação de um E.E. concretizando uma *presença económica significativa*.

Contudo, só por si, o referido elemento não é suficiente face aos desafios atuais impostos pela economia digital.

Até porque a imagem, a dimensão, a projeção de uma empresa não se conforma à mera presença física³¹⁸. Mesmo optando por não excluir a “fiscalidade” da equação em apreço, haverá que considerar, a par desta, um outro elemento que permita abarcar um conjunto considerável de situações que, não podendo ser reconduzidas à figura tradicional do E.E., dada a ausência de presença física, são, ainda assim, pelos seus elementos, passíveis de ser reconduzidas a uma ideia de presença (económica) associada àquela

³¹⁴ O exemplo do E.E. é paradigmático: reconhecendo-se dificuldades na sua aplicação a situações em que as empresas, em virtude do desenvolvimento das tecnologias de informações e comunicação, exercem uma atividade, alguma da qual tendo por base intangíveis, num outro Estado sem necessidade de para isso aí manter uma presença física estável. Estamos perante uma *cross-jurisdictional scale without*.

³¹⁵ Cf. (OCDE, Interim Report , 2018, p. 51).

³¹⁶ A manutenção da fiscalidade está muito presente nos comentários ao art.º 5 do MC OCDE (OCDE, Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version, November 2017).

³¹⁷ Não obstante, importa referir que no âmbito do relatório BEPS são conceptualizadas algumas soluções para os desafios colocados pela economia digital que não se desenvolvem em torno da “fiscalidade”. *Vide* neste sentido (OCDE, Action 1: Final Report, 2015) e (OCDE, Interim Report , 2018).

³¹⁸ Neste sentido, *vide* (Carvalho, 1997).

figura, justificando a ligação de determinada atividade e rendimento a um determinado território.

Neste sentido, propondo-se a redefinição do critério de presença física como determinante para estabelecer a conexão territorial e a consequente atração da base tributável, a OCDE apresenta, no Relatório Final da *Ação 1* do BEPS³¹⁹, um novo conceito de elemento de conexão cujo objetivo é garantir a tributação no Estado fonte quando uma empresa não-residente aí apresente uma *presença económica significativa*, independentemente de não apresentar qualquer elemento físico conexo com esse território³²⁰.

O elemento disruptivo desta proposta não reside, entendemos nós, na consideração da *presença económica significativa* enquanto elemento justificador/ concretizador de uma especial ligação entre uma atividade e um Estado, assim permitindo a tributação por parte deste³²¹. Essa sempre existiu. Reside, sim, no facto de a referida *presença económica significativa* passar a ter por base um conjunto de fatores que demonstrem uma interação intencional, determinada e sustentada de uma empresa com a economia de um Estado através da tecnologia e de outras ferramentas automatizadas³²².

Como referem PETER HONGLER e PASQUALE PISTONE, “*A PE nexus will therefore exist whenever the digital or physical presence of business in a country gives rise to value creation*”³²³.

Ou seja, propõe-se que, para as atividades desenvolvidas de forma digital, desmaterializada, a conexão deixe de ser feita com base no critério tradicional do E.E., a

³¹⁹ Cf. (OCDE, Action 1: Final Report, 2015) e confirmado em (OCDE, Interim Report, 2018).

³²⁰ A referida posição não reuniu inicialmente particular apoio por causa das dificuldades perspetivadas em determinar o rendimento atribuído à presença económica significativa.

³²¹ Entendemos não ser absolutamente inovador a consideração da *presença económica significativa* para efeitos de concretização de um elemento de conexão com determinado território. De facto, a referência ao E.E. enquanto reflexo de uma forte ligação económica (*economic allegiance*) a um Estado denota, em si mesmo, a existência de uma presença económica significativa com aquele território. Se a mesma não existisse, não haveria razão para uma empresa implementar uma extensão de si (o E.E.) no território em causa. O que é disruptivo é essa presença económica ser apurada e justificada através de elementos digitais, intangíveis, tecnológicos e outras ferramentas automatizadas. Ou seja, sem necessidade de recorrer a elementos físicos.

³²² (OCDE, Action 1: Final Report, 2015, p. 107).

³²³ (Hongler & Pistone, 2015, p. 23).

presença física, e passe a ser feita com recurso à chamada *presença digital significativa* num mercado³²⁴.

O referido relatório (*Ação 1*) identifica um conjunto de fatores que devem ser ponderados para efeitos de determinação e concretização de uma *presença económica significativa*, através de uma *presença digital significativa*, agrupados em três grupos: i) um fator baseado na receita ou rendimento; ii) fatores digitais e iii) fatores baseados no utilizador³²⁵.

A compreensão destes fatores, cuja existência é relevante para a definição de uma *presença económica significativa*, permite não só compreender a abordagem da OCDE ao tema, como também identificar e justificar um nexo de causalidade entre a atividade desenvolvida num território através de meios tecnológicos e a correspondente criação de rendimento.

Ou seja, para além de consubstanciarem uma qualquer tipificação para uma definição de *presença económica significativa*, a perceção dos elementos que constituem os referidos fatores permite compreender de que forma é que a utilização de meios tecnológicos permite a uma empresa criar valor e, conseqüentemente, rendimento.

Assim, importará desenvolver cada um dos fatores *supra* referidos.

3.3.1. Fator Rendimento

Em primeiro lugar será de considerar o *fator rendimento*, na medida em que se reconhece que um dos indicadores mais evidentes da existência de *presença económica significativa* de uma empresa num determinado Estado será, na prática, a obtenção de rendimentos de forma sustenta no território daquele Estado.

Ora, os serviços e produtos disponibilizados por uma empresa num contexto tecnológico/ digital – mesmo que através de modelos de negócio multilaterais³²⁶,

³²⁴ Daí a noção de Estabelecimento Estável Digital ou Virtual, de alargamento do conceito tradicional de E.E.

³²⁵ Esclareça-se que, segundo o Relatório Final da *Ação 1*, quer os fatores digitais quer os fatores baseados no utilizador terão de ser combinados com o fator baseado na receita ou rendimento.

³²⁶ Modelos de negócio que juntam dois ou mais tipos de clientes/ utilizadores, interdependentes, com o objetivo de criar valor e facilitar as interações entre os diferentes grupos (efeito rede). Como característica essencial, verifica-se a necessidade de existir uma plataforma onde os diferentes grupos coexistam em simultâneo. A plataforma cria valor como intermediária, ligando esses grupos. Como exemplo deste tipo

sobretudo os dependentes de efeitos de rede – são largamente sustentados na recolha e utilização dos dados de clientes ou utilizadores dos serviços, dependendo fortemente do volume e qualidade de informação obtida para gerar valor.

Assim, presume-se que quanto mais informação for recolhida, maior será a probabilidade de que o seu tratamento e posterior utilização no desenvolvimento dos serviços/ produtos da empresa crie valor acrescentado, permitindo que esta aumente as suas vendas, cobre mais pelos seus serviços ou ambos, gerando, conseqüentemente, maiores rendimentos no território fonte dos dados obtidos³²⁷.

O desenvolvimento de uma atividade com esta natureza, cujo valor advém e é influenciado pela informação recolhida de utilizadores presentes num determinado Estado, implica necessariamente a existência de meios para o efeito, ou seja, um certo grau de investimento num determinado território.

Assim, o rendimento gerado num Estado nestas circunstâncias, proveniente da aquisição de serviços por clientes presentes nesse mesmo Estado, revela necessariamente uma conexão entre uma atividade e um território sob a forma de uma *presença económica significativa*.

Isoladamente, o fator rendimento não será suficiente para estabelecer uma conexão. Contudo, juntamente com outros fatores, poderá ser a pedra angular para estabelecer uma conexão baseada na presença económica significativa.

De facto, rendimento proveniente de uma *presença económica significativa* sempre houve, veja-se o caso paradigmático do E.E. tradicional. O que se pretende, na

de modelo de negócio e de plataforma temos a *Amazon, eBay, Google, Uber, UberEATS, OLX, Glovo, Facebook*, entre outros. Para melhor ilustrar este modelo de negócio, deparemo-nos no caso de Facebook. O Facebook gera valor através da informação/ dados obtidos da interação entre utilizadores e entre estes e a plataforma, informação essa depois vendida a empresas para efeitos de *marketing* e publicidade. Posteriormente, as mesmas empresas que compraram os referidos dados compram espaço publicitário na plataforma, o qual será preenchido por anúncios que resultam do tratamento da informação dos utilizadores previamente obtida – refletindo os seus gostos, tendências, etc.

Este modelo só faz sentido e apenas têm valor para um segmento de clientes se os outros segmentos estiverem presentes, pois o valor criado será sempre maior quanto maior for o número de utilizadores, criando assim um efeito de rede (Osterwalder & Pigneur, 2011).

Este tipo de modelo de negócio e de plataforma está muito associado à modalidade de comércio eletrónico *Business-to-Consumers* (B2C). Sobre esta matéria, vide (Pires R. C., Tributação Internacional do Rendimento Empresarial, 2011, pp. 142-144).

³²⁷ Segundo o relatório AÇÃO 1, “because user data serves to enhance the value of services na enterprise offers, a strong user network (and the attendant user data) is likely to result in enterprises either selling more or enterprises charging more for its core products/ services, or both” (OCDE, Action 1: Final Report, 2015, p. 107).

verdade, e dada a atual conjetura económica, é uma *presença económica significativa* proveniente ou baseada numa *presença digital significativa*³²⁸.

Razão pela qual o relatório da *Ação 1* refere a utilização combinada do fator rendimento com outros fatores (de natureza digital ou a esta associada) para efeitos de determinação de uma *presença económica significativa*³²⁹.

De todo o modo, para que possa ser considerado o rendimento como um fator de avaliação de existência de presença económica significativa importa ter presente algumas questões técnicas, nomeadamente: quais as transações a considerar, como estabelecer um limiar mínimo de rendimento a ser considerado, assim como a forma de o aplicar.

Começando pela questão de quais as transações a considerar, o relatório da *Ação 1* começa por sugerir que se relevem apenas receitas geradas a partir de transações digitais concluídas através da plataforma digital da empresa, com clientes presentes no país³³⁰. Especificamente, a conclusão destas transações assenta, principalmente, em sistemas automatizados presentes naquela plataforma.

Todavia, reconhecendo que este tipo de abordagem poderá levar a que as empresas promovam a conclusão das transações (contratos) através de outras vias³³¹, evitando o estabelecimento de uma conexão (com as demais consequências ao nível da tributação), sugere-se que para efeitos de concretização do *fator rendimento* sejam consideradas todas as transações efetuadas de forma remota por uma empresa não residente com clientes presentes num determinado Estado.

Assim, garantir-se-ia que contribuintes em situação análoga e a realizar transações semelhantes, não sejam tratados de forma diversa. Garantir-se-ia, desta forma a aplicação do mesmo nível de tributação para o mesmo tipo de situações.

³²⁸ Sublinhado nosso.

³²⁹ Vide (OCDE, Action 1: Final Report, 2015, p. 107).

³³⁰ Refere o relatório, na sua versão original; “One approach that could be considered in defining a basic revenue factor is to include only revenues generated from digital transactions concluded with in-country customers through an enterprise’s digital platform” (OCDE, Action 1: Final Report, 2015, p. 107).

³³¹ Por exemplo, através de correio eletrónico ou por telefone (evitando assim a utilização da plataforma digital para conclusão da transação). Também as empresas, não obstante recorrerem à tecnologia para alcançar diversos mercados, ao invés de optar por sistemas completamente automatizados poderiam optar por encaminhar os seus potenciais clientes para de centrais de chamadas para aí concluírem o contrato (transação), não consubstanciando uma transação digital. Assim, diversas transações ficariam excluídas de consideração para efeitos da aplicação do *fator rendimento*.

O alargamento da base de incidência que daqui advém poderá criar maiores problemas a nível de identificação e controlo das operações por parte dos Estados e, bem assim, problemas para as empresas, pelo aumento dos custos administrativos e dos custos de conformidade fiscal associados³³².

Por outro lado, conexas com a questão anterior, sugere-se, no quadro do relatório da *Ação 1*, a definição de um limiar mínimo de rendimento a considerar para efeitos de concretização do fator rendimento. Ou seja, o elemento central no *fator rendimento* não será a existência, só por si, de um rendimento, mas sim um valor de rendimento bruto proveniente de transações remotas a partir do qual se considere haver uma presença económica significativa num Estado.

Este valor deve ser enquadrado em termos absolutos e em moeda local, a fim de minimizar o risco de manipulação.

Defende-se que este limiar mínimo de rendimento seja suficientemente elevado por forma a oferecer um elevado grau de segurança fiscal para as operações transfronteiriças e, bem assim, minimizar a possibilidade de se constituir uma conexão nos casos em que a receita fiscal prospetivada apresente valores materialmente irrelevantes³³³.

No entanto, na definição deste limiar é igualmente necessário ponderar a mobilidade e flexibilidade na escolha de localização dos negócios baseados na economia digital e, consequentemente, na facilidade de fragmentação (artificial) dos mesmos, pelo que se torna essencial a consideração de uma regra anti-fragmentação³³⁴, por forma a evitar abusos por parte dos agentes económicos.

Por último, a aplicação deste limiar não é, todavia, isenta de dificuldades. Dependerá, principalmente, da capacidade das administrações tributárias dos Estados em identificar e perceber a dimensão das transações realizadas remotamente por parte de

³³² Ou *compliance*, na versão original. Cf. (OCDE, Action 1: Final Report, 2015, p. 108).

³³³ (OCDE, Action 1: Final Report, 2015, p. 108).

³³⁴ À semelhança da regra anti-fragmentação prevista na *Ação 7*, o limiar mínimo seria tendencialmente aplicável com base em grupos relacionados do que a entidades separadas, evitando qualquer risco de fragmentação artificial das atividades de venda à distância. De todo o modo, esta regra deverá basear-se numa presunção ilidível, podendo o contribuinte provar que não operou artificialmente uma fragmentação da atividade por forma a manipular aquele limiar mínimo de rendimento.

entidades não residentes através de plataformas digitais, e, bem assim, a capacidade de determinar os seus intervenientes.

O relatório da *Ação 1* apresenta como possível solução a este desafio a introdução de um sistema de registo obrigatório para as empresas que, preenchendo os fatores já enunciados (e os demais que enunciaremos a seguir), evidenciem uma *presença económica significativa* num determinado Estado.

Ciente das dificuldades sentidas pelas administrações tributárias na identificação da ocorrência de uma transação e da escala da mesma, dos vendedores remotos, quer das dificuldades das empresas na identificação dos países de residência dos clientes e utilizadores, a OCDE propõe no referido relatório que se considere a aplicação de regimes similares aos introduzidos para assegurar o cumprimento das regras dos impostos indiretos sobre as transações³³⁵ (como o Imposto sobre o Valor Acrescentado ou um outro *Goods and Services Tax*)³³⁶.

3.3.2. Fatores Digitais

A par do fator rendimento, e para efeitos de avaliação da existência de uma presença económica significativa, o relatório da *Ação 1* propõe também a ponderação de um conjunto de fatores digitais.

Os negócios tradicionais (fortemente dependentes da “fiscalidade”) e os negócios digitais têm em comum o facto de ambos dependerem de múltiplos fatores para poder alcançar um número significativo de clientes num determinado território³³⁷. Ambos precisam de uma plataforma que lhes permita interagir com atuais e potenciais clientes ou utilizadores num determinado Estado.

Curiosamente, na economia digital, os fatores utilizados para estabelecer e manter a referida interação com diversos utilizadores ou clientes num determinado Estado, por

³³⁵ A OCDE propõe, como forma de resolver o problema de cobrança do IVA no país de destino, no caso das transações de serviços eletrónicos ou intangíveis, de empresas para particulares (*business to consumers* – B2C), a criação de um sistema de registo e de *compliance* simplificado para as empresas, onde se reconheça a necessidade de equilíbrio entre a indispensabilidade de informação para administrações fiscais e a minimização de custos de cumprimento para as empresas. Sobre este tema, vide (OCDE, Action 1: Final Report, 2015, pp. 126-129).

³³⁶ (OCDE, Action 1: Final Report, 2015, p. 108).

³³⁷ No caso dos negócios tradicionais, a localização do espaço (físico), estratégias de marketing e publicidade ou promoções e especiais formas de pagamento.

meio da presença *online*, são em grande medida análogos aos usados pelos negócios tradicionais, cumprindo funções muito semelhantes. A sua identificação permitirá estabelecer uma ligação entre uma empresa e um Estado e ajudar a determinar uma *presença económica significativa* através da sua presença digital.

Neste sentido, a OCDE identifica um conjunto de fatores de natureza digital cuja existência é indiciária de uma presença económica significativa: a i) adoção de um domínio local; a ii) plataforma digital utilizada; e iii) a definição de meios de pagamento locais.

Uma empresa não-residente que se pretenda implementar no mercado de um determinado Estado, tenderá a assumir, para aumentar as suas probabilidades de sucesso, um conjunto de características que a faça aproximar dos potenciais clientes ou utilizadores.

Em termos de nome de domínio, tal poderá significar a opção por um domínio e endereço eletrónico que identifique o país, como “.pt”, “.es” ou “.com”. Trata-se do equivalente digital a uma morada local.

Esta opção, para além de estabelecer uma proximidade com o público-alvo, reflete uma preocupação da empresa em proteger as suas marcas, assegurando a exclusividade da utilização de domínios que se assemelhem ou se confundam com aquelas.

Embora este seja um fator a considerar, sendo a aquisição de domínios locais (identificativos de território) bastante comum nos dias de hoje, teme-se que seja uma prática sem grande expressão no futuro. Neste sentido, a utilização de domínios alusivos a temas mais genéricos, como “.camera”, “.gym” “.cinema” permitirá uma maior proximidade com os clientes ou utilizadores, tornando irrelevantes os domínios identificativos de local para os efeitos em apreço³³⁸. Por outro lado, no caso de mercados de menor dimensão, a empresa poderá manter uma presença significativa sem para isso necessitar de investir num domínio diferenciado³³⁹

Relacionada com a questão do domínio, e enquanto fator digital de relevo, importa considerar a existência de uma plataforma digital local.

³³⁸ Cf. (OCDE C. , MC OCDE, junho 2015, p. 109).

³³⁹ A *Amazon*, por exemplo, utiliza apenas seis domínios na Europa (alusivos a Espanha, França, Alemanha, Reino Unido, Holanda e Itália), no entanto não existem dúvidas que deterá uma presença económica significativa em muitos outros países europeus.

As empresas não-residentes ao desenvolverem a sua atividade num determinado Estado, tendem a estabelecer *websites* “locais” ou outras plataformas digitais, com relevo na língua e normas culturais locais, por forma a tornar mais apelativa a apresentação dos seus produtos e serviços.

Neste sentido, os referidos *websites* ou plataformas digitais “locais” podem adotar um conjunto de características que facilitem a interação com os clientes ou utilizadores presentes nesse território, nomeadamente a utilização de língua oficial, de preferências culturais locais, de estratégias de marketing e publicidade específicas, descontos e promoções ou a utilização de termos e condições específicos de um determinado contexto comercial e legal localmente identificável.

A utilização deste tipo de plataformas “*taylor made*” é, para as empresas baseadas num ambiente digital, a melhor forma de estabelecer uma relação mais próxima ao mercado alvo. De todo o modo, este nível de investimento não será dirigido a todos os mercados nacionais com os quais as empresas se relacionam, o que não significa o desinteresse nesse mercado nem obsta a que nele existe uma *presença económica significativa*³⁴⁰. De referir ainda que as plataformas locais não correspondem necessariamente às fronteiras políticas existentes³⁴¹.

Outra questão a considerar, no âmbito dos fatores digitais relevantes para a comprovação de uma presença económica significativa, está relacionada com a adoção e disponibilização aos clientes ou utilizadores de meios de pagamento característicos do Estado em que estão inseridos.

A par da escolha do domínio ou do *website* ou plataforma digital, também os meios de pagamento disponibilizados tendem a ter em conta o mercado que se pretende alcançar.

³⁴⁰ Recorra-se, uma vez mais ao exemplo da *Amazon*: apenas nos seis domínios que utiliza na Europa (alusivos a Espanha, França, Alemanha, Reino Unido, Holanda e Itália) é que adota como uma das línguas usadas no website o idioma oficial local. Isto não significa que nos restantes Estados onde está presente e recorre de forma indiferenciada à língua inglesa não possa considerar-se como tendo uma presença económica significativa.

³⁴¹ Uma plataforma local pode estar relacionada com uma região, cuja dimensão poderá ultrapassar uma fronteira politicamente estabelecida.

A adoção de certos meios de pagamento está inserida numa preocupação mais ampla da empresa de que a experiência de compra/ comercial³⁴² dos clientes ou utilizadores seja o mais confortável e natural possível. Esta preocupação (e sobretudo estratégia) reflete-se na apresentação dos preços na moeda local, no cálculo de impostos e taxas específicas do território e na consideração dos meios de pagamento disponíveis no país.

A inclusão desta diversidade de opções na plataforma digital da empresa pode ser de tal forma complexa, do ponto de vista técnico, que implique uma utilização considerável de recursos da empresa para o efeito. Este esforço e investimento num determinado mercado poderá indiciar a existência (ou pelo menos a vontade) de uma presença económica significativa da empresa. De facto, uma empresa não se sujeitaria a este esforço, não faria este investimento, se não quisesse participar ativamente num determinado mercado, beneficiando da respetiva presença.

Acresce que a utilização de meios eletrónicos de pagamento, através do recurso a intermediários financeiros, permitirá uma maior capacidade de verificação e controlo das transações realizadas por parte das administrações tributárias, na medida em que os referidos intermediários se encontram sujeitos um conjunto de obrigações declarativas quanto a diversos tipos de movimentos sobretudo por razões fiscais.

No caso do mercado único europeu este fator é pouco relevante. Pelo contrário, em países com regulamentos bancários rigorosos, controlo apertado da moeda ou baixa penetração de cartões de crédito, a existência de opções de pagamento locais é um fator bastante relevante.

3.3.3. Fatores baseados no utilizador

Por último, e por forma a aferir da existência de uma *presença económica significativa* de uma empresa num determinado Estado, o relatório da *Ação 1*, faz ainda referência à necessidade de serem considerados, pela sua importância, fatores baseados no utilizador.

Esta opção baseia-se no reconhecimento da importância dos efeitos de rede e da informação na economia digital enquanto indicadores de uma interação intencional e

³⁴² Na versão original do relatório, “(...) a seamless purchasing experience” (OCDE, Action 1: Final Report, 2015, p. 109).

sustentada de uma empresa não residente na economia de um Estado, reveladora da sua participação e presença num determinado mercado.

Pretende-se assim avaliar o nível de interação dos utilizadores com uma determinada empresa, tendo em conta o (i) número mensal de utilizadores ativos, o (ii) número de contratos concluídos *online* e a (iii) quantidade de informação recolhida.

Um indicador que pode refletir o nível de implementação de uma empresa na economia de um Estado é o número de utilizadores mensais ativos na plataforma digital gerida pela empresa, considerados residentes no ano fiscal em causa.

Esta análise, que utiliza como métrica o número de utilizadores registados que acedem à plataforma digital, permite medir a base de clientes/ utilizadores num Estado, quer em termos de tamanho, como no grau de interação e compromisso com a empresa³⁴³.

Em relação aos utilizadores, uma outra métrica poderia ser utilizada: o tempo gasto pelos utilizadores numa plataforma digital específica, seja ela um *website* ou uma *App*. Esta métrica permitiria aferir do grau de utilização de uma estrutura numa jurisdição específica, concretizando uma presença e fundamentando a respetiva tributação³⁴⁴.

Um outro fator importante para aferir da participação de uma empresa não residente na economia de um Estado prende-se com a celebração regular de contratos *online*.

Na economia digital, os contratos (transações) relativos a bens ou serviços são frequentemente concluídos através da plataforma digital da empresa, muitas vezes com recurso a ferramentas automatizadas, sem necessidade de intervenção de pessoal local afeto àquela ou de um agente independente.

No relatório da *Ação I* é apresentado, como exemplo desta forma particular de conclusão, a necessidade de aceitar os “termos e condições de serviço” pelo acesso ou uso de produtos ou serviços da empresa, mesmo quando se trata da prestação de serviços gratuitos. A concordância do cliente ou utilizador perante as condições apresentadas na plataforma digital constitui a celebração de um acordo no que ao direito diz respeito.

³⁴³ Genericamente, quanto mais utilizadores uma empresa tiver, mais significativa será a sua presença digital.

³⁴⁴ Especialmente correlacionado com a *teoria do benefício* como fundamento da tributação pelo Estado fonte, como veremos melhor adiante.

Nestes termos, o número de acordos celebrados com clientes ou utilizadores no território de um determinado Estado, pode ser uma importante medida para aferir da presença económica de uma empresa³⁴⁵.

Por último, mas não menos importante, importa considerar um outro fator relacionado com os utilizadores, neste caso relativo ao volume de conteúdo e informação recolhidos (dados pessoais, conteúdos criados pelo utilizador, revisões de produtos, históricos de pesquisas, etc.) através de uma plataforma digital³⁴⁶, proveniente de clientes e utilizadores residentes num determinado Estado³⁴⁷.

Importa referir, a par do que já foi feito na análise aos fatores anteriores, que, em certos casos, não haverá uma relação direta entre o volume de informação recolhida e o valor dos rendimentos gerados por uma empresa não residente³⁴⁸.

Note-se que a utilização dos fatores baseados nos utilizadores não é isenta de constrangimentos, a começar pela dificuldade de obtenção dos dados necessários: quanto ao número de utilizadores de uma determinada plataforma; o número de contratos assinados; e ao volume de dados obtidos destes.

Mesmo sendo possível a obtenção desta informação é necessária que esta seja identificável com um determinado território, sendo igualmente necessário determinar, a partir de que limiar, de cada um dos fatores, a presença de uma empresa num Estado é significativa.

³⁴⁵ Cf. (OCDE, Action 1: Final Report, 2015, p. 110).

³⁴⁶ Para efeitos da verificação do elemento de conexão, não interessa onde é armazenada esta informação, mas sim onde é recolhida.

³⁴⁷ Cf. (OCDE, Action 1: Final Report, 2015, p. 110).

³⁴⁸ Na medida em que não é fácil quantificar *a priori* o impacto da informação obtida na atividade da empresa.

3.3.4. Notas finais

Apresentados os fatores considerados relevantes para a determinação da *presença económica significativa* de uma empresa não residente num determinado Estado, justificando a respetiva tributação, o relatório sugere a sua utilização combinada para uma melhor aplicação do (novo) elemento de conexão³⁴⁹.

Ou seja, para ser uma medida apropriada de participação na vida económica de um Estado, o fator rendimento deve ser combinado com outros fatores (digitais ou baseados no utilizador) que indiquem uma interação intencional e sustentada com a economia do Estado em questão³⁵⁰.

É importante que se estabeleça uma ligação entre uma atividade geradora de rendimento de uma empresa não-residente e a sua presença económica (e digital) significativa num Estado. Que aquele rendimento advém da presença e interação com a economia daquele Estado.

O objetivo deste novo elemento de conexão não é fortalecer a tributação na fonte, mas sim permitir que o Estado fonte preserve a sua soberania na tributação de rendimentos que advenham de atividades desenvolvidas e vinculadas ao seu território e jurisdição³⁵¹.

De todo o modo, e não obstante a definição de critérios para o desenvolvimento de um novo elemento de conexão baseado numa *presença económica significativa*³⁵², não

³⁴⁹ Utilizando unicamente o fator rendimento, presumir-se-ia a presença económica significativa se o rendimento gerado ultrapasse o limiar mínimo definido estaríamos. No caso de o rendimento ficar abaixo do referido limiar o fator rendimento, só por si, obstaria à comprovação da presença económica significativa mesmo que isso não correspondesse à realidade. A utilização combinada dos diferentes fatores torna esta proposta muito mais robusta e preparada para se aplicar a uma multiplicidade de situações.

³⁵⁰ Cf. (OCDE, Action 1: Final Report, 2015, p. 111). Neste sentido, PETER HONGLER e PASQUALE PISTONE, avançam com um conjunto de fatores representativos de um limiar mínimo para determinação de uma presença económica significativa e, consequentemente, de um vínculo tributável, para a qual se remete pela relevância, cf. (Hongler & Pistone , 2015, pp. 25-26).

³⁵¹ Reafirmando a prevalência da substância sobre a forma de como uma empresa desenvolve atividades significativamente lucrativas num Estado que não o seu.

³⁵² Cujo objetivo é a definição da competência tributária dos Estados e a sua repartição.

se mostram ultrapassadas as dificuldades relativas à determinação e imputação do rendimento a tal presença num Estado³⁵³.

As referidas dificuldades decorrem da dificuldade de adaptação das atuais regras em matéria de preços de transferência utilizadas para imputar o rendimento das empresas multinacionais aos diferentes países – baseadas na análise de funções, dos ativos e dos riscos na cadeia de valor das empresas consideradas – a uma realidade económica marcada pela pouca ou nenhuma presença física, em termos de ativos tangíveis e /ou recursos humanos num Estado, e a modelos empresariais com características diferentes em termos de criação de valor daquelas que são apanágio dos modelos tradicionais.

A menos que sejam feitos alguns ajustamentos às regras atualmente em vigor ou que novas regras sejam definidas, sobretudo para a identificação e avaliação de ativos incorpóreos e do seu contributo para a criação de valor, dificilmente será possível estabelecer a necessária imputação de um rendimento a uma presença económica significativa³⁵⁴.

3.4. A posição da Comissão Europeia

Apesar de atingir taxas de crescimento e lucro elevadíssimos, a economia digital continua a ser relativamente pouco tributada quando comparada às empresas tradicionais de “tijolo e argamassa”³⁵⁵. Como referido, as regras atuais baseiam-se na presença física de contribuintes e ativos, havendo a total perceção de que as mesmas não se mostram adequadas para tributar uma economia digital caracterizada pela dependência de ativos intangíveis e serviços desmaterializados cuja localização é muitas vezes difícil de determinar.

Assim, no decurso de um processo que remonta a 2014, com a publicação de um relatório da *Commission Expert Group on Taxation of the Digital Economy*³⁵⁶, onde a tributação da economia digital foi analisada, a Comissão Europeia apresentou, em 21 de

³⁵³ A economia digital coloca um conjunto de desafios ao poder de tributar dos Estados, os quais podem ser reconduzidos a 3 perguntas concretas: **onde tributar** (definição da competência tributária)? **o que tributar** (determinação do rendimento tributável)? e **como tributar**? Com o presente trabalho procuramos, sobretudo responder à primeira pergunta.

³⁵⁴ (OCDE, Action 1: Final Report, 2015, p. 111 e 112) para mais desenvolvimentos.

³⁵⁵ Na versão original, “*bricks and mortar*”.

³⁵⁶ http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/taxation/gen_info/good_governance_matters/digital/report_digital_economy.pdf

março de 2018, um conjunto de propostas para um sistema fiscal justo e eficaz na União Europeia (UE) para o Mercado Único Digital.

Estas propostas corporizam o exposto em três anteriores posições:

- Na COM(2015) 192 final, de 6 de maio de 2015, na qual se desenha a Estratégia para o Mercado Único Digital na Europa³⁵⁷, ressaltando-se a necessidade de apresentar “um plano de ação sobre uma abordagem renovada em matéria de tributação das sociedades no Mercado Único, ao abrigo do qual os lucros deveriam ser tributados no local onde o valor é gerado, incluindo na economia digital”³⁵⁸.
- Na COM(2017) 547 final, de 21 de setembro de 2017, sobre “Um sistema fiscal equitativo e eficaz na União Europeia para o Mercado Único Digital”. Tendo como objeto a tributação direta, esta Comunicação da Comissão Europeia afirma expressamente que, “Existem insuficiências nas regras fiscais internacionais, uma vez que foram inicialmente concebidas para empresas «físicas», tendo-se tornado agora obsoletas”³⁵⁹.
- Nas conclusões do Conselho da União Europeia, de 5 de dezembro de 2017, sobre “*Responding to the challenges of taxation of profits of the digital economy*” onde são assumidas posições estratégicas relevantes. Neste sentido, “where a business is performing significant activities in a jurisdiction, its absence of physical presence should not per se prevent it from being subject to tax on its profits generated in that jurisdiction, provided an appropriate nexus reflecting value creation is used, taking into account the arm's length principle”, afirmando ainda “that an appropriate nexus in the form of a virtual permanent establishment, together with any necessary corresponding amendments to the rules of transfer pricing and profit attribution, which would take into account where value is created in the different business models of the digital economy, should be explored”³⁶⁰.

³⁵⁷ Definido como “um mercado em que é assegurada a livre circulação de mercadorias, pessoas, serviços e capitais e em que os cidadãos e as empresas podem beneficiar de um acesso sem descontinuidades a atividades em linha e desenvolver essas atividades em condições de concorrência leal e com um elevado nível de proteção dos consumidores e dos seus dados pessoais, independentemente da sua nacionalidade ou local de residência” (Comissão Europeia, 6.5.2015, p. 3).

³⁵⁸ Cf. (Comissão Europeia, 6.5.2015, p. 9).

³⁵⁹ Vide (Comissão Europeia, 21.9.2017, p. 2).

³⁶⁰ Vide (Conselho da União Europeia, 5.12.2017, pp. 4-5).

Neste contexto, surgem então, em março de 2018, uma Comunicação, uma Recomendação e duas Propostas. Todas elas têm presente a necessidade de garantir, face ao elevado crescimento dos rendimentos dos negócios digitais³⁶¹, cuja tributação se mostra diminuta ou inexistente, a sua efetiva tributação.

Assim, a Comissão Europeia apresenta (i) uma proposta de Diretiva que estabelece regras relativas à tributação das sociedades com uma presença digital significativa (cujo o aspecto mais relevante é a introdução da figura do estabelecimento estável digital)³⁶² e (ii) uma proposta de Diretiva sobre o sistema comum de um Imposto sobre Serviços Digitais (ISD) aplicável às receitas resultantes da prestação de determinados serviços digitais³⁶³.

As presentes propostas visam resolver os problemas suscitados pela economia digital através de uma “solução global no âmbito dos sistemas de tributação das sociedades atualmente vigentes nos Estados-Membros”³⁶⁴.

A divulgação das referidas propostas ocorre menos de uma semana após a publicação pela OCDE do seu Relatório Interino sobre “*Tax Challenges Arising from Digitalisation*”³⁶⁵, em 16 de março de 2018.

De facto, e ao contrário do que se observa nos últimos Relatórios da OCDE, preocupados, sobretudo, na teorização dos problemas associados à tributação do rendimento gerado através de atividades digitais e nas possíveis soluções para os ultrapassar, a Comissão Europeia, através de uma das propostas de Diretiva³⁶⁶, faz uma opção clara, de entre as possíveis, de conceptualização do conceito de presença digital significativa por forma a estabelecer um vínculo tributável para as empresas digitais que exercem atividades transfronteiras.

A base da Proposta assenta numa extensão do conceito aceite de E.E.

Bem se percebe esta opção. Relembrando o racional que subjaz a esta figura, refira-se que o E.E. era, através da presença física (estável) que corporizava, indicador da

³⁶¹ Em 2017, e em média, os negócios digitais enfrentavam uma taxa efetiva de imposto de 9.5% por oposição a cerca de 23.2% para os modelos de negócio tradicionais.

³⁶² Vide (Comissão Europeia, 21.03.2018).

³⁶³ Vide (Comissão Europeia, 21.03.2018). O ISD deve ser aplicável numa base temporária, até ser encontrada uma solução mais abrangente.

³⁶⁴ Cf. (Comissão Europeia, 21.03.2018, p. 2).

³⁶⁵ Vide (OCDE, Interim Report, 2018).

³⁶⁶ Cf. (Comissão Europeia, 21.03.2018).

existência de uma atividade económica intencional e sustentada num determinado Estado, ou seja, era sinónimo de uma presença económica significativa.

O objetivo ora pretendido pela Comissão Europeia é em tudo semelhante: procura demonstrar a mesma implementação de uma empresa num território, a mesma presença económica significativa, feita anteriormente pela figura do E.E. tradicional, através de indicadores alternativos de atividade económica que se substituam à fisicalidade na demonstração da mesma presença comercial e económica³⁶⁷.

Esta ideia de *presença económica significativa* ausente de presença física é possível através da conceptualização da figura da *presença digital significativa*, a qual através de conjunto de fatores³⁶⁸ concretizados adiante, revelam o desenvolvimento de forma sustenta de uma atividade económica num Estado.

Nestes termos, e em função do vigor ainda reconhecido ao princípio do estabelecimento estável, e dada a identidade de objetivos, percebe-se a opção pelo alargamento do E.E., uma figura com profundo lastro no comércio e direito fiscal internacionais, passando a refletir uma presença económica significativa não só através de uma presença física, mas também através de uma presença digital.

Pretende-se, posteriormente, que a tributação dos lucros imputáveis a um E.E. digital se faça de forma semelhança ao que se faz hoje para o E.E. tradicional – ficciona-se uma entidade separada³⁶⁹ e aplicam-se por analogia os princípios da OCDE em matéria de preços de transferência³⁷⁰.

Consciente da dificuldade do consenso em torno desta proposta, a Comissão Europeia desde logo apresenta uma solução alternativa provisória, através da proposta de Diretiva que estabelece um Imposto sobre os Serviços Digitais (ISD).

Contudo, e embora haja um crescente reconhecimento de que as empresas digitais devem pagar taxas de impostos semelhantes às empresas tradicionais, alguns Estados-Membros terão considerado a iniciativa prematura, na medida em que se procura um

³⁶⁷ Colocando de uma forma simplista, o que se pretende é transpor uma figura já existente para o século XXI, em virtude de terem uma mesma lógica subjacente.

³⁶⁸ Como descrito anteriormente, um (i) fator baseado na receita ou rendimento; ii) fatores digitais e iii) fatores baseados no utilizador.

³⁶⁹ Cf. art.º 7 da MC OCDE.

³⁷⁰ Sobre os métodos aplicáveis na determinação do lucro imputável ao E.E., *vide* (Teixeira M. D., 2007, pp. 35-48).

compromisso no nível da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), que, dado o universo alargado de atores, é considerado como mais capaz de atingir uma solução.

De todo o modo, sempre se diga, na esteira de RITA CALÇADA PIRES, que a Comissão Europeia apresenta “propostas concretas de tributação que procuram atingir os rendimentos gerados e não as realidades físicas que possam dar suporte aos negócios digitais³⁷¹”.

³⁷¹ Cf. (Pires R. C., Manual de Direito Internacional Fiscal, 2018, p. 370).

3.4.1. Introdução de um Estabelecimento Estável Digital

A proposta de Diretiva que estabelece regras relativas à tributação das empresas com uma presença digital significativa (e consequentemente uma presença económica significativa) visa criar, através do alargamento do conceito de estabelecimento estável, um vínculo tributável para as empresas digitais que operem na UE, sem ou com uma limitada presença física.

Para tanto, define um conjunto de indicadores alternativos a essa presença física por forma a ser possível estabelecer uma presença económica significativa através da consideração de uma presença digital significativa num Estado.

Esta Diretiva estabelece também princípios que permitem imputar lucros de uma empresa digital a uma presença digital significativa num território, para efeitos de imposto sobre as sociedades³⁷².

Da análise da referida proposta de diretiva, importa destacar o seguinte:

- Reconhece-se a existência de um estabelecimento estável se existir uma “presença digital significativa” através da qual uma empresa não-residente exerce total ou parcialmente a sua atividade num Estado, reconhece-se a figura do estabelecimento estável digital;
- Considera-se que existe “presença digital significativa” num Estado-Membro se a atividade exercida através dessa presença consistir, total ou parcialmente, na prestação de serviços digitais através de uma interface digital;
- Reconhece-se uma “presença digital significativa” num Estado-Membro se estiverem preenchidos um ou mais das seguintes condições/ limiares (*thresholds*), funcionamento como indicadores de atividade económica³⁷³:

³⁷² Nos termos do disposto no art.º 1.º da proposta de diretiva: “A presente diretiva estabelece disposições que alargam o conceito de estabelecimento estável, na medida em que se aplica para efeitos do imposto sobre o rendimento das sociedades em cada Estado-Membro, de modo incluir uma presença digital significativa através da qual a atividade de uma empresa é total ou parcialmente exercida. A presente diretiva estabelece igualmente certos princípios de imputação de lucros a uma presença digital significativa ou com ela relacionados, para efeitos de imposto sobre as sociedades”. *Vide* (Comissão Europeia, 21.03.2018, p. 15).

³⁷³ Cf. art.º 4.º n.º 3 da proposta de Diretiva.

- i. receitas provenientes da prestação de serviços digitais aos utilizadores numa jurisdição superiores a 7 000 000 EUR no mesmo período de tributação;
 - ii. número de utilizadores dos serviços digitais num Estado-Membro superior a 100 000 no mesmo período de tributação; ou
 - iii. número de contratos comerciais para serviços digitais celebrados por utilizadores situados nesse Estado-Membro superior a 3 000³⁷⁴.
- Reconhece-se o poder de tributar do Estado-Membro onde se encontra o utilizador do serviço digital³⁷⁵, sendo aferida essa presença pelo endereço de IP³⁷⁶;
 - Os lucros imputáveis à “presença digital significativa” ou com ela relacionados num Estado-Membro são tributáveis em sede de imposto sobre as sociedades de Estado-Membro³⁷⁷;
 - É definida, a forma como os lucros são atribuídos à aos Estados-Membros, refletindo os mecanismos através dos quais as empresas criam valor no mundo digital³⁷⁸:
 - i. recolha, armazenamento, processamento, análise, implementação e venda de dados ao nível do utilizador;

³⁷⁴ Refere a proposta de Diretiva, por forma a justificar os limites mínimos apresentados (threshold), ser essencial que cada limiar seja suficientemente elevado para excluir com segurança casos em que os lucros imputáveis à presença digital significativa nem sequer cobririam os custos de conformidade fiscal estimados de exploração de um estabelecimento estável (Comissão Europeia, 21.03.2018, p. 9). Também sobre esta questão, (Pires R. C., Manual de Direito Internacional Fiscal, 2018, pp. 366-367)

³⁷⁵ Cf. art.º 4.º, n.º 4 da proposta de Diretiva (Comissão Europeia, 21.03.2018).

³⁷⁶ Cf. art.º 4.º, n.º 6 da proposta de Diretiva (Comissão Europeia, 21.03.2018).

³⁷⁷ Nos termos do n.º 2 do artigo 5.º da referida proposta, “Os lucros imputáveis à presença digital significativa ou com ela relacionados devem ser aqueles que a presença digital teria obtido se fosse uma empresa separada e independente a exercer as mesmas atividades ou atividades similares, nas mesmas condições ou em condições semelhantes, em especial nas suas relações com outras partes da empresa, tendo em conta as funções desempenhadas, os ativos utilizados e os riscos assumidos através de uma interface digital” (Comissão Europeia, 21.03.2018, p. 18).

³⁷⁸ Segundo RITA CALÇADA PIRES, “a proposta não seria substancialmente suficiente se, a par da identificação da conexão digital com um território fiscal do Estado-Membro, não apresentasse regra para determinar o lucro atribuível à presença digital significativa. Surge assim o artigo 5.º da Proposta de Diretiva que, reclamando a aplicação do princípio da plena concorrência (*arm’s length*) (n.º2), remete o apuramento do lucro para uma análise funcional” (Pires R. C., Manual de Direito Internacional Fiscal, 2018, p. 367), onde “A fim de determinar as funções da presença digital significativa, e imputar-lhe a propriedade económica dos ativos e os riscos, devem ter-se em conta as atividades economicamente significativas realizadas por essa presença através de uma interface digital. Para o efeito, as atividades empreendidas pela empresa através de uma interface digital relacionadas com dados ou utilizadores devem ser consideradas atividades economicamente significativas da presença digital significativa que imputam os riscos e a propriedade económica dos ativos a essa presença”, cf. n.º 3 do art.º 5.º da proposta de Diretiva (Comissão Europeia, 21.03.2018, p. 18).

O novo sistema garante uma ligação real entre o local onde os lucros digitais são gerados e o local onde são tributados.

- ii. recolha, armazenamento, processamento e visualização de conteúdos gerados pelos utilizadores;
 - iii. venda de espaços publicitários em linha;
 - iv. disponibilização num mercado digital de conteúdos criados por terceiros;
 - v. prestação de qualquer serviço digital que não preencha as situações anteriores³⁷⁹.
- É definido como método de atribuir o lucro em concreto, regra geral, o método do fracionamento (*profit split method*) no quadro dos preços de transferência³⁸⁰.
 - A proposta de diretiva aplicar-se-á às entidades, independentemente do local onde são residentes para efeitos fiscais das empresas, quer se trate de um Estado-Membro ou de um país terceiro. No entanto, não afeta os contribuintes estabelecidos em uma jurisdição fora da UE onde exista um tratado de dupla tributação em vigor, a menos que tal tratado inclua uma disposição similar sobre a presença digital significativa.

Para melhor ilustrar a proposta de Diretiva em apreço, é particularmente clara a esquematização seguinte³⁸¹:



Figura 1. Proposta Regime Tributário (Fonte: Serviços da Comissão Europeia)

³⁷⁹ Cf. art.º 5 da proposta de Diretiva (Comissão Europeia, 21.03.2018).

³⁸⁰ Cf. art.º 5.º, n.º 6 da proposta de Diretiva (Comissão Europeia, 21.03.2018, p. 19).

³⁸¹ Disponível em https://ec.europa.eu/taxation_customs/business/company-tax/fair-taxation-digital-economy_en.

Por último, a Comissão recomenda ainda aos Estados-Membros que reproduzam as disposições constantes da presente diretiva nas convenções em matéria de dupla tributação com países terceiros, uma vez que, no caso de existir uma convenção para evitar a dupla tributação entre um Estado-Membro e uma jurisdição fora da União, as regras da convenção em matéria de dupla tributação aplicável podem prevalecer em relação às disposições propostas sobre uma presença digital significativa.

O objetivo das recomendações é abordar situações que envolvam jurisdições de países terceiros, sem desrespeitar os tratados existentes nos Estados-Membros.

As regras da presente proposta devem ser integradas nos sistemas dos Estados-Membros para tributação das sociedades e na proposta de *uma matéria coletável comum consolidada do imposto sobre as sociedades* (MCCCIS)³⁸² da Comissão, devendo ainda refletir-se em alterações correspondentes a introduzir no Modelo de Convenção Fiscal sobre o Rendimento e o Património da OCDE a nível internacional.

Os Estados-Membros devem adotar e publicar, até 31 de dezembro de 2019, as disposições legislativas e outras necessárias para dar cumprimento à proposta em apreço, devendo-as aplicar a partir de 1 de janeiro de 2020³⁸³.

Cumprirá à Comissão monitorizar a implementação da diretiva após a sua adoção e a sua aplicação em estreita cooperação com os Estados-Membros.

Em suma, a concretização desta proposta permitirá aos Estados-Membros tributar os lucros que são gerados no seu território, mesmo por uma empresa que aí não tenha presença física. As regras que se definem pretendem assegurar que as empresas digitais contribuam para as finanças públicas ao mesmo nível que as empresas tradicionais (de pedra e cal³⁸⁴).

³⁸² Enquanto solução ótima para garantir uma tributação mais justa e eficiente das sociedades na UE. Contudo, o desafio prende-se, em parte, com o facto da atual definição de um estabelecimento estável na MCCCIS seguir aquela que é atualmente aplicável e, bem assim, as regras de imputação dos lucros não MCCCIS não refletirem suficientemente as atividades digitais de uma empresa (Comissão Europeia, 21.03.2018, p. 4).

³⁸³ Nos termos do n.º 1 e 2.º do art.º 9 da proposta de diretiva (Comissão Europeia, 21.03.2018, p. 20)

³⁸⁴ Na expressão original utilizada pela comissão, “*brick-and-mortar companies*”.

3.4.2. Introdução de um Imposto sobre Serviços Digitais³⁸⁵

A Comissão apresenta ainda uma proposta de Diretiva relativa a uma solução específica, eficiente e temporária, o Imposto sobre os Serviços Digitais (ISD), para tributação dos rendimentos resultantes da prestação de determinados serviços digitais³⁸⁶ e enquanto se aguarda o consenso global quanto à solução a adotar.

Segundo a proposta de Diretiva, *“In the wait of the comprehensive solution, which may take time to adopt and implement, Member States face pressure to act on this issue, given the risk that their corporate tax bases are significantly eroded over time, and also due to the perceived unfairness of the situation. While unilateral measures are in place or are concretely planned in 10 Member States for addressing this problem in a limited way, the trend has been increasing and the measures adopted are very diverse in terms of scope and their rationale. Such uncoordinated measures taken by Member States individually risk further fragmenting the Single Market and distort competition, hampering the development of new digital solutions and the Union's competitiveness as a whole”*³⁸⁷.

Com esta proposta, a Comissão pretende assegurar que as atividades digitais³⁸⁸ cujos rendimentos não são hoje tributados passem a sê-lo, gerando imediatamente receitas para os Estados-Membros. Procura também a Comissão, numa estratégia de antecipação, obstar a eventuais disparidades no seio da UE por força de abordagens unilaterais dos Estados-Membros, potencialmente prejudiciais ao mercado único, propondo, em alternativa, uma abordagem coordenada de tributar os rendimentos de determinados serviços digitais.

Prevê-se a recetividade desta proposta de Diretiva, na medida em que não implicará uma harmonização das taxas do imposto sobre as sociedades de Estados-

³⁸⁵ Na definição apresentada pela proposta de Diretiva, “Um serviço digital é um serviço prestado através da Internet ou de uma rede eletrónica e cuja natureza torna a sua prestação essencialmente automatizada, requerendo uma intervenção humana mínima. Esta definição corresponde à definição de «serviços prestados por via eletrónica» constante do artigo 7.º do Regulamento de Execução (UE) n.º 282/2011 do Conselho, de 15 de março de 2011, que estabelece medidas de aplicação da Diretiva 2006/112/CE relativa ao sistema comum do imposto sobre o valor acrescentado, e inclui o mesmo tipo de serviços” (Comissão Europeia, 21.03.2018, p. 8).

³⁸⁶ Como definido na proposta de Diretiva em questão, o “ISD deve ser aplicável numa base temporária, até ser encontrada uma solução abrangente” (Comissão Europeia, 21.03.2018, p. 5).

³⁸⁷ Cf. (Comissão Europeia, 21.03.2018, p. 3).

³⁸⁸ Cumpre esclarecer que a simples venda de bens ou serviços, auxiliada pela utilização de internet ou uma rede eletrónica não é considerada um serviço digital, não gera um vínculo tributável.

Membros, não restringindo³⁸⁹ a capacidade destes em influenciarem o desejado volume de receitas de imposto.

O novo Imposto sobre Serviços Digitais (ISD) aplicar-se-ia a partir de 1 de janeiro de 2020 e seria cobrado pela aplicação de uma taxa única de 3% sobre a receita bruta.

O ISD aplicar-se-ia a determinados serviços digitais, incluindo a disponibilização em interface digital de espaço para conteúdo publicitário destinado aos utilizadores dessa plataforma, a disponibilização de plataformas multilaterais que permitam a interação direta entre utilizadores e facilitar as transações entre estes e a transmissão de dados de utilizadores gerados a partir das suas atividades na interface digital em causa, enquanto, por exemplo, o fornecimento de serviços de comunicação ou serviços de pagamento aos utilizadores, bem como os serviços regulamentados de *crowdfunding*, seriam excluídos.

O imposto em apreço será aplicado às empresas que preencham cumulativamente as seguintes condições estariam sujeitas ao ISD³⁹⁰:

- i. uma receita mundial anual total superior a 750 000 000 EUR;
- ii. uma receita anual total proveniente de serviços digitais na UE superior a 50 000 000 EUR³⁹¹.

Se a entidade fizer parte de um grupo consolidado, os referidos limiares devem ser avaliados ao nível do grupo, ou seja, aplicados às receitas mundiais reportadas e às receitas tributáveis obtidas no território da União pelo grupo no seu todo.

O ISD seria devido nos Estados-Membros onde os utilizadores estão localizados³⁹², não sendo necessário que os utilizadores tenham contribuído em dinheiro para a criação das receitas a serem tributadas³⁹³. Se os utilizadores estiverem localizados em diferentes Estados-Membros, a proposta também prevê que a base tributária seja atribuída entre os Estados-Membros com base em determinadas regras de atribuição/ repartição³⁹⁴.

³⁸⁹ E dessa forma ainda mais a Soberania tributária dos Estados.

³⁹⁰ Nos termos do art.º 4.º da proposta de Diretiva, cf. (Comissão Europeia, 21.03.2018, p. 25).

³⁹¹ Estes limiares excluíam, por exemplo, que pequenas empresas a iniciar a sua atividade ou empresas em expansão não fiquem sujeitas a este imposto.

³⁹² À semelhança do que acontece na primeira proposta de Diretiva.

³⁹³ Cf. art.º 5, n.º 1 da proposta de Diretiva (Comissão Europeia, 21.03.2018) e (Pires R. C., Manual de Direito Internacional Fiscal, 2018, p. 369).

³⁹⁴ Nos termos do art.º 5.º da proposta de Diretiva (Comissão Europeia, 21.03.2018).

A Diretiva prevê também a cooperação entre os Estados-Membros sob a forma de um mecanismo de “balcão único”, permitindo aos contribuintes ter um único ponto de contacto para cumprir todas as obrigações administrativas em relação ao novo imposto³⁹⁵.

Apresenta-se este imposto sobre os serviços digitais como um imposto de autoliquidação³⁹⁶.

Além disso, é expectável que os Estados-membros permitam aos contribuintes a possibilidade de dedução do ISD para efeitos fiscais, a fim de mitigar possíveis casos de dupla tributação.

A Comissão estima que aproximadamente 5 mil milhões de euros em receitas por ano possam ser gerados para os Estado-Membros se o Imposto for aplicado a uma taxa única de 3%.

Para melhor ilustrar a proposta de Diretiva em apreço, é também particularmente clara a esquematização seguinte³⁹⁷:

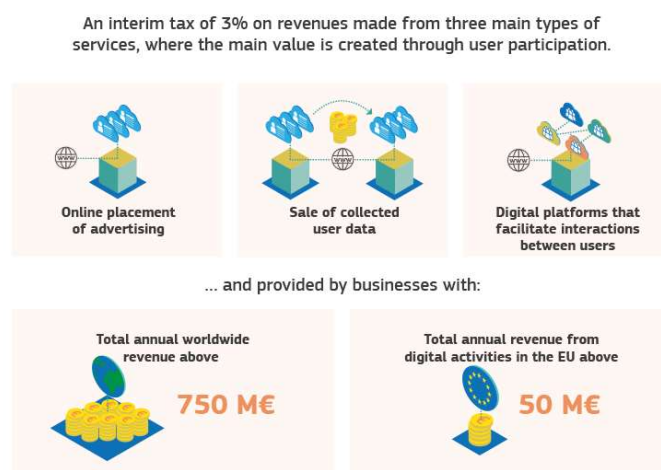


Figura 2. Imposto sobre serviços digitais (Fonte: Serviços da Comissão Europeia)

³⁹⁵ Cf. art.º 10.º n.º 1 e 3 da proposta de Diretiva (Comissão Europeia, 21.03.2018).

³⁹⁶ Cf. art.º 15.º da proposta de Diretiva (Comissão Europeia, 21.03.2018).

³⁹⁷ Disponível em https://ec.europa.eu/taxation_customs/business/company-tax/fair-taxation-digital-economy_en.

As referidas propostas legislativas serão agora apresentadas ao Parlamento Europeu para consulta.

Não se prevê qual o grau de receptividade e, consequentemente, de consenso, que receberá a proposta de Diretiva da Comissão Europeia que visa estabelecer as regras relativas à tributação das sociedades com uma *presença digital significativa*, pois alguns Estados pretendem um consenso mais alargado (OCDE).

Mas teme-se que a demora na definição da estratégia a adotar reverta a natureza provisória do imposto em apreço em permanente.

3.5. Reflexão crítica

Como problematizado por VASCO BRANCO GUIMARÃES, “Caracterizando-se a noção de estabelecimento estável pela existência de uma instalação fixa aonde se exerce uma atividade empresarial como é possível responder a um desafio que é colocado pela existência de um mundo virtual que se caracteriza pela sua globalidade e generalidade de acesso independentemente da sua localização geográfica?”³⁹⁸

De facto, o grande desafio prende-se com a articulação entre estas duas realidades, nomeadamente, compreender se os atuais elementos de conexão estão aptos estabelecer uma ligação entre situações tributárias internacionais e o ordenamento jurídico-tributário dos Estados envolvidos.

A existência de diferenças entre a economia digital e a economia real justifica a introdução de um novo elemento de conexão.

Através da conceptualização de um novo elemento de conexão baseado na *presença económica significativa*, pretende-se a identificação de mecanismos alternativos que permitam demonstrar uma presença económica e comercial num território da mesma forma que o E.E. tradicional o fazia.

Refira-se, há um conjunto de condições que permitem ficcionar uma ideia de presença tradicionalmente associada E.E.³⁹⁹

³⁹⁸ Cf. (Guimarães, O conceito de estabelecimento estável e o comércio electrónico, 2000, p. 155).

³⁹⁹ Em rigor, não se trata de uma ficção *tout court*. Com efeito, existe uma presença, está a ser desenvolvida uma atividade num Estado. Contudo, em função das suas características, é preciso

Assim, o recurso à *presença económica significativa*, concretizada por uma *presença digital significativa*, permite uma continuidade e o alargamento da figura do E.E. às atividades desenvolvidas na economia digital⁴⁰⁰.

Esta recondução da *presença digital significativa* à figura do E.E. não é um capricho. Em termos substantivos, podemos estabelecer um paralelismo entre a realidade física e a realidade digital enquanto concretização do E.E., o que nos permite, com algumas adaptações, manter a figura.

Os fundamentos que justificavam e confortavam o E.E. tradicional mantêm-se válidos, construindo o quadro teórico necessário ao desenvolvimento do novo elemento de conexão, consubstanciado num novo vínculo para o E.E.

Neste sentido importa compreender o quadro teórico dentro do qual o conceito de E.E. foi desenvolvido e a razão da atualidade do mesmo, justificando o alargamento da figura às realidades digitais⁴⁰¹.

Como referem PETER HONGLER e PASQUALE PISTONE:

*“the current PE definition is not carved in stone, nor is it a fixed concept (...). The concept of PE is rather to be regarded as a compromise that strikes a fair balance between the exclusive taxation of the state of residence of the enterprise and the right of the market country to have a fair share of taxes in respect of business activities that are stably located on its territory”*⁴⁰².

A existência de um estabelecimento estável de uma empresa não-residente (à qual está associado) num Estado era e é a melhor forma de comprovar a existência de uma *presença económica*, significativa o bastante para justificar a possibilidade desse Estado tributar os rendimentos que possam legitimamente ser reconduzidos a esse estabelecimento estável.

concretizá-la num conjunto de elementos de forma a poder apreendê-la de forma semelhante ao que acontece com o E.E. tradicional.

⁴⁰⁰ Muitas vezes denominado por E.E. digital ou virtual.

⁴⁰¹ Aliás, o novo elemento de conexão em apreço, o novo E.E. baseado na presença digital deve estar em linha com os princípios gerais do direito fiscal internacional. A conformação do E.E. digital a estes princípios aumentará as probabilidades de reunir alargado consenso internacional.

⁴⁰² Cf. (Hongler & Pistone , 2015, p. 15). Como exemplo, pense-se na concretização de E.E. através de agente independente. O importante é que mantenha a capacidade de garantir uma justa repartição do poder de tributar entre o Estado fonte (enquanto mercado onde a empresa não-residente) exerce a sua atividade) e o Estado residência.

Ou seja, o poder de tributação pelo Estado fonte, sendo uma derrogação do poder tributário do Estado residência, pressupõe a existência de um vínculo entre a atividade de uma empresa e o respetivo rendimento e um determinado território.

Nestes termos, como fundamento do conceito de E.E. e do poder de tributação do Estado fonte a ele associado concorrem, essencialmente, duas teorias: a *teoria da fonte* e a *teoria do benefício*⁴⁰³.

Relativamente à *teoria da fonte*, e como se percebe, esta justifica o poder de tributar de um Estado pela existência de uma ligação entre a produção de um rendimento e o seu território.

O mérito conceptual desta teoria é permitir que o Estado fonte exerça o seu poder tributário em relação a atividades que produzam rendimento no seu próprio território.

A não consideração desta teoria significaria que uma empresa não-residente apenas seria tributada no Estado onde manteria a sua sede (Estado residência). O que não se entenderia dada a particular e intencional relação económica desenvolvida entre a atividade de uma empresa não-residente e o território do Estado em que atua⁴⁰⁴ através de uma presença física. No limite, isso significaria, também, uma utilização das infraestruturas desse Estado sem qualquer contrapartida associada⁴⁰⁵, o que dificilmente seria aceite.

Quer a economia global, num primeiro momento, quer a economia digital, num segundo, vieram alterar profundamente a estrutura de criação de valor e de rendimento normalmente associada ao contexto e período em que a teoria da fonte foi desenvolvida.

A economia digital em particular redimensiona profundamente a realidade enquadrável na teoria da fonte do rendimento, até então mais bilateral (Estado fonte vs. Estado residência), dispersando-a por mais Estados e, com isso, criando um cenário multilateral (Estados fonte vs. Estado residência)⁴⁰⁶, dificultando a perceção da fonte de rendimento.

⁴⁰³ Em inglês, “the sourcing theory” e a “the benefit theory”.

⁴⁰⁴ “The existence of a genuine link with the taxing jurisdiction of the country where income is sourced and the right of such country to tax business income should never be questioned or put in danger in so far as the presence of a non-resident in the market country is not merely occasional” (Hongler & Pistone , 2015, p. 18).

⁴⁰⁵ Ligação com o princípio do benefício.

⁴⁰⁶ Negrito e sublinhado nosso.

Permitindo a economia digital a venda de bens e serviços num território sem a necessidade de presença física (pessoal ou outra), uma conceção moderna da teoria da fonte poderá ajudar a estabelecer um vínculo – do qual se extrai a existência de uma presença – com o Estado onde se localiza o mercado onde o rendimento se produz, justificando a respetiva tributação.

Não obstante as alterações que a economia digital provocou nos tradicionais processos de criação de valor – sobretudo pela importância dos dados, da interação entre utilizadores e entre estes e as plataformas digitais neste processo –, identificando-se o local onde o mesmo é gerado, poderá o mesmo ser reconduzido a uma presença digital, materializando-a.

A nova dimensão a conferir à teoria da fonte deverá também considerar a teoria da “tributação do rendimento no país de origem⁴⁰⁷” formulada por ERIC KEMMEREN⁴⁰⁸.

Esta teoria justifica o poder de tributação do Estado no qual o rendimento tenha sido produzido, na medida em que se considera que o facto gerador do rendimento estará aí localizado.

Como facto gerador o autor identifica a atividade intelectual: só esta cria rendimento.

Segundo este autor, é a atividade dos indivíduos na estrutura da empresa que gera o rendimento passível de tributação. Ou seja, a atividade económica da empresa é indissociável das pessoas que a compõem, que fazem parte da empresa. Esta teoria não considera, contudo, que a interação da empresa com os clientes e, no âmbito da economia digital, com os utilizadores também é um fator gerador de valor e, consequentemente, de rendimento.

Nestes termos, transpondo a lógica associada ao referido “elemento intelectual” na produção de rendimento ao papel dos clientes e utilizadores na criação de valor na economia digital permitirá manter a atualidade da teoria da “tributação do rendimento no país de origem”. Só assim poderá ser um elemento válido na construção de uma nova dimensão para a teoria da fonte, pois a recondução do valor criado a clientes e utilizadores presentes num determinado território não só identificá-lo-á como local de fonte dos

⁴⁰⁷ Na formulação original, “*theory of taxation of income in the country of origin*”.

⁴⁰⁸ Cf. (Hongler & Pistone, 2015) e (Kemmeren, 2010).

mesmos⁴⁰⁹, como permitirá consubstanciar uma presença reconduzível a um E.E. (*in casu* digital).

Relativamente à *teoria do benefício*, importa desde logo compreender os impostos como “*as the price paid for all state services by all taxpayers taken together, and countries obtain their right to tax based on the services (benefits) provided*”⁴¹⁰.

Neste sentido, um conceito alargado de E.E. deve, em parte, considerar os benefícios obtidos por um contribuinte numa determinada jurisdição, pois isso reflete, corporiza a interdependência existente.

A teoria do benefício implica necessariamente, parece-nos, a existência de uma forte ligação económica (pertença económica *ou economic allegiance*) a determinado território, a qual justifica que um ente coletivo esteja na disposição de se sujeitar a determinadas obrigações de natureza tributária. Entende-se que um contribuinte que receba benefícios da comunidade pública em que se insere deve também suportar os custos dessa mesma comunidade.

Esta teoria justifica a tributação pelo Estado da fonte pois considera-se ser ele o responsável por assegurar as condições necessárias à produção de bens e serviços. Os impostos cobrados refletem uma contrapartida prestada pela empresa não-residente pela utilização das infraestruturas de determinado Estado na obtenção de rendimento.

A construção do E.E. com base nesta teoria reflete ainda que nem todos os benéficos se reportam a uma presença física, na medida em que o art.º 5, n.º 5 do MC OCDE considera a existência de um agente dependente (pessoa) a concretização de um E.E. Ou seja, nem todas as empresas não-residentes carecem de uma presença física para operar, sem que isso obste ao aproveitamento de quaisquer benefícios.

Esta consideração é relevante, pois é demonstrativa de alguma latitude do conceito de E.E., o que facilitará a sua abordagem à economia digital.

De todo o modo, quando a teoria do benefício foi desenvolvida e a definição de E.E. implementada no MC OCDE, nem sequer se perspectivava um mundo digital. Razão pela qual está ainda algo enraizada a ideia de que é necessária uma presença física para a tributação pela fonte, uma vez que não se identificavam benefícios possíveis além dos

⁴⁰⁹ Com as demais consequências ao nível da repartição do poder de tributar.

⁴¹⁰ Cf. (Hongler & Pistone, 2015, p. 19) referindo-se a (Pinto, 2006).

benefícios físicos que poderiam ocorrer (por exemplo, rodovias, ferrovias, arruamentos, transporte público, eletricidade, entre outros).

Numa primeira abordagem a consideração de um local físico e permanente através do qual uma empresa não-residente desenvolve a sua atividade, como limiar mínimo para tributação, parece oferecer algumas vantagens.

Duas das principais são: (i) a liquidação e cobrança de impostos é muito mais fácil se houver local fixo de negócios numa jurisdição; e (ii) o local físico confere certeza e segurança jurídico-tributária quer a contribuintes quer a administrações tributárias.

Não há, parece-nos, razões para ficarmos reféns destas considerações e, consequentemente, da ideia de “fiscalidade”.

Quer a *Ação 1* do BEPS quer, mais recentemente, as propostas de Diretiva da Comissão Europeia teorizam e concretizam, respetivamente, um conjunto de elementos que, não obstante a ausência de fisicalidade, relevam para efeitos daquelas vantagens (alegadamente só possíveis com a presença física num território): a primeira será potencialmente assegurada pela conceptualização do E.E. virtual e pelo registo simplificado das empresas que queiram prestar serviços digitais num território; a segunda através da definição de limiares mínimos que concretizem uma presença digital e económica significativa (definição de um limiar mínimo de rendimento, de utilizadores, de celebração de contratos associados a estes serviços, entre outros).

Além do mais, as regras anti-fragmentação perspectivadas (e até já presentes no MC OCDE) permitem mitigar um receio associado frequentemente à ausência *física*.

Por forma a alargar a teoria do benefício, conformando-a a um conjunto de elementos presentes nos novos modelos de negócios desenvolvidos pela economia digital, podemos mencionar um conjunto de benefícios associados às empresas não-residentes no Estado onde se encontra o cliente ou utilizador⁴¹¹:

- i. Um sistema legal: Sem um sistema legal que preveja e permita uma realidade económica digital, as empresas não poderiam oferecer seus produtos *online*;

⁴¹¹ Cf. (Hongler & Pistone , 2015, p. 22).

- ii. Mecanismos que garantam o cumprimento do pagamento por parte do cliente: sem estas garantias as empresas estariam relutantes em prestar os seus serviços em determinados Estados;
- iii. Proteção dos direitos de propriedade intelectual: na mesma linha que a anterior, a ausência de garantias afastaria as empresas a prestar os seus serviços em determinados Estados;
- iv. Manutenção de um ambiente digital: sem as necessárias infraestruturas técnicas, os produtos e serviços digitais não podem ser prestados;
- v. Energia: sem fornecimento de energia a economia digital e as respetivas transações não são possíveis;
- vi. Reciclagem de lixo: essencial para a indústria de comércio eletrónico; e
- vii. Infraestruturas no geral.

A identificação de tais benefícios, mesmo na ausência de uma presença física, comprova que os novos modelos de negócio desenvolvidos pela economia digital não obstam ao exercício por parte de um Estado dos respetivos poderes de tributação como contrapartida pelo custo suportado com a provisão daqueles benefícios, havendo fundamento para isso.

Comprova-se que a estrutura e fundamentos que tradicionalmente subjazem ao E.E. se mantêm atuais, permitindo uma adaptabilidade da figura à realidade (digital) atual. Em concreto, observa-se que as teorias *supra* expostas poderão não só indiciar uma *presença económica significativa* num Estado, como continuar a fundamentar a tributação pelo Estado fonte.

Por outro lado, e do que já temos referido, parece claro que o sucesso do projeto BEPS, sobretudo no que diz respeito à *Ação 1*, não passará por adaptar as regras existentes à realidade atual, mas por criar novas regras que permitam estabelecer a conexão entre determinado facto tributário e um determinado território por forma a garantir uma atribuição e delimitação do poder tributário dos Estados que seja justa, equilibrada e perfeitamente adaptada aos novos modelos de negócios desenvolvidos pela economia digital.

In casu, a construção de um novo elemento de conexão baseado na *presença económica significativa* passará por reconhecer num contexto digital um conjunto de

(outros) elementos indiciadores de uma presença económica e comercial num determinado Estado que não passem por uma ideia de “fiscalidade”, permitindo estabelecer um vínculo tributável com essa jurisdição e com isso manter a coerência da figura do E.E. (agora digital) como fundamento à tributação.

O vínculo tributável existirá sempre que a presença (física ou digital) de uma empresa não-residente, e da sua atividade económica, num determinado Estado dê origem à criação de valor.

A definição da *presença económica significativa* e dos elementos ou indicadores que a conformem não pode redundar numa caracterização demasiado fechada. Neste sentido, alerta-se que deve ser “*carefully drafted as it could be ring-fencing, i.e. give rise to an infringement of the neutrality principle*⁴¹²” (sublinhado nosso).

Mais do que uma definição, a caracterização deste novo elemento de conexão⁴¹³ deve refletir a nova realidade digital⁴¹⁴, podendo certamente recorrer a alguns limiares mínimos de delimitação, contudo uma excessiva pormenorização poderá incorrer na exclusão de algumas situações que em teoria seriam reconduzidas a uma *presença económica significativa*.

⁴¹² Cf. (Hongler & Pistone , 2015, p. 23).

⁴¹³ Ou melhor, da forma como este se estabelece.

⁴¹⁴ A OCDE considera que só atividades totalmente desmaterializadas concorrem para este elemento de conexão, com efeito, avança com um conjunto de características que pretendem identifica-las definidas da seguinte forma:

1. “*The core business of the enterprise relies completely or in a considerable part on digital goods or digital services;*
2. *No physical elements or activities are involved in the actual creation of the goods or of the services and their delivery other than the existence, use, or maintenance of servers and websites or other IT tools and the collection, processing, and commercialisation of location-relevant data;*
3. *Contracts are generally concluded remotely via the Internet or by telephone;*
4. *Payments are made solely through credit cards or other means of electronic payments using on-line forms or platforms linked or integrated to the relative websites;*
5. *Websites are the only means used to enter into a relationship with the enterprise; no physical stores or agencies exist for the performance of the core activities other than offices located in the parent company or operating company countries;*
6. *All or the vast majority of profits are attributable to the provision of digital goods or services;*
7. *The legal or tax residence and the physical location of the vendor are disregarded by the customer and do not influence its choices;*
8. *The actual use of the digital good or the performance of the digital service do not require physical presence or the involvement of a physical product other than the use of a computer, mobile devices or other IT tools”.*

Cf. (OCDE, Action 1: Final Report, 2015, p. 144) e (Hongler & Pistone , 2015, p. 30).

Neste sentido, também se desaconselha, pelos riscos inerentes, o recurso à tipificação de situações que pela sua *presença digital significativa* sejam consideradas atividades economicamente significativas⁴¹⁵.

Percebe-se a intenção, sobretudo numa realidade tão mutável como a economia digital, de identificar um conjunto de atividades que pela sua natureza ou características redundem numa *presença económica significativa*, definindo linhas orientadoras para a concretização do elemento de conexão. Porém, há que considerar os riscos associados a uma tipificação/ definição excessiva, por força do princípio da neutralidade.

Deve-se alcançar uma formulação flexível quer permita operar numa realidade extremamente dinâmica e volátil como é a economia digital.

Concretizando-se o consenso necessário em torno deste (novo) elemento de conexão, e para efeitos de concretização, deverá o mesmo ser vertido no MC OCDE.

Com efeito, identificamos três abordagens possíveis para, através do conceito de *presença económica significativa* estabelecer uma ligação entre a atividade de uma empresa não-residente e um determinado território⁴¹⁶:

a) A primeira opção seria reinterpretar a definição atual de E.E., interpretando de forma extensiva a redação atual⁴¹⁷.

Neste caso, a definição atual de E.E. seria usada para avaliar a existência de um vínculo tributável com um Estado. Essa solução tem o condão de representar uma reação imediata aos desafios atuais, pois os tratados e CDT's atuais não precisariam ser alterados.

Teria, no entanto, de ser avaliado de que modo tal interpretação poderia ser subsumível ao disposto no nº 1 do artigo 5º da OCDE Modelo, que ainda inclui a referência a uma “instalação fixa”.

Os referidos fatores concretizadores de uma *presença económica significativa* indiciam uma interação intencional, determinada e sustentada de uma empresa não-residente com a economia de um Estado através da tecnologia e de outras ferramentas automatizadas.

⁴¹⁵ Metodologia seguida no art.º 5.º, n.º 5 da proposta de Diretiva da Comissão Europeia (Comissão Europeia, 21.03.2018).

⁴¹⁶ (Petruzzi & Buriak, 2018, pp. 17-18).

⁴¹⁷ (OCDE, Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version, November 2017).

Da natureza desta interação, e dos esforços e custos muitas vezes a ela associados, podemos extrair uma ideia de “permanência” num determinado mercado.

Ora, é justamente esta ideia de “permanência” que encontramos como *ratio* da ideia de “instalação fixa”. Admitimos que esta construção poderá ser uma forma de justificar uma interpretação alargada, mais extensa mantendo uma certa ligação à atual letra da lei.

b) A segunda opção seria desenvolver uma nova definição de E.E., levando em conta o papel dos clientes/ utilizadores no processo de criação de valor e, por força disso, realizando um paralelismo com a noção colaboradores/ funcionários de uma empresa dando origem a um E.E.

Neste caso, no entanto, apenas os clientes/ utilizadores que geram informação/ dados valiosos para a empresa não-residente, criando com isso valor, poderiam servir como um vínculo/ conexão com um Estado assim estabelecendo E.E. digital.

Neste sentido, e numa formulação que consideramos particularmente avisada, PETER HONGLER e PASQUALE PISTONE, propõem um novo n.º 8 ao art.º 5 do MC OCDE:

*“If an enterprise resident in one Contracting State provides access to (or offers) an electronic application, database, online marketplace, storage room or offers advertising services on a website or in an electronic application used by more than 1,000 individual users per month domiciled in the other Contracting State, such enterprise shall be deemed to have a permanent establishment in the other Contracting State if the total amount of revenue of the enterprise due to the aforementioned services in the other Contracting State exceeds XXX (EUR, USD, GBP, CNY, CHF, etc.) per annum”*⁴¹⁸.

Esta definição, que consideramos um bom ponto de partida para uma futura discussão, não é perfeita e poderá comportar alguns riscos: poder-se-á contornar a aplicação do E.E. através de uma estrutura de planeamento fiscal; e a definição poderia facilmente tornar-se obsoleta, isto é, excluir inadvertidamente novas formas de negócios e atividades introduzidas no futuro.

c) A alternativa passará por desenvolver uma nova definição de E.E. aliada a uma reformulação total da redação do art.º 5 do MC OCDE, que permita definir um vínculo

⁴¹⁸ Cf. (Hongler & Pistone , 2015, p. 25).

tributável entre os lucros de uma empresa não-residente provenientes de uma atividade digital e um determinado território, necessariamente acautelando as regras de imputação do rendimento à *presença económica significativa* em causa.

Ou seja, mais do que desenvolver uma definição de E.E. específica para a economia digital que coexista com a definição tradicional de E.E.⁴¹⁹, a solução passará por desenvolver uma (única) definição de E.E. passível de ser aplicável independentemente do meio (físico ou digital) através do qual se projete uma *presença económica significativa*.

Em qualquer caso, e independente da formulação encontrada, qualquer definição que se apresente para efeitos de um E.E. digital deverá considerar a amplitude do escopo pretendido, por forma a não gerar incerteza para os contribuintes e, bem assim, evitar disputas não apenas entre contribuintes e administrações tributárias, mas também entre diferentes administrações tributárias.

Seja através desta ou de outra formulação mostrar-se-á sempre necessária a definição de alguns limiares mínimos sob pena de não se conseguir evitar uma excessiva base de tributação.

Consequentemente, tal definição deveria ser complementada por mecanismos efetivos para o cumprimento cooperativo e resolução de disputas.

De facto, avista-se uma encruzilhada: por um lado começamos a atingir graus de concretização deste novo elemento de conexão muito interessantes, veja-se o exemplo da proposta de Diretiva apresentada pela Comissão Europeia em março deste ano (capítulo 3.4), por outro escasseiam mecanismos de controlo destas atividades a que as Administrações tributárias se possam recorrer. Quanto a isto já não se trata de um problema eminentemente jurídico, mas técnico.

De referir que o sucesso de implementação deste elemento de conexão não se baseia apenas na sua inserção no MC OCDE. A intervenção terá de se alargar aos comentários que acompanhem o artigo no MC OCDE e terão de ser formuladas recomendações orientando a forma como os Estados deverão conformar as suas disposições tributárias próprias a esta alteração.

⁴¹⁹ Teríamos assim duas definições de E.E. aplicáveis a diferentes realidades.

Também se deseja que se mantenha a tributação dos lucros imputáveis a um E.E. digital de forma semelhante ao que se faz hoje para o E.E. tradicional – ficciona-se uma entidade separada e aplicam-se por analogia os princípios da OCDE em matéria de preços de transferência.

Esta operação não está isenta de dificuldades, obrigando a algumas adaptações nesta regra. Desde logo, porque através do processo de criação de valor da economia digital podem ser múltiplas as fontes de imputação simultânea de um rendimento.

Neste sentido, tem sido considerada a redefinição de funções, dos ativos e dos riscos na cadeia de valor das empresas para efeitos de preços de transferência. Aliás, foi esta a opção da proposta de Diretiva da Comissão Europeia sobre esta matéria⁴²⁰, nos termos do n.º 2 do art.º 5 da proposta:

“Os lucros imputáveis à presença digital significativa ou com ela relacionados devem ser aqueles que a presença digital teria obtido se fosse uma empresa separada e independente a exercer as mesmas atividades ou atividades similares, nas mesmas condições ou em condições semelhantes, em especial nas suas relações com outras partes da empresa, tendo em conta as funções desempenhadas, os ativos utilizados e os riscos assumidos através de uma interface digital”.

A teoria da fonte justifica repartição do poder tributário com o Estado no qual é criado valor, independente da presença física da empresa não-residente.

Por outro lado, e nos termos do processo de criação de valor associado a este novo elemento de conexão, considerando que identificação de um vínculo tributável e a atribuição do poder de tributar é condicionada em função da criação de valor (pela interação de diversos elementos), então não fará sentido manter, tal como está, a exclusão de atividades preparatórias ou auxiliares na concretização de um E.E. devendo eliminar-se, pelo menos no que à economia digital diz respeito, o n.º 4 do artigo 5.º do MC OCDE.

Com efeito, a natureza física ou digital e nuclear ou auxiliar deixam de ser relevantes. A partir do momento em que num contexto de *presença digital significativa* é criado valor, e com isso rendimento num determinado Estado, justificar-se-á o vínculo tributável.

⁴²⁰ Cf. (Comissão Europeia, 21.03.2018).

Para mais esta dicotomia entre atividades nucleares ou principais e preparatórias ou auxiliares tende a ser mais difusa no âmbito da economia digital. Pelo que no contexto de alargamento do E.E. este artigo terá de ser revisto.

Sendo certo que a formulação anteriormente apresentada de *presença económica significativa* a constar do MC OCDE não faz referência à dimensão das empresas, é conveniente que essa conceptualização não se limite só a grandes multinacionais ou pequenas e médias empresas. O que a digitalização da economia veio provar é que a dimensão das empresas não é, genericamente, proporcional ao nível de valor criado.

No âmbito de um elemento de conexão baseado na *presença económica significativa*, através de uma *presença digital significativa*, têm sido reconhecidas as dificuldades de fazer cumprir as obrigações fiscais de empresas não residentes.

Independentemente da hipótese de um registo simplificado obrigatório para empresas não-residentes que prestem serviços digitais, continua-se a colocar o problema de após liquidado o imposto devido as administrações fiscais não terem, aparentemente, meios para fazer cumprir essa obrigação⁴²¹.

Trata-se de um óbice à receita tributária.

Tem-se discutido como resposta a esta lacuna a introdução de mecanismos que permitam bloquear as plataformas digitais no caso de as empresas não-residentes não cumprirem as suas obrigações, limitando desta forma a sua atividade.

Estes mecanismos de bloqueio já existem, pelo que seria transpô-los para as Administrações tributárias. Desconhece-se, contudo, se tecnicamente é possível às empresas contornarem tal obstáculo.

Também se equaciona a possibilidade de um mecanismo transnacional que permite aos Estados fazer cumprir as diversas obrigações tributárias⁴²², a par, por

⁴²¹ A montante tem-se identificado um outro problema relacionado com a escolha do sujeito passivo que terá de cumprir a obrigação de imposto. Tendo em conta o processo de criação de valor associado à economia digital alguns autores têm defendido que a empresa que coleta a totalidade do rendimento é que terá de entregar os impostos correspondentes, mesmo que venham de um E.E. (cujo o imposto é liquidado considerando tratar-se de uma figura separada da empresa sede).

⁴²² Neste sentido, "The Rubik agreements signed by Switzerland with the United Kingdom and Austria have shown that the application of an extraterritorial tax enforcement mechanism could be feasible and lead to a higher degree of enforceability. If so, the tax due to digital presence is collected by one or several states on behalf of the others" (Hongler & Pistone , 2015, p. 37).

exemplo, do que existe no contexto europeu para o IVA/ VAT, exigindo-se, contudo, uma particular articulação para o efeito.

Um mecanismo deste género significaria por parte dos Estados uma (nova) auto-limitação das respetivas soberanias, delegando-se competências a uma determinada autoridade estrangeira, mas poderia significaria uma maior eficiência na coleta de receita.

Outra solução a considerar por forma a obstar ao não cumprimento da entrega de imposto seria através de um mecanismo de retenção na fonte. Esta solução poderá ser realista sobretudo para o caso de clientes ou utilizadores de um serviço digital serem eles próprios empresas, pois seriam os únicos capazes de suportar o aumento do custo com *compliance*.

De todo o modo, estaríamos no âmbito de um mecanismo muito semelhante ao que se passa hoje com o IVA (não há uma coincidência entre o sujeito passivo do imposto e o responsável pela entrega do mesmo).

Enquanto não se concretizar o acolhimento de um novo elemento de conexão na prática internacional ou de um imposto a aplicar sobre os rendimentos imputados a uma *presença digital significativa*⁴²³, tem sido entendido que os riscos dos Estados tomarem opções de forma unilateral para resolver esta questão não são particularmente elevados⁴²⁴.

Para tanto, concorre o risco de dupla tributação que isso poderia acarretar, com as demais consequências ao nível do princípio da neutralidade, e a potencial erosão da base tributável dos Estados em causa.

Além do mais, um problema global dificilmente poderá ser ultrapassado por uma solução local. Mesmo que fosse tentado, implicaria necessariamente uma articulação com outras Administrações tributárias⁴²⁵ pois dificilmente se conseguiria identificar os elementos do facto tributário de forma isolada, pelo que seria mais vantajoso que as opções fossem tomadas de forma transversal.

⁴²³ Por forma a provisoriamente colmatar o atual problema de uma reduzida taxa de tributação da economia digital.

⁴²⁴ De todo o modo, e por referência a 2018, já haviam sido implementados impostos relacionados com rendimentos provenientes de produtos e serviços digitais: Reino Unido, Austrália (entretanto declarado inconstitucional), Israel, Índia, Kuwait, Arábia Saudita. A China e Itália ponderam aplicar (Petruzzi & Buriak, 2018, pp. 3-4).

⁴²⁵ Com as dificuldades a isso associadas.

A aplicação unilateral das normas fiscais não só poderá ser contraproducente como geradora de conflitos. Desde logo pelo facto de os Estados, isolados, dificilmente compreenderem de forma holística o fenómeno tributário e económico internacional e as consequências e impactos da interseção e interligação entre ambos.

De todo o modo, reconhecemos que quanto a esta matéria da economia digital – que suscita esforços adicionais por parte dos Estados e das Administrações tributárias e consensos alargados nas estratégias a definir – a adoção de novo elemento de conexão colocará em perspectiva duas tendências, sobretudo no âmbito da União Europeia:

- i) “por um lado, a natural relutância dos Estados abdicarem em parte da sua soberania fiscal, em favor de um processo de harmonização ou cooperação fiscais que se desconhece se poderá vir a ser adotado num espaço geográfico suficientemente amplo para produzir os efeitos desejados;
- ii) por outro lado, a crescente consciência que a harmonização será, pelo menos em parte inevitável já que se os Estados não adotarem medidas coordenadas ela tenderá a ser imposta pelos mercados”⁴²⁶.

Também subiste a questão de saber qual o critério a utilizar para considerar a existência de um E.E. no caso de uma empresa não-residente preencher os limiares mínimos para efeitos de uma *presença digital significativa* e, simultaneamente, deter um agente dependente nesse mesmo Estado ou um qualquer local físico. Considera-se a existência de dois vínculos tributáveis⁴²⁷? Dois contribuintes separados? Caso assim não se entenda, como se liquida o imposto?

Considera-se que algumas destas questões poderão estar relacionadas com o tratamento dado ao E.E. por cada um dos Estados, mas reconhece-se ser um problema prático que carece de reflexão.

Para finalizar, importa referir que esta ou qualquer outra solução que se encontre para estabelecer um elemento de conexão entre um facto tributário e um território num contexto digital, terá a mesma de ter em conta e respeitar os mesmos princípios aplicáveis

⁴²⁶ (Santos J. P., 2000, p. 69).

⁴²⁷ Caso se tratem de atividades diferentes, não obstante pertencerem à mesma empresa, poderá ser mais fácil.

à economia e comércio tradicionais⁴²⁸, nomeadamente: a neutralidade; eficiência, certeza e simplicidade; justiça⁴²⁹.

O princípio da neutralidade pode definir-se, de forma resumida, como a “exigência de a tributação não induzir os contribuintes a certos comportamentos económicos, como forma de reação aos diferentes encargos tributários”⁴³⁰.

O princípio da justiça na alocação dos factos tributários, resulta do DFI, e impõe que as soluções de implementação de um regime de tributação dos rendimentos derivados de serviços digitais, considerem quer o critério da fonte dos rendimentos, quer o da residência da pessoa/ entidade que auferir os rendimentos, com vista a repartir a riqueza gerada.

Por último, princípio da eficiência baseia-se nas dificuldades naturais em implementar um sistema de tributação para a economia digital e comércio eletrónico, procurando impor soluções quanto à estrutura dos impostos sobre o rendimento que sejam compatíveis com a economia e comércio digitais.

⁴²⁸ Cf. Resoluções da Conferência Ministerial de Ottawa (*Ottawa Taxation Framework Conditions*).

⁴²⁹ Sobre este tema, *vide* (Hongler & Pistone, 2015, pp. 41-43) e (Courinha, A Tributação Direta das Pessoas Coletivas no Comércio Eletrónico, 2001).

⁴³⁰ (Courinha, A Tributação Direta das Pessoas Coletivas no Comércio Eletrónico, 2001).

4. Conclusão

A globalização e o desenvolvimento das Tecnologias de Informação e Comunicação geram novos modelos de organização e gestão. Este fenómeno de transformação está na origem da economia digital.

A desmaterialização advogada pela economia digital revela-se um traço característico seu. Esta desmaterialização é marcada pela digitalização e pela natureza intangível do processo económico e comercial e por uma reduzida necessidade de presença física (material ou pessoal).

A crescente transação de bens e serviços intangíveis, incorpóreos, deixam de necessitar dos tradicionais canais de distribuição para chegar ao seu destino. Rompe-se com as noções comum de tempo e espaço.

A ideia de desmaterialização associada à economia digital veio dificultar a utilização dos elementos de conexão tradicionais, pela inadequação destes últimos, assentes na “fiscalidade”, à realidade base da economia digital, desprendida, por natureza, de qualquer presença física num outro território. Em especial o E.E., cuja concretização implica, nos parâmetros tradicionais, a ocupação de um local, de um espaço físico. A importância do conceito está diretamente conexa com a necessidade de imputar o ónus da tributação.

As premissas que estiveram na génese do aparecimento dos elementos de conexão e respetivas regras mostram-se ultrapassadas. A atual contextualização económica não tem paralelo com a contextualização da época em que surge, por exemplo, o estabelecimento estável na prática internacional.

Sobretudo pela perda do elemento “fiscalidade” sempre associado ao trato comercial, os elementos de conexão tradicionais têm mostrado dificuldades de adaptação à nova realidade, refletindo-se numa menor capacidade dos Estados e respetivas Administrações tributárias em identificar a existência de um facto tributário, o rendimento a ele associado, os seus sujeitos e, bem assim, a respetiva ligação a um território.

Os elementos geográficos tornam-se irrelevantes, dificultando a determinação da competência fiscal e o respetivo modo de proceder a essa determinação.

A existência de um mercado digital que não se encontra sob a dependência direta de uma qualquer soberania coloca um conjunto alargado de reflexões sobre a validade e

consequente operacionalidade dos conceitos jurídicos hoje vigentes para regulamentar as relações entre Estados, nomeadamente a (de)limitação do poder tributário.

A confluência das diversas características da economia digital com a ineptidão dos habituais meios de identificação e resolução das situações fiscais plurilocalizadas (normas de conflito) – criadas num contexto diametralmente diferente do atual – cria um buraco negro onde os diferentes agentes económicos se movimentam muitas vezes de forma imune, escapando ao poder tributário dos Estados.

Parece clara a desarticulação entre a realidade presente nos elementos de conexão tradicionais e a realidade sobre a qual pretendem atualmente incidir.

Nestes termos, a economia digital levanta, fundamentalmente, três problemas à fiscalidade: (i) risco de erosão das bases de tributação; (ii) dificuldade em determinar a jurisdição fiscal competente; e (iii) dificuldade em assegurar o cumprimento tributário.

O objeto da presente dissertação de mestrado diz respeito, fundamentalmente, à identificação do elemento de conexão que permitirá ultrapassar a dificuldade em determinar a jurisdição fiscal competente.

Na atual conjuntura da economia digital, e dada a desadequação dos elementos de conexão, torna-se cada vez mais difícil identificar um vínculo tributável a determinado Estado.

Subsiste a questão: **Onde Tributar** os rendimentos provenientes de produtos e serviços digitais?

A OCDE, desde 2013, e no âmbito dos trabalhos desenvolvidos no contexto do projeto BEPS, tem-se dedicado ao estudo dos desafios *supra* mencionados e à apresentação das respetivas soluções, realçando-se a análise desenvolvida na *Ação 1 e 7*.

Neste sentido, o relatório da *Ação 1* prevê: i) a introdução de um novo elemento de conexão baseado no conceito de presença económica significativa, ii) a criação de uma taxa de retenção na fonte para transações digitais, iii) a introdução de um imposto de equiparação e iv) alterações às exceções previstas no conceito de E.E.

De referir que esta última sugestão foi concretizada no relatório final da *Ação 7*. Contudo, da *Ação 7* limitou-se a tecer recomendações às regras respeitantes às atividades preparatórias e auxiliares (art.º 5.º, n.º 4, do MC OCDE), ao conceito de agente

dependente (art.º 5, n.º 5.º, do MC OCDE) e de agente independente (art.º 5.º, n.º 6 do MC OCDE).

Porém, parece ter ficado aquém das expectativas. Ao manter e enfatizar a exigência da presença física da atividade, a *Ação 7* não logrou dar um passo determinante na tributação dos rendimentos provenientes de contextos caracterizados pela digitalização.

De facto, as soluções que têm surgido pela pena da OCDE passam, maioritariamente, pela manutenção das atuais regras de tributação, recorrendo as mesmas para construir ligações entre a realidade virtual e a realidade física.

A par desta, existe uma outra estratégia que insiste na procura de regras específicas para a economia digital, tratando-a de forma autónoma.

Por um lado, negamos a definição de regras específicas para a economia digital, na medida em que poderíamos criar distorções e discriminação entre o comércio tradicional e o eletrónico – sendo que o último é uma evolução do primeiro pelo que não se justifica um tratamento díspar – e colocar em causa os próprios princípios de tributação – regras específicas para a economia digital relevavam as características desta, as quais poderão não ser subsumíveis com aqueles princípios.

Por outro, a manutenção das atuais regras, mantendo a ideia de “fiscalidade”, significará continuar neste processo de busca contínua por um elemento físico na economia digital a que nos possamos agarrar para assim justificar a recondução a um dos elementos de conexão. Sendo a economia digital marcada pela ausência de presença física e estando a mesma em constante desenvolvimento, a busca pelo elemento físico será cada vez mais difícil ou mesmo impossível, pois o mesmo pode nem sequer existir. Assim, entendemos que esta estratégia não configura uma resposta duradoura, pelo que não deve ser aceite.

Assim, deverá ser considerar uma terceira estratégia, uma via alternativa: mantendo os atuais princípios de tributação e os respetivos elementos de conexão, sugere-se a alteração das atuais (e tradicionais) regras que os concretizam por outras passíveis de serem aplicadas a qualquer contexto, independentemente da natureza real ou virtual.

O caminho passará, entendemos nós, pela escolha de regras que possam ser aplicadas a ambas as realidades, sem perda de vigor. Para isso, teremos de abandonar o

recurso à “fiscalidade” como característica central da fiscalidade e substitui-la por outra ou outras características que, de forma idêntica, permitam estabelecer um vínculo tributável entre uma empresa e um Estado.

Mostram-se necessários indicadores alternativos da presença de uma atividade económica num território, até recentemente conferidos pela “fiscalidade”.

Esta estratégia permitir-nos-á manter a figura do E.E. e com isso, por se tratar de uma figura consensual e perfeitamente integrada no *corpus* legislativo nacional e internacional, conferir algum conforto, segurança e facilidade no processo de transição de uma economia tradicional para uma economia digital.

Neste sentido, propondo-se a redefinição do critério de presença física como determinante para estabelecer a conexão territorial e a consequente atração da base tributável, a OCDE apresenta, no Relatório Final da *Ação 1* do BEPS⁴³¹, um novo conceito de elemento de conexão cujo objetivo é garantir a tributação no Estado fonte quando uma empresa não-residente aí apresente uma *presença económica significativa*, independentemente de não apresentar qualquer elemento físico conexo com esse território.

Consideramos que o elemento disruptivo desta proposta não reside na consideração *per si* da *presença económica significativa* enquanto elemento justificador/ concretizador de uma especial ligação entre uma atividade e um Estado. Reside, sim, no facto de a referida *presença económica significativa* se basear numa *presença digital significativa*.

Este novo elemento de conexão consubstancia um alargamento do conceito de estabelecimento estável o qual permite manter o vigor do princípio do estabelecimento estável. A *presença económica significativa* – tradicionalmente assente em elementos com natureza material, tangível e física – corporizada pela figura tradicional do E.E., passa a aferir-se em função de elementos digitais, intangíveis, tecnológicos e outras ferramentas automatizadas.

Há um processo de transformação, de metamorfose do E.E. por forma a ser adaptado à realidade digital.

⁴³¹ Cf. (OCDE, Action 1: Final Report, 2015) e confirmado em (OCDE, Interim Report, 2018).

O conceito de *presença económica significativa*, sobretudo por recurso a uma *presença digital significativa*, carece de determinação e concretização.

Neste sentido, o relatório final da *Ação 1*, identifica um conjunto de fatores que concorrem para efeitos de determinação e concretização de uma presença económica significativa, agrupados em três grupos: i) um fator baseado na receita ou rendimento; ii) fatores digitais e iii) fatores baseados no utilizador.

O mesmo relatório sugere a sua utilização combinada. O carácter complementar dos fatores considerados permite uma melhor apreensão e aplicação do novo elemento de conexão.

Por outro lado, a necessária concretização dos fatores e limiares mínimos de tributação terá de ser acompanhada da definição de mecanismos reporte por parte das empresas não-residentes e dos respetivos mecanismos de controlo.

Parece estar a construir-se um sistema baseado em declarações (voluntárias) por parte das empresas não-residentes, não se prevendo especial obrigatoriedade das mesmas nem quaisquer sistemas de controlo⁴³². Fala-se num regime simplificado de registo, mas falta compreender se o mesmo será obrigatório e de que forma será feito o controlo do mesmo.

Neste sentido, consideramos ser necessária a ponderação de mecanismos de incentivo (por exemplo, benefícios fiscais) que levem as empresas a declarar a sua atividade digital, sob pena de se desenvolver um esforço inglório.

Concretizando-se o consenso necessário em torno deste (novo) elemento de conexão, e para efeitos de concretização, deverá o mesmo ser vertido no MC OCDE.

Em qualquer caso, e independente da formulação encontrada, qualquer definição que se apresente para efeitos de um E.E. digital deverá considerar a amplitude do escopo pretendido, por forma a não gerar incerteza para os contribuintes e, bem assim, evitar disputas não apenas entre contribuintes e administrações tributárias, mas também entre diferentes administrações tributárias.

⁴³² Um sistema assente numa obrigação declarativa auto-imposta.

Seja através desta ou de outra formulação mostrar-se-á sempre necessária a definição de alguns limiares mínimos sob pena de não se conseguir evitar uma excessiva base de tributação.

Consequentemente, tal formulação deveria ser complementada por mecanismos efetivos para o cumprimento cooperativo e resolução de disputas.

De todo o modo, consideramos que este novo elemento de conexão permite um corte com o postulado da “fiscalidade” no corpus legislativo tributário, permitindo em simultâneo a manutenção dos atuais elementos de conexão o que, inevitavelmente, e tratando-se de figuras com profundo lastro jurídico-económico, confere uma maior segurança aos contribuintes e às Administrações tributárias neste processo de convergência da economia tradicional para a economia digital.

É esta rutura com a fiscalidade que permitirá quer a adaptação dos atuais elementos de conexão à nova realidade económico-comercial quer a viabilidade futura dos mesmos. Quaisquer soluções que dependam fortemente de um elemento físico, fruto do crescente desenvolvimento das TIC, tornar-se-ão rapidamente obsoletas.

Com efeito, através de um processo transformativo transpõe-se o E.E. para a economia digital, permitindo fundamentalmente, criar regras que facilitem a identificação e imputação de um rendimento gerado através de produtos e serviços digitais a um determinado território, pois oferece um enquadramento teórico capaz de estabelecer uma ligação entre ambos.

Em face do exposto, consideramos ser este o caminho que nos levará das incertezas para as certezas da tributação da economia digital.

É, porém, um tema inacabado. Procurou-se analisar uma proposta específica conceptualizada pelo projeto BEPS, e, entretanto, concretizada pela Comissão Europeia, para despoletar uma maior discussão pública. No futuro, seria interessante continuar este trabalho em articulação com áreas mais técnicas do saber, por exemplo engenharia informática, pois a componente técnica do tema é bastante relevante.

5. Bibliografia

(s.d.).

Hongler , P., & Pistone , P. (2015). *Blueprints for a New PE Nexus to Tax Business Income in the Era of the Digital Economy*. IBFD. Obtido de https://www.ibfd.org/sites/ibfd.org/files/content/pdf/Redefining_the_PE_concept-whitepaper.pdf

Amaral, D. F. (2004). *História das Ideias Políticas* (4ª Reimpresão da edição de 1998 ed., Vol. I). Coimbra: Almedina.

Amaral, D. F. (2007). *Última Lição*. Coimbra: Almedina.

Amaral, D. F. (2012). *Manual de Introdução ao Estudo do Direito* (Vol. I). Coimbra: Almedina.

Araújo, F. (2001). *Adam Smith - O conceito Mecanicista de Liberdade*. Coimbra: Almedina.

Araújo, F. (2005). *Introdução à Economia* (3.ª ed.). Coimbra: Almedina.

Arnold, B. J. (2003). Threshold requirements for taxing business profits under tax treaties. Em *IBFD Bulletin*, 57.

Arnold, B. J. (2016). *International Tax Primer* (Third Edition ed.). Kluwer Law International.

Ascensão, J. d. (2008). *O Direito, Introdução e Teoria Geral* (13ª ed.). Coimbra: Almedina.

Azevedo, M. E. (Julho-Dezembro de 2012). A Fiscalidade Europeia e o Tratado de Lisboa. (C. d. Aduaneiros, Ed.) *Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 429, pp. 7-43.

Bento, V. (2004). *Os estados nacionais e a economia global*. Coimbra: Almedina.

Bobbio, N. (1989). Estado. Em *Enciclopédia Einaudi* (Vol. 14). Imprensa Nacional - Casa da Moeda.

Brito, M. H. (1990). *O Contrato de Concessão Comercial*. Coimbra: Almedina.

Bujanda, F. S. (1962). *Hacienda y Derecho*. Madrid: Instituto de Estudios Politicos.

Câmara, F. S. (julho/ setembro de 2001). A dupla residência das sociedades à luz das convenções de dupla tributação. *Ciência e Técnica Fiscal*.

Campos, D. L., & Soutelinho, S. (2012). *Legislação Fiscal*. Coimbra: Almedina.

Canotilho, G. (2002). *Direito Constitucional e Teoria da Constituição* (5ª ed.). Coimbra: Almedina.

Cardona, M. C. (1995). O Conceito de Estabelecimento Estável - Algumas reflexões em torno deste conceito. Em *Estudos em Homenagem à Dra. Maria de Lourdes Órfão de Matos Correia e Vale* (pp. 246-277). Lisboa: Centro de Estudos Fiscais, Direcção-Geral das Contribuições e Impostos, Ministério das Finanças.

Carlos, A. B. (2014). *Impostos - Teoria Geral* (4ª ed.). Coimbra: Almedina.

- Carlos, A. B. (2016). Após o plano contra a BEPS: um outro Governo Fiscal na construção europeia? Em E. P. Ferreira, *União Europeia: reforma ou declínio* (pp. 157-170). Nova Vega.
- Carlos, A. B., Abreu, I., Durão, J., & Pimenta, E. (2014). *Guia dos Impostos em Portugal*. Lisboa: Quid Juris.
- Carvalho, O. (1997). Empresa e Lógica Empresarial. Em *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Ferrer-Correia* (pp. 3-31). Coimbra: Universidade de Coimbra, Boletim da Faculdade de Direito: número especial.
- Castells, M. (2004). *A galáxia internet: reflexões sobre internet, negócios e sociedade*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.
- Catarino, J. (1999). Para uma teoria política do tributo. (C. d. Fiscais, Ed.) *Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal*, 184.
- Catarino, J. R., & Guimarães, V. B. (2015). *Lições de Fiscalidade - Gestão e Planeamento Fiscal* (Vol. II). Coimbra: Almedina.
- Colaço, I. M. (1959). *Direito Internacional Privado* (Vol. II). Lisboa.
- Colaço, I. M. (1964). *Da qualificação em Direito Internacional Privado*. Lisboa.
- Comissão Europeia. (6.5.2015). *Comunicação da Comissão Europeia: Estratégia para o Mercado Único Digital na Europa*. Bruxelas. Obtido de <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52015DC0192&from=PT>
- Comissão Europeia. (2014). *Report of the Commission Expert Group on Taxation of the Digital Economy*. Obtido de https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/resources/documents/taxation/gen_info/good_governance_matters/digital/report_digital_economy.pdf
- Comissão Europeia. (21.03.2018). *Proposal for a Council Directive: on the common system of a digital services tax on revenues resulting from the provision of certain digital services*. Obtido de https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/proposal_common_system_digital_services_tax_21032018_en.pdf
- Comissão Europeia. (21.03.2018). *Proposta de Diretiva do Conselho: que estabelece regras relativas à tributação das sociedades com uma presença digital significativa*. Obtido de https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:3d33c84c-327b-11e8-b5fe-01aa75ed71a1.0016.02/DOC_1&format=PDF
- Comissão Europeia. (21.9.2017). *Comunicação da Comissão Europeia: Um sistema fiscal equitativo e eficaz na União Europeia para o Mercado Único Digital*. Bruxelas. Obtido de <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2017:0547:FIN:PT:PDF>
- Conselho da União Europeia. (5.12.2017). *Responding to the challenges of taxation of profits of the digital economy - Council conclusions*. Bruxelas. Obtido de <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15445-2017-INIT/en/pdf>
- Constituição da República Portuguesa*. (2010). Coimbra: Almedina.

- Cordeiro, A. M. (Abril-Junho de 1990). A decisão segundo a equidade. (I. G. Telles, Ed.) *O Direito*, pp. 261-280.
- Courinha, G. L. (Abril de 2001). A Tributação Direta das Pessoas Coletivas no Comércio Electrónico. *Fiscalidade*, pp. 51-83.
- Courinha, G. L. (Abril-Junho de 2014). BEPS e o Sistema fiscal português: uma primeira incursão. *Cadernos de Justiça Tributária*, pp. 3-10.
- Cunha, P. d. (2006). *Direito Europeu - Instituições Políticas da União*. Coimbra: Almedina.
- de Freitas, M. H. (2014). *Fiscalidade* (5ª ed.). Coimbra: Almedina.
- Dourado, A. P. (1997). *A tributação dos rendimentos de capitais: a harmonização na comunidade europeia*. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.
- Dourado, A. P. (2018). *Governança Fiscal Global* (2.ª ed.). Coimbra: Almedina.
- Ernick, D. (2013). Base Erosion, Profit Shifting and the Future of Corporate Income Tax. *Tax Management International Journal*, 42.
- Fernandes, R. M. (2016). O Estabelecimento Estável em Iva na Era Digital - O Caso Welmorey no Contexto do BEPS. Em S. Vasques, *Cadernos de Iva* (pp. 323-350). Coimbra: Almedina.
- Ferreira, E. P. (2005). *Ensinar Finanças Públicas numa Faculdade de Direito*. Coimbra: Almedina.
- Ferreira, E. P., & Atanásio, J. (2004). *Textos de Direito do Comércio Internacional e do Desenvolvimento Económico* (Vol. I). Coimbra: Almedina.
- Franco, A. d. (1998). *Finanças Públicas e direito financeiro* (4.ª ed., Vol. II). Coimbra: Almedina.
- Franco, A. d. (2000). O novo ambiente tecnológico e o direito fiscal. Em *A tributação face às relações internacionais e à utilização das novas tecnologias* (p. 29 e ss). Lisboa: Centro de Estudos Fiscais.
- Franco, S. (1979). Sistema Financeiro e Constituição Financeira no Texto CONstitucional de 1976. Em *Estudos sobre a Constituição* (Vol. III). Lisboa.
- Garcia Prats, F. A. (1996). *El establecimiento permanente. Análisis jurídico-tributario internacional de la imposición societária*. Madrid: Tecnos.
- Gomes, C. A. (Julho - Setembro de 2000). A Evolução do Conceito de Soberania - Tendências recentes. (M. d. Finanças, Ed.) *Ciência e Técnica Fiscal. Boletim da Direcção Geral dos Impostos* n.º 399.
- Guerra, J. C. (Julho-Setembro de 2007). Situações Triangulares e Estabelecimentos Estáveis, análise do princípio da não discriminação. *Fiscalidade*, pp. 57-83.
- Guimarães, V. B. (12 e 13 de julho de 2000). O conceito de estabelecimento estável e o comércio electrónico. *Colóquio: os efeitos da globalização na tributação do rendimento e da despesa*, pp. 154-184.
- Guimarães, V. B. (Julho-Setembro de 2001). A Tributação do Comércio Electrónico: Uma perspectiva jurídico-fiscal. (B. d. Centro de Estudos e Apoio às Políticas Tributárias, Ed.) *Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 403, pp. 8-34.

- Jeffery, R. J. (1999). *The Impact of State Sovereignty on Global Trade and International Taxation*. Londres: Kluwer Law International.
- Kemmeren, E. (2010). Legal and economic principles support an origin and import neutrality-based over a residence and export neutrality-based tax treaty polic. Em P. P. M. Lang (Ed.), *Tax treaties: Building bridges between law and economics* (pp. 237-316). IBFD.
- Leitão, L. d. (2007). As tendências da reforma fiscal: mais ou menos garantias para os contribuintes. Em L. d. Leitão, *Estudos de Direito Fiscal* (pp. 135-153). Coimbra: Almedina.
- Li, J. (1999). Rethinking Canada's source rule in the age of electronic commerce: Part 2. *Canadian Tax Journal/ Revue Fiscale Canadienne*, 47: 6, p. 1411 e ss.
- Liquito, N. (2010). A Noção de Estabelecimento Estável Segundo a OCDE - A problemática do comércio electrónico. Em G. Teixeira, & A. S. Carvalho, *Os 10 Anos de Investigação do CIJE, Estudos Jurídico-Económicos* (pp. 777-792). Coimbra: Almedina.
- Machado, J. E., & Costa, P. N. (2018). *Manual de Direito Fiscal - perspectiva multinível* (2ª ed.). Coimbra: Almedina.
- Machado, J. E., & da Costa, P. N. (2009). *Curso de Direito Tributário*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Marques, R., & Marques, P. (3 (2017)). Direito Internacional Fiscal, Soberania e Territorialidade: uma perspectiva luso-brasileira. (C. d. (CIDP), Ed.) *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, pp. 1065-1079.
- Martinez, P. S. (1953). *Da Personalidade Tributária*. Lisboa.
- Martinez, P. S. (1993). *Direito Fiscal*. Coimbra: Almedina.
- Menezes Leitão, L. M. (1999). *Estudos de Direito Fiscal* (Vol. II). Coimbra: Almedina.
- Menezes Leitão, L. T. (1993). Evasão e fraude fiscal internacional. *CA internacionalização da Economia e a Fiscalidade*.
- Miranda, J. (2004). *Manual de Direito Constitucional* (5ª ed., Vol. III). Coimbra: Coimbra Editora.
- Morais, R. D. (2005). *Imputação de Lucros de Sociedades Não Residentes Sujeitas a um Regime Fiscal Privilegiado*. Porto: Publicações Universidade Católica.
- Morais, R. D. (2010). *Sobre o IRS* (2ª ed.). Coimbra: Almedina.
- Nabais, J. C. (1998). *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. Coimbra: Almedida.
- Nabais, J. C. (Abril de 2001). Alguns desafios atuais da tributação. *Fiscalidade*, pp. 33-49.
- Nabais, J. C. (2005). *Por um Estado Fiscal Suportável - Estudos de Direito Fiscal*. Coimbra: Almedina.
- Nabais, J. C. (2006). A Soberania Fiscal no actual quadro de internacionalização, integração e globalização económicas. Em J. Miranda, *Homenagem ao Prof. Doutor André Gonçalves Pereira* (pp. 497-527). Coimbra: Coimbra Editora.

- Nabais, J. C. (2007). A Soberania Fiscal no Quadro da Integração Europeia. Em *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais : Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier* (pp. 1025-1056). Coimbra: Coimbra Editora.
- Nabais, J. C. (2017). *Direito Fiscal*. Coimbra: Almedina.
- Neves, A. B. (Março de 1991). O conceito de Estabelecimento Estável. *Fisco, Tributação do Investimento Estrangeiro*, n.º 29, pp. 33-40.
- OCDE. (2005). *Are the current treaty rules for taxing business profits appropriate for e-commerce?* Obtido de <http://www.oecd.org/ctp/treaties/35869032.pdf>
- OCDE. (2008). *Revenue Statistics (1965-2007)*. Paris.
- OCDE. (2013). *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*. OCDE publishing. doi:<http://dx.doi.org/10.1787/9789264192744-en>
- OCDE. (2014). *BEPS Action 1: Address the tax challenges of the Digital Economy, Public Discussion Draft*. OCDE publishing. Obtido de <http://www.oecd.org/ctp/tax-challenges-digital-economy-discussion-draft-march-2014.pdf>
- OCDE. (2015). *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1: 2015 Final Report*. OCDE/ G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. OCDE publishing. doi:<http://dx.doi.org/10.1787/9789264241046-en>
- OCDE. (2015). *Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action 7: 2015 Final Report*. OECD/ G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. OCDE publishing. doi:<http://dx.doi.org/10.1787/9789264241220-en>
- OCDE. (2018). *Tax Challenges Arising from Digitalisation - Interim Report 2018: Inclusive framework on Beps*. OECD/ G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. OECD publishing. doi:<http://dx.doi.org/10.1787/9789264293083-en>
- OCDE. (November 2017). *Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version*. OCDE publishing. doi:http://dx.doi.org/10.1787/mtc_cond-2017-en
- OCDE, C. (2011). *Modelo de Convenção Fiscal sobre o Rendimento e o Património*. (D. G. Centro de Estudos Fiscais, Ed.)
- OCDE, C. (junho 2015). *Modelo de Convenção Fiscal sobre o Rendimento e o Património: versão condensada*. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais, Autoridade Tributária e Aduaneira, Ministério das Finanças.
- Osterwalder, A., & Pigneur, Y. (2011). *Criar Modelos de Negócio* (2ª ed.). Alfragide: Dom Quixote.
- Palma, C. C., & Lobo, C. B. (2010). Limitações internacionais à definição da Política Fiscal Nacional. Em J. Miranda, A. M. Cordeiro, E. P. Ferreira, & J. D. Nogueiro, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha : Assuntos Europeus e Integração Económica* (pp. 101-143). Coimbra: Almedina.
- Pereira, A. G., & Quadros, F. (2007). *Manual de Direito Internacional Público* (3.ª ed.). Coimbra: Almedina.

- Pereira, P. R. (Janeiro-Março de 2007). A dupla tributação jurídica internacional e o papel das convenções para evitar a dupla tributação. (J. L. Saldanha Sanches, Ed.) *Fiscalidade*, 29, pp. 47-62.
- Pereira, P. R. (2010). *Princípios do Direito Fiscal Internacional, Do Paradigma Clássico ao Direito Fiscal Europeu*. Coimbra: Almedina.
- Pereira, P. R. (2013). O papel do estabelecimento estável no Direito Fiscal Internacional. Em E. Paz Ferreira, H. Taveira Torres, & C. Celorico Palma, *Estudo em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier* (pp. 571-586). Coimbra: Almedina.
- Pereira, P. R. (2015). Em Torno dos Princípios do Direito Fiscal Internacional. Em J. R. Catarino, & V. B. Guimarães, *Lições de Fiscalidade* (Vols. II - Gestão e Planeamento Fiscal Internacional, p. 201 a 251). Coimbra: Almedina.
- Pereira, R. R. (2014-2015). O Conceito de Estabelecimento Estável. *Direito Internacional e Europeu, Centro de Estudos Judiciários*.
- Petruzzi, R., & Buriak, S. (6 de Março de 2018). Addressing the Tax Challenges of the Digitalization of the Economy – A Possible Answer in the Proper Application of the Transfer Pricing Rules? *Bulletin for International Taxation*, No. 4a/Special Issue, 72.
- Pinto, D. (2006). The Need to Reconceptualize the Permanent Establishment Threshold. Em *Bulletin for International Taxation* 60 (pp. 266-279). Obtido de <http://hdl.handle.net/20.500.11937/38171>
- Pires, M. (1984). *Da dupla tributação jurídica internacional sobre o rendimento*. Centro de Estudos Fiscais.
- Pires, R. C. (2011). *Tributação Internacional do Rendimento Empresarial gerado através do Comércio Electrónico: Desvendar mitos e construir realidades*. Coimbra: Almedina.
- Pires, R. C. (2018). *Manual de Direito Internacional Fiscal*. Coimbra: Almedina.
- Pistone, P. (2002). The Impact of Community Law on Tax Treaties: Issues and Solutions. *EUCOTAX Series on European Taxation*.
- Pleijssier, A. (2015). The Agency Permanent Establishment in BEPS Action 7: Treaty Abuse or Business Abuse? *Intertax*, 42, n.º2.
- Ribeiro, J. T. (1997). *Lições de Finanças Públicas*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Sacchetto, C. (2010). Member States tax sovereignty: between the principle of subsidiarity and the necessity of supranational coordination,. (L. Hinnekens, & P. Hinnekens, Edits.) *A Vision Of Taxes within and outside European Borders*, pp. 799-812.
- Saldanha Sanches, J. L. (janeiro de 1991). Soberania Fiscal e Constrangimentos Externos. *Fisco*, 27, pp. 19-24.
- Saldanha Sanches, J. L. (2006). *Os Limites do Planeamento Fiscal - Substância e Forma no Direito Fiscal Português, Comunitário e Internacional*. Coimbra: Almedina.
- Saldanha Sanches, J. L. (2007). *Manual de Direito Fiscal* (3ª ed.). Coimbra Editora.

- Sampaio, C. d. (2000). O Princípio Fiscal da Territorialidade numa Economia Digital. Em *Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Professor João Lumbrales* (pp. 119-151). Coimbra: Coimbra Editora.
- Santos, A. (2003). *Teoria Fiscal*. Lisboa: ISCSP.
- Santos, A. C. (2007). Sociedade de informação, globalização e desenvolvimento: paradoxos da crescente complexidade do mundo. Em *Estudos em memória de Teresa Lemos*. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais.
- Santos, A. C., & Lopes, C. M. (6 de 5 de 2016). Tax Sovereignty, Tax Competition and the Base Erosion and Profit Shifting Concept of Permanent Establishment. *EC, Tax Review*, pp. 296-311.
- Santos, B. d. (2002). Os processos de globalização. Em *Globalização: fatalidade ou utopia?* (p. 31 a 106). Porto: Edições Afrontamento.
- Santos, C. (2003). A Aplicação das Convenções pelos Tribunais. *Planeamento e Concorrência Fiscal Internacional*, pp. 349-367.
- Santos, J. P. (2000). A Tributação do Capital na Economia Global. *Colóquio: Os efeitos da Globalização na Tributação do Rendimento e da despesa* (pp. 36-71). Lisboa: Centro de Estudos e Apoio às Políticas Tributárias.
- Silva, G. M. (2007). *Introdução ao Estudo do Direito* (2ª ed.). Lisboa: Universidade Católica Editora.
- Skaar, A. A. (1991). The history of the concept of PE. Em *Permanent establishment: erosion of a tax treaty principle*. Netherlands: Kluwer Law and taxation publishers.
- Source and Residence: New configuration of their principles. (s.d.). *International Fiscal Association*, pp. 31-34.
- Stiglitz, J. (1986). *Economics of the Public Sector* (2ª ed.). Norton.
- Stiglitz, J. (september de 2006). Making Globalization Work. *Commentary, Project Syndicate*. Obtido em 25 de setembro de 2018, de www.project-syndicate.org/commentary/stiglitz74
- (2018). *Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018, Inclusive Framework on BEPS*. OCDE/ G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. OCDE publishing. doi:<http://dx.doi.org/10.1787/9789264293083-en>
- Teixeira, G. (2012). *Manual de Direito Fiscal* (2ª ed.). Coimbra: Almedina.
- Teixeira, G., & Rodrigues, A. (2014). A Tributação do Comércio Electrónico - Novos Desafios. *Boletim de Ciências Económicas*, pp. 3291-3320.
- Teixeira, M. D. (2007). *A Determinação do Lucro Tributável dos Estabelecimentos Estáveis de Não Residentes*. Coimbra: Almedina.
- Vasques, S. (2011). *Manual de Direito Fiscal*. Coimbra: Editora.
- Vogel, K. (1988). Worldwide vs. source taxation of income - A review and re-evaluation of arguments (Part III). *Intertax*, .

- Vogel, K. (1997). *Double taxation conventions. A commentary to the OECD -, UN -, US Model Conventions for the avoidance of double taxation on income and capital with particular reference to the German treaty practice* (3.^a ed.). Londres: Kluwer Law International.
- Vogel, K. (Janeiro de 2002). Which method should the European Community adopt for the avoidance of double taxation? *Bulletin for International Fiscal Documentation*, n.º1.
- Vogel, K., & Waldhoff, C. (1999). *Grundlagen des Finanzverfassungsrecht*. Heidelberg.
- Wilde, M. (2015). Tax Jurisdiction in a Digitalizing Economy; Why 'online profits' are so hard to pin down. *Intertax*, pp. 796-803.
- Xavier, A. (2011). *Direito Tributário Internacional* (2.^a ed.). Coimbra: Almedina.
- Zippelius, R. (1985). *Teoria Geral do Estado* (2.^a ed.). (A. C. Moncada, Trad.) Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.