



Escola de Ciências Sociais e Humanas
Departamento de Economia Política

A Tributação da Economia Digital

João Paulo de Castro Ferreira Alves

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 Convidado do ISCTE
Instituto Universitário de Lisboa

novembro, 2020

Resumo:

Vivemos hoje num mundo globalizado. A rápida evolução e desenvolvimento das tecnologias da informação e comunicação proporcionaram o surgimento de novas formas de organização empresarial e novos modelos de negócio.

A digitalização económica tem como principal característica a desmaterialização do processo económico, resultando numa cada vez menor dependência de presença física.

Desta desmaterialização da economia resultam grandes desafios para a tributação direta, na medida em que os atuais elementos de conexão foram pensados e elaborados para uma realidade fortemente assente na fisicalidade do comércio tradicional.

Primeiramente é fundamental analisarmos os principais princípios de Direito Fiscal Internacional, por forma a podermos compreender melhor de que forma o Direito Fiscal Internacional foi pensado para lidar com os problemas de tributação internacional.

Posteriormente abordaremos os traços essenciais da economia digital, e de que forma é que contribuiu para o surgimento de novos desafios fiscais.

Finalmente, veremos que medidas estão em cima da mesa para combater os desafios provocados pela economia digital, nomeadamente a criação de um novo elemento de conexão, proposto pela OCDE, no âmbito do projeto BEPS.

Palavras-chave:

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

Abstract:

We live in a globalized world today. The rapid evolution and development of information and communication technologies has led to the emergence of new forms of business organization and new business models.

Economic digitization has as its main characteristic the dematerialisation of the economic process, resulting in a less and less reliance on physical presence.

This dematerialization of the economy presents great challenges for direct taxation, as the current nexus rules were thought and elaborated for a reality strongly based on the physicality of traditional commerce.

Firstly, it is essential to analyse the main principles of International Tax Law, so that we can better understand how International Tax Law was designed to deal with the challenges of international taxation.

Then, we will address the essential features of the digital economy, and how it contributed to the emergence of new fiscal challenges.

Finally, we will see what measures are on the table to tackle the challenges caused by the digital economy, namely the creation of new nexus rules, proposed by the OECD, within the scope of the BEPS project.

Key words:

Digital economy, International Tax Law, BEPS, OECD, nexus rules, permanent establishment, physical presence.

Índice:

Glossário de siglas:.....	vi
Introdução	6
Capítulo 1 – Os princípios fundamentais e elementos de conexão do DFI.....	7
1.1. Enquadramento	7
1.2. Princípios fundamentais de DFI.....	8
1.2.1. Princípios estruturais	9
1.2.2. Princípios operativos	13
Capítulo 2 – A economia digital	25
2.1. Introdução	25
2.2. Principais características da economia digital	26
2.2.1. A mobilidade	27
2.2.2. Os efeitos de rede	28
2.2.3. A importância da informação	29
2.2.4. Os modelos de negócio multifacetados	29
2.2.5. A tendência para monopólio.....	30
2.2.6. A volatilidade.....	30
2.3. A economia digital como promotora de BEPS e desafios de tributação	30
2.4. A economia digital e o planeamento fiscal	31
2.5. O projeto BEPS.....	33
2.6. A economia digital como promotora de oportunidades BEPS.....	36
2.6.1 BEPS no contexto da tributação direta	37
2.7. Principais desafios da tributação na economia digital	39
2.7.1. Conexão	39
2.7.2. A residência.....	40
2.7.3. A fonte.....	44
2.7.4. Valorização dos dados.....	47
2.7.5. Caracterização dos rendimentos de novos modelos de negócios	49
Capítulo 3 - Enfrentar os desafios fiscais decorrentes da digitalização económica.....	51
3.1. Enquadramento	51

3.2. A proposta de um novo elemento de conexão	54
3.2.1. Âmbito de aplicação (“Escopo”)	55
3.2.2. Fixação de um limiar mínimo de receita.....	59
3.2.3. Novos elementos de conexão	60
3.2.4. Características e funcionamento dos elementos de conexão	61
3.3. Conclusão	64
Bibliografia	67

Glossário de siglas:

ALP	<i>Arm's Length Principle</i>
BEPS	<i>Base Erosion and Profit Shifting</i>
CAF	Comité dos Assuntos Fiscais
CDT	Convenção para evitar a Dupla Tributação
CE	Comissão Europeia
CEN	<i>capital export neutrality</i>
CFC	<i>Control Foreign Company</i>
CIN	<i>capital import neutrality</i>
CM da OCDE	Convenção Modelo Fiscal Sobre o Rendimento e o Património
CIRC	Código do IRC
CIRS	Código do IRS
CRP	Constituição da República Portuguesa
DFI	Direito Fiscal Internacional
EE	Estabelecimento estável
EMN	Empresas Multinacionais
EUA	Estados Unidos da América
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)
IF	<i>Inclusive Framework</i>
NDC	Negócios Direcionados ao Consumidor
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico
PIB	Produto Interno Bruto
RPB	<i>Report on Pillar One Blueprint</i>
SDA	Serviços Digitais Automatizados
SNC	Sistema de Normalização Contabilística
TIC	Tecnologias da Informação e Comunicação
UE	União Europeia

Introdução

O DFI tem vindo a enfrentar, nas últimas décadas, grandes desafios. A globalização, impulsionada pelo desenvolvimento das TIC, a integração das economias, os novos modelos de negócios “digitais”, a crescente exploração de lacunas na lei e o planeamento fiscal, colocaram o DFI no centro das atenções a nível global.

A digitalização da economia tem sido o maior obstáculo à estabilidade de um quadro fiscal internacional.

É hoje reconhecido que algumas das normas e princípios subjacentes ao DFI, não espelham a realidade em que vivemos, não conseguindo, por isso, garantir uma ideia de eficácia e justiça tributária.

As administrações fiscais dos Estados não conseguem aplicar as normas existentes aos novos modelos de negócios proporcionados pela economia digital, resultando em perdas avultadas de receita tributária.

Falamos, portanto, dos elementos de conexão, como é um dos instrumentos nucleares em torno do qual se articula toda a estrutura das normas de conflitos, nomeadamente o EE, cujo papel é fulcral no âmbito do DFI, sendo até comparável com o conceito de domicílio no Direito Internacional Privado.

Trata-se de um conceito que tem evoluído ao longo do tempo, tentando, de certa forma, acompanhar os desafios fiscais derivados do fenómeno da globalização e conseqüente ascensão das económicas e desenvolvimentos das TIC, contudo, não tem logrado cumprir o seu papel equilibrador entre o princípio da fonte e o princípio da residência.

Assim o é, na medida em que o conceito de EE corporiza na sua génese a ideia de uma presença física (material ou pessoal) num determinado Estado, pensada para uma época em que os mercados assentavam essencialmente na fisicalidade.

Ora, com a digitalização da economia, alteram-se os paradigmas. A presença física não é mais um fator essencial para o comércio. As empresas têm a capacidade de explorar novos mercados de forma totalmente remota em qualquer país que disponha de uma conexão de *internet*.

Assim, vemos que os atuais elementos de conexão, nomeadamente o EE, não se coadunam com esta nova forma de comércio digital, que requer uma reduzida, ou nenhuma, presença física, colando em cheque a tributação direta das empresas.

A Comissão Europeia e OCDE têm vindo a envidar esforços na tentativa de chegar a uma solução, mas até à data, nenhuma proposta foi formalmente adotada, aumentando, por isso, o descontentamento de alguns Estados, que vêm a degradação da sua receita tributária, levando inclusive à adoção de medidas unilaterais de combate aos negócios digitais.

Capítulo 1 – Os princípios fundamentais e elementos de conexão do DFI

1.1. Enquadramento

Longe vai o tempo em que as pessoas, singulares e coletivas, organizavam a sua vida numa única jurisdição. Atualmente é perfeitamente normal, e cada vez mais frequente, que os contribuintes estabeleçam relações em diferentes jurisdições. Falamos, por isso, em plurilocalização, quando se verifica a presença de uma conexão em dois (ou mais) territórios. Evidentemente, a verificação dessa conexão dependerá da observância de determinados elementos devidamente consagrados nas normas de Direito Fiscal Internacional (“DFI”). Podemos, assim, afirmar que o DFI tem a sua génese na mobilidade dos agentes económicos e sua intervenção económica e financeira plurilocalizada¹. Ou se preferimos, nas palavras de Alberto Xavier, o DFI «tem por objecto *situações internacionais (cross-border situations)*, ou seja, situações da vida que têm contacto, por qualquer dos seus elementos, com mais do que uma ordem jurídica dotada do poder de tributar»².

O DFI visa limitar a aplicação das normas nacionais de incidência sobre os factos tributários internacionais, bem como distribuir as competências de tributação entre Estados³, consoante o tipo de rendimentos em questão. No atual contexto de globalização, em que as atividades transfronteiriças se multiplicam a um ritmo avassalador, é fundamental a existência de um quadro de tributação internacional estável, por forma a minimizar eventuais litígios provocados pela plurilocalização, e/ou permitir a sua resolução.

O DFI tem, ainda, como objetivos: (i) garantir a eliminação de barreiras ao investimento e à mobilidade de fatores de produção, visando assegurar a competitividade e neutralidade fiscal; (ii) promover a justiça fiscal, através da justa redistribuição das receitas; e (iii) garantir a não-discriminação.

Para o efeito, as normas DFI devem obedecer a determinados valores e linhas de orientação, bem como a uma certa regularidade e consenso a nível internacional, revelando, desta forma, os princípios fundamentais que lhes são subjacentes.

Refira-se que, os princípios de direito, que se caracterizam pela sua que abstração, têm um peso significativo e um papel estruturante fundamental na ordem jurídica a que pertencem, exprimindo os valores fulcrais e as traves mestras estruturantes de uma determinada área de direito, ou de um sistema jurídico.

No que concerne aos princípios fundamentais do DFI, acompanhamos o estudo de Paula Rosado Pereira, no qual, através da «análise das regras consagradas nas Convenções para Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal Em Matéria de Impostos Sobre o Rendimento (“CDT”) e na legislação interna dos Estados incidente sobre situações tributárias internacionais, bem como a

¹ Pires, R. C. (2018). Manual de Direito Internacional Fiscal. Coimbra: Almedina pág. 15.

² Xavier, A. (2011). Direito Tributário Internacional (2ª ed.). Coimbra: Almedina pág. 3.

³ Dourado, A. P. (2018). Governação Fiscal Global (2.ª ed.). Coimbra: Almedina pág. 15.

ponderação dos objetivos e dos valores subjacentes a tais regras»⁴ identificamos dois tipos de princípios fundamentais: os princípios estruturais e os princípios operativos.

1.2. Princípios fundamentais de DFI

Segundo a autora, encontramos nos princípios estruturais as «grandes orientações que definem a estrutura, as características nucleares e os valores fundamentais da ordem jurídico-tributária internacional», designadamente princípio da soberania, princípio da equidade e princípio da neutralidade⁵, cujo objetivo é, essencialmente, de prevenir ou eliminar a dupla tributação internacional.

No que respeita aos princípios operativos, estes apresentam-se com um grau de abstração inferior, relativamente aos princípios estruturais, e «norteiam as soluções concretas e os regimes consagrados no âmbito do DFI, no que toca ao tratamento fiscal das situações tributárias internacionais»⁶, referindo-se aos aspetos substanciais da repartição das competências de tributação entre Estados e da eliminação da dupla tributação, revelando, por isso, maior proximidade relativamente às normas.

Ainda sobre os princípios operativos, a autora distingue-os em 3 grupos⁷:

- (i) quanto à repartição entre os Estados do poder de tributar – nos quais se incluem o princípio da residência, o princípio da fonte, e o princípio do estabelecimento estável;
- (ii) quanto à amplitude do poder de tributar dos Estados – nos quais encontramos o princípio da universalidade, e o princípio da limitação territorial; e
- (iii) quanto a outros aspetos substanciais da tributação – em que temos o princípio da eliminação da dupla tributação no Estado da residência, o princípio da tributação como entidades independentes, o princípio da tributação distinta e sucessiva de sociedades e sócios, e o princípio da não-discriminação tributária.

Entendemos ser fundamental, para uma melhor compreensão do objeto da presente dissertação, termos presente a noção dos princípios *supra* referidos, bem como de alguns conceitos chave, razão pela qual iremos, de seguida, proceder a uma breve análise dos mesmos.

⁴ 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, pág. 202 e 203.

⁵ *ibidem* pág. 203.

⁶ *ibidem* pág. 204.

⁷ *ibidem* pág. 204.

1.2.1. Princípios estruturais

1.2.1.1. Princípio da soberania

De acordo com Jean Bodin⁸, «a soberania é o poder absoluto e perpétuo de um Estado-Nação». A soberania fiscal não é mais do que uma forma de manifestação da soberania Estadual. Esta apresenta-se como um poder fiscal soberano, qualificado, e competente para criar, modificar ou extinguir impostos a título originário e sem limitações, senão as resultantes da Constituição. Permite, ainda, exercer os seus poderes tributários relativamente a situações fiscais internacionais com elementos de conexão noutro Estado. Outro aspeto fundamental da soberania fiscal é a possibilidade de negociar e celebrar tratados ou convenções com outros Estados, sendo este um dos aspetos basilares do DFI, já que falamos de uma das mais importantes fontes de DFI, *i.e.* as convenções para evitar ou eliminar a dupla tributação (“CDT”).

Não obstante o *supra* exposto, diga-se, desde logo, que a soberania fiscal tem vindo a sofrer, nas últimas décadas, fortes limitações. Ana Paula Dourado fala mesmo numa «crise da soberania do Estado nacional, resultante da globalização»⁹, por força da concorrência fiscal entre Estados. Por outro lado, Rita Calçada Pires, refere-se à «fragmentação da soberania fiscal»¹⁰, justificando pelo surgimento de novos focos de poder internacional que condicionam as decisões dos Estados, bem como pela autolimitação do seu poder, em grande parte, derivado dos compromissos bilaterais ou multilaterais assumidos internacionalmente, nomeadamente as CDT.

1.2.1.2. Princípio da equidade

Num plano puramente interno, a equidade fiscal pode ser vista sob duas perspetivas distintas: em função dos benefícios que o contribuinte retira do uso dos serviços públicos; e em função da capacidade contributiva do contribuinte.

No plano internacional, importa autonomizar a equidade fiscal entre sujeitos passivos (*inter-individual equity*) e entre Estados (*inter-nations equity*). A equidade entre sujeitos passivos no plano internacional visa garantir que as normas de DFI são adequadas e justas do ponto de vista dos interesses dos contribuintes envolvidos, designadamente aquelas que visam a eliminação da dupla tributação económica. No que concerne à equidade entre Estados, esta está intimamente ligada a questões de soberania e jurisdição tributária, e visa garantir a justa repartição do poder de tributar entre os Estados assim como eliminar a dupla tributação internacional.

A equidade entre Estado é, assim, crucial para uma justa repartição do poder de tributar e receitas fiscais. Neste sentido discute-se que Estado deve ter legitimidade de tributar situações

⁸ BODIN, Jean (2011[1576]). Os seis livros da república. Tradução de José Carlos Orsi Morel. São Paulo.

⁹ Dourado, A. P. (2018). Governação Fiscal Global (2.^a ed.). Coimbra: Almedina pág. 25.

¹⁰ Pires, R. C. (2018). Manual de Direito Internacional Fiscal. Coimbra: Almedina pág. 21.

económicas internacionais, Estado da fonte *versus* a tributação no Estado da residência. Voltaremos a esta questão quando falarmos sobre os princípios operativos.

Em suma, podemos afirmar que a equidade está estreitamente associada à problemática da justiça material.

1.2.1.3. Princípio da neutralidade

Um dos princípios fundamentais do direito fiscal é de que os impostos devem ser o mais neutros possível, quer para os agentes económicos, quer para os consumidores, por forma a não modificar os seus comportamentos em função da tributação. Por outras palavras, a carga fiscal sobre determinados negócios, não deve constituir, *per sí*, um fator determinante na tomada de decisões por parte dos investidores e agentes económicos. Por outro lado, a ausência de tributação sobre certos negócios também pode conduzir a situações de iniquidade fiscal, na medida em que idênticos negócios se encontrem sujeitos a tributação.

Apesar do seu conceito ter oscilado ao longo dos anos, manteve-se intocável a importância deste princípio como elemento orientador do Estado no âmbito da tributação, designadamente no que se refere à elaboração da respetiva política fiscal, cujo objetivo é a organização e a manutenção de um ambiente concorrencial adequado. Contudo, quando falamos em neutralidade fiscal, falamos numa perspetiva relativa e não absoluta, na medida em que a tributação sempre influenciará, de alguma forma, no comportamento dos agentes económicos. Não raras vezes o Estado é chamado a intervir como ente regulador, corrigindo certas falhas de mercado, e induzindo comportamento mais adequados ao interesse público, provocando algumas distorções no mercado.

Nesse sentido, António Carlos dos Santos¹¹ refere que todas as formas de tributação provocam distorções, o mesmo ocorrendo com os benefícios e incentivos fiscais. Partindo deste pressuposto, prossegue o autor afirmando que na elaboração da política fiscal, a questão da neutralidade estará adstrita à escolha dos impostos (e das técnicas tributárias) que menos distorções provoquem, já que «a neutralidade é um conceito relativo, e não um conceito absoluto»¹².

Assim, uma interpretação contemporânea do princípio da neutralidade, infere-se pela «abstenção de qualquer intervenção que prejudique a livre concorrência no mercado, salvo se uma tal intervenção se mostrar indispensável para corrigir os resultados de uma concorrência perfeita, na

11 SANTOS, A. C. (2003). Auxílios do Estado e Fiscalidade, Coimbra, Almedina pág. 355.

12 *Ibidem* «Deve-se ressaltar que não existe um imposto ideal ou perfeito, pois sempre haverá vantagens e inconvenientes na sua adoção. Ademais, os critérios para a avaliação de um imposto não são estanques, diversamente, são variáveis e modificáveis conforme o tempo e a conjuntura social e econômica. Não por acaso, em momentos de crise econômica, surgem discussões e propostas de novas formas de tributação, que se mostrem mais eficientes para angariar recursos financeiros ao Estado, além de promover outras finalidades tidas como prioritárias.»

medida em que tal se considere necessário por razões que se entenda deverem prevalecer, ou para eliminar ou atenuar imperfeições na concorrência.»¹³

Verifica-se, pois, que atualmente, os sistemas fiscais e o preparo das políticas fiscais revelam objetivos distintos da mera arrecadação de receita para o financiamento do Estado, entendimento preconizado na própria Constituição da República Portuguesa (“CRP”), no seu artigo 81.º alínea f), incumbindo prioritariamente ao Estado, no âmbito económico e social, «assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre as empresas, a contrariar as formas de organização monopolistas e a reprimir os abusos de posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral», revelando-se no facto de «o Estado estar obrigado a não provocar e a obstar que outros provoquem distorções na concorrência, cuja defesa como vimos, constitui mesmo uma incumbência prioritária do Estado português»¹⁴.

Para Paula Rosado Pereira, «embora a neutralidade possa ser vista sob diversas perspectivas, o seu ponto central é a ideia de uma eficiente alocação de recursos, enquanto forma de maximizar a eficiência económica»¹⁵. Razão pela qual o DFI deve considerar o impacto do tratamento fiscal das situações tributárias internacionais sobre as decisões de investimento e a afetação dos fatores de produção no plano internacional, sob o ponto de vista da neutralidade.

Assim, investidores e agentes económicos, procuram alocar os seus recursos considerando diferentes fatores, consoante o investimento em causa, porém, o nível de tributação a que os seus rendimentos ficarão sujeitos, é, sem dúvida, um dos aspetos fundamentais para a decisão de colocar tais recursos num Estado.

O fator “tributação” será tanto mais determinante na tomada de decisão, quanto mais for desmaterializado o tipo de investimento. Ou seja, se estivermos perante um investimento de aplicação de capitais, o aspeto fiscal será fundamental na localização desse investimento, na medida em que não terá peso na decisão, outros elementos tais como a mão de obra qualificada, preço de matérias primas, qualidade de infraestruturas, etc.

Nestes casos, facilmente se constata de que forma a tributação pode influenciar ou distorcer as decisões dos investidores, pondo em causa a neutralidade fiscal.

Refere, ainda, a autora que «em concretização de um princípio de neutralidade, o DFI 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

13 Morais, R. D. (2005). Imputação de Lucros de Sociedades Não Residentes Sujeitas a um Regime Fiscal Privilegiado. Porto: Publicações Universidade Católica. Pág. 159- 160.

14 Nabais, J. C. (2005). Por um Estado Fiscal Suportável - Estudos de Direito Fiscal. Coimbra: Almedina pág. 384.

15 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 pág. 210.

económicos. Todavia, tendo em conta o facto de os sistemas fiscais nacionais serem diferentes, parece inevitável que a sua interacção gere distorções. Não sendo, portanto, realista esperar atingir-se uma absoluta neutralidade dos regimes fiscais, o objectivo a prosseguir no contexto do DFI deve ser o de alcançar o maior grau possível de neutralidade, evitando introduzir factores adicionais de não neutralidade, para além daqueles que inevitavelmente decorrem da interacção entre os sistemas fiscais»¹⁶.

A neutralidade encontra-se intimamente relacionada com a eficiência, na medida em que se pretende a melhor afetação dos recursos, em termos económicos, com o mínimo de distorções provocadas pela tributação, devendo, ainda, considerar critérios de equidade no que concerne à repartição do poder de tributar entre os Estados, bem como situações relativas dos sujeitos passivos.

Richard Musgrave¹⁷, economista norte-americano, veio introduzir no plano da tributação internacional, duas perspetivas distintas na análise da neutralidade internacional, com a distinção entre neutralidade na exportação de capitais (*capital export neutrality* – CEN) e neutralidade na importação de capitais (*capital import neutrality* – CIN).

A neutralidade na exportação de capitais visa a aplicação, na esfera do sujeito passivo, de um tratamento fiscal idêntico, independentemente da localização da fonte dos rendimentos. Por outras palavras, os rendimentos obtidos por um sujeito passivo noutros Estados, devem ser tributados de forma similar aos rendimentos obtidos no Estado da residência. Desde modo, a tributação não será um fator de influência na decisão de investimento do sujeito passivo, pagando este o mesmo montante global de imposto, independente da fonte desse rendimento.

Desta forma, existindo neutralidade na exportação de capitais, verifica-se um incentivo para a deslocação dos investimentos de um país para outro, na medida em que os sujeitos passivos podem determinar a localização dos seus investimentos em função de perspetivas de maior rentabilidade, independentemente do seu regime fiscal. Assim, a neutralidade na exportação de capitais tem a vantagem de permitir, por um lado, um maior incentivo aos investimentos com base em razões puramente económicas e comerciais, e por outro, reduzir a evasão fiscal e a concorrência fiscal internacional.

Em contrapartida, a neutralidade na importação de capitais, visa a aplicação da mesma carga fiscal a todos os investidores que desenvolvam a sua atividade num determinado Estado, independentemente da sua residência fiscal. Logo, o conceito de neutralidade de importação de

¹⁶ 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 pág. 211.

¹⁷ Cfr. Vogel, K. (Janeiro de 2002). Which method should the European Community adopt for the avoidance of double taxation? Bulletin for International Fiscal Documentation, n.º 1 pág. 4, e também Vogel, K. (1988). Worldwide vs. source taxation of income - A review and re-evaluation of arguments (Part III). Intertax. pág. 311.

capitais, contempla um sistema de tributação na fonte, onde o Estado da fonte deve tributar o rendimento aí obtido por residentes e não residentes, de igual forma.

Face ao exposto, entende-se que a questão da neutralidade será perspectivada diferentemente pelos Estados, consoante se esteja perante um Estado predominantemente importador de capitais, ou, pelo contrário, um Estado predominantemente exportador de capitais.

1.2.2. Princípios operativos

Como vimos anteriormente, os princípios operativos apresentam-se como norteadores das normas e regimes consagrados no âmbito do DFI, podendo ser agrupados: (i) quanto à repartição entre os Estados do poder de tributar – nos quais se incluem o princípio da residência, o princípio da fonte, e o princípio do estabelecimento estável; (ii) quanto à amplitude do poder de tributar dos Estados – nos quais encontramos o princípio da universalidade, e o princípio da limitação territorial; e (iii) quanto a outros aspetos substanciais da tributação – em que temos o princípio da eliminação da dupla tributação no Estado da residência, o princípio da tributação como entidades independentes, o princípio da tributação distinta e sucessiva de sociedades e sócios, e o princípio da não-discriminação tributária.

Para efeitos da presente dissertação, faremos apenas uma sucinta abordagem aos princípios relacionados com a repartição entre os Estados do poder de tributar e a sua amplitude, finalizando com o princípio da eliminação da dupla tributação no Estado da residência.

1.2.2.1. O princípio da residência e o princípio da fonte – Elementos de conexão

Citando o ilustre professor Alberto Xavier, «O elemento de conexão é um dos instrumentos nucleares em torno do qual se articula toda a estrutura da norma de conflitos»¹⁸. De facto, o «elemento de conexão, é o elemento da previsão normativa que, fixando a “localização” de uma situação da vida num certo ordenamento tributário, tem como efeito típico determinar o âmbito de aplicação das leis desse ordenamento a essa mesma situação»¹⁹.

Estes elementos de conexão compreendem as relações ou ligações que se estabelecem entre as pessoas, os bens, e os factos, nos diversos ordenamentos jurídicos. Assim, falamos em elementos de conexão subjetivos quando estes se reportam ao titular do rendimento (a sua nacionalidade ou residência), e falamos em elementos de conexão objetivos quando estes se reportam ao facto tributável (a sua fonte de produção ou pagamento do rendimento, o local do exercício da atividade, o local da situação dos bens, o local do estabelecimento estável, o local de celebração de determinado contrato).

Esta diversidade de elementos de conexão resulta, grande parte das vezes, na dupla tributação internacional. Ainda assim, atualmente, verifica-se um crescente consenso a nível dos Estados e

¹⁸ Xavier, A. (2011). *Direito Tributário Internacional* (2ª ed.). Coimbra: Almedina pág. 203.

¹⁹ *Ibidem* pág. 204.

organizações internacionais, relativamente a dois princípios fundamentais no DFI, o princípio da tributação na fonte e princípio da tributação na residência. Podemos mesmo dizer que estes são princípios basilares do DFI, servindo de fundamento ao direito tributação dos Estados.

Este consenso entre Estados, concretizado em CDT, visa prevenir ou eliminar a dupla tributação internacional, por força da autolimitação do seu poder de tributar, o que resulta em perda de receitas.

Assim, perante uma situação tributaria internacional, recorre-se aos elementos de conexão para determinar em que Estado se localizam as atividades ou investimentos no qual o rendimento é gerado (Estado da fonte), e o local no qual reside o beneficiário do rendimento estrangeiro (Estado da residência).

Os princípios da fonte e da residência complementam-se, sendo ambos adotados tanto pela legislação nacional da maioria dos Estados, bem como pelas CDT, sem prejuízo da atribuição de preferência ao princípio da residência. Desta forma, não se verifica, geralmente, a uma atribuição exclusiva do direito de tributar ao Estado da fonte ou ao Estado da residência, mas sim apenas relativamente a tipos específicos de rendimento.

1.2.2.1.1 Princípio da residência

A tributação segundo o princípio da residência, consiste no poder que um Estado tem de tributar todos os seus residentes, independente do local originário do rendimento. Quer isto dizer que, os rendimentos auferidos, por um sujeito passivo, a nível global, são suscetíveis de tributação pelo Estado da residência desse sujeito passivo, com base numa conexão pessoal ou subjetiva.

Importa, ainda, referir que o conceito de residência diverge conforme se esteja perante pessoas singulares ou pessoas coletivas. Segundo a Convenção Modelo da OCDE ("CM da-OCDE") «a expressão "residente de um Estado contratante" significa qualquer pessoa que, por virtude da legislação desse Estado, está aí sujeita a imposto devido ao seu domicílio, à sua residência, ao local de direcção ou a qualquer outro critério de natureza similar, aplica-se igualmente a esse Estado e às suas subdivisões políticas ou autarquias locais. Todavia, esta expressão não inclui qualquer pessoa que está sujeita a imposto nesse Estado apenas relativamente ao rendimento de fontes localizadas nesse Estado ou ao património aí situado»²⁰. Verificamos, portanto, em primeiro lugar, uma remissão do conceito de residência para o ordenamento jurídico de cada Estado. Contudo, havendo um conflito de normas, a CM-OCDE, prevê, subsidiariamente, uma regra de "desempate", determinado que, por virtude das normas internas de cada Estado, se uma pessoa singular for residente de ambos os Estados, a situação será resolvida, hierarquicamente, pelo seguinte elenco²¹:

²⁰ Artigo 4º n.º 1 da CM OCDE.

²¹ Artigo 4º n.º 2 CM OCDE.

- a) Será considerada residente apenas do Estado em que tenha uma habitação permanente à sua disposição. Se tiver uma habitação permanente à sua disposição em ambos os Estados, será considerada residente apenas do Estado com o qual sejam mais estreitas as suas relações pessoais e económicas (centro de interesses vitais).
- b) Se o Estado em que tem o centro de interesses vitais não puder ser determinado ou se não tiver habitação permanente à sua disposição em nenhum dos Estados, será considerada residente apenas do Estado em que permanece habitualmente;
- c) Se permanecer habitualmente em ambos os Estados ou se não permanecer habitualmente em nenhum deles, será considerada residente apenas do Estado de que for nacional;
- d) Se for nacional de ambos os Estados ou não for nacional de nenhum deles, as autoridades competentes dos Estados contratantes resolverão o caso de comum acordo.

Quando o conflito se verifique com pessoas coletivas, será considerada residente apenas do Estado em que estiver situada a sua direção efetiva²².

Determinada a conexão pessoal ou subjetiva com o território, importa aferir a extensão do poder de tributar do Estado da residência. Ora, embora seja comumente reconhecida a legitimidade da tributação pelo Estado da residência, não há, contudo, um poder absoluto de tributar. Existe, pois, uma conjugação cumulativa desse poder de tributar do Estado da residência com o Estado da fonte relativamente a determinados rendimentos²³.

Alguns dos argumentos, referidos pela professora Paula Rosado Pereira, em prol da aplicação do princípio da residência vão no sentido de «que este permite alcançar uma neutralidade na exportação de capitais, evitando que as decisões sobre o local de realização dos investimentos sejam afetadas pelas diferenças de tributação existentes entre os Estados», bem como permite «uma tributação conforme com o princípio da capacidade contributiva, aferida em função de todos os rendimentos apurados por um sujeito passivo residente, independentemente da sua origem», assumindo que «apenas o Estado da residência estaria em condições de tributar o rendimento global do sujeito passivo e de atender às suas circunstâncias pessoais e familiares, no contexto de um imposto pessoal e com taxas progressivas de tributação do rendimento», e permite, ainda, a salvaguarda da obtenção de receitas tributárias, na perspetiva daqueles Estados predominantemente exportadores de capitais²⁴.

Por outro lado, alguns argumentos têm sido utilizados em desfavor do princípio da residência, mormente a maior facilidade de evasão fiscal e uso abusivo das CDT, na premissa de que é mais fácil alterar a residência do que a fonte dos rendimentos. Ou seja, permite que um sujeito passivo possa alterar a sua residência para outro Estado com tributação reduzida e beneficiar, desde modo, de

22 Artigo 4.º n.º 3 CM OCDE.

23 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 pág. 218.

24 *Ibidem* pág. 218 e 219.

regimes fiscais mais favoráveis. Ora, esta possibilidade é potenciadora de incentivar os residentes, especialmente empresas, a fixarem a sua residência noutros Estados, por forma a evitarem as taxas mais altas de tributação vigentes no respetivo Estado da residência.

Outro argumento contra a tributação no Estado da residência consiste no facto de esta poder afetar a competitividade dos investidores em países menos desenvolvidos, na medida em que estes verão o rendimento aí gerado sujeito às taxas do Estado de residência, por norma mais elevadas, desencorajando, desde modo, fluxos de capitais para esses países. Assim sendo, este argumento refuta, de certa forma, a ideia defendida *supra*, de que a tributação na residência asseguraria a neutralidade na exportação de capitais.

Da argumentação contra o princípio da residência resulta a crítica de que tributação do rendimento global no Estado da residência, combinada com a cedência de crédito pelo imposto pago no Estado da fonte, acabaria por não garantir a neutralidade na exportação e importação de capitais.

Ainda relativamente ao princípio da residência, podemos ver que, na perspetiva dos Estados predominantemente exportadores de capital (em regra, países desenvolvidos) poderá levar a um desincentivo ao investimento no estrangeiro, mesmo quando estes adotem taxas de tributação reduzidas, na medida em que, ao imposto reduzido pago no Estado da fonte, corresponderá um crédito (também ele reduzido) no Estado da residência. Contudo, o imposto final a suportar pelo investidor será o mesmo.

Por fim, no âmbito das CDT, verificamos que, na generalidade dos casos, a CM da OCDE, atribui ao Estado da residência o poder de tributar, umas vezes exclusivamente, outras em concorrência com o Estado da fonte²⁵, porém existe uma clara prevalência do princípio da residência.

1.2.2.1.2. Princípio da fonte

A tributação segundo o princípio da fonte, consiste no poder que um Estado tem de tributar todos os rendimentos aí obtidos, independentemente da residência dos titulares do rendimento. Quer isto dizer que, os rendimentos auferidos, por um sujeito passivo, num determinado Estado, são suscetíveis de tributação por esse mesmo Estado, com base numa conexão real ou objetiva. O princípio da fonte tem como conexão relevante o local da origem do rendimento, e é com base neste elemento de conexão que um Estado encontra a fundamentação para exercer o poder tributário.

Determinada a conexão real ou objetiva com o território, importa aferir a extensão do poder de tributar do Estado da fonte. Ora, embora, também, seja comumente reconhecida a legitimidade da tributação pelo Estado da fonte, traduzindo-se, normalmente, na aplicação de uma retenção na fonte sobre o valor do rendimento obtido, não há, contudo, um poder absoluto de tributar. Encontramos, aqui também, uma conjugação cumulativa desse poder de tributar do Estado da fonte com o Estado da residência relativamente a determinados rendimentos, não obstante, como vimos, as CDT e a CM da

25 Conforme podemos constatar nas normas reguladoras de competência (artigos 6º a 22º da CM OCDE).

OCDE atribuírem uma prevalência do princípio da residência, sendo, portanto, bastante restritos e relativos apenas a tipos de rendimento muito específicos, os casos de atribuição ao Estado da fonte de um direito exclusivo de tributação²⁶.

Importa referir que quando falamos em “fonte do rendimento”, consideramo-lo numa dupla aceção, *i.e.* fonte de produção e fonte de pagamento. A fonte do rendimento, em sentido estrito, é um conceito económico, intimamente ligado à sua produção, na medida em que existe um nexo causal direto entre o rendimento e o facto que o determina. A fonte de pagamento é um conceito financeiro, relacionada apenas com a origem dos rendimentos para o respetivo beneficiário, traduzindo, assim, a ideia de rendimento realizado.

Como argumentos em prol do princípio da fonte, encontramos, essencialmente, razões de equidade e justiça entre Estados. Como se sabe, os Estados menos desenvolvidos são, na sua maioria, Estados predominantemente importadores de capital, razão pela qual dependem fortemente da obtenção de receitas tributárias. O princípio da fonte permite salvaguardar essas receitas tributárias, com a tributação dos rendimentos gerados no seu território.

Por outro lado, há uma renúncia, por parte do Estado da residência, da receita tributária em virtude da tributação no Estado da fonte, nomeadamente através da cedência de isenções ou crédito de imposto. Considera-se, ainda assim, esta renúncia menos gravosa para o Estado da residência, do que a perda daquela receita pelo Estado da fonte, se tivermos em consideração que tendencialmente aquele é um Estado exportador de capitais.

O princípio da fonte vem ainda permitir a criação de incentivos fiscais, por forma a atrair investimento estrangeiro, gerando um acréscimo de receita tributária, bem como estimular a concorrência internacional.

Outro dos fundamentos relacionados com a tributação na fonte, reporta-se ao princípio do benefício. Ou seja, na disponibilização de serviços públicos, infraestruturas e mão de obra, do Estado da fonte, para a obtenção de rendimentos por parte do investidor, sendo, por essa razão, justa a sua participação, através dos impostos.

Outra das vantagens relacionadas com o princípio da fonte, reporta-se ao maior controlo e facilidade de cobrança conferido à administração tributária por força do mecanismo da retenção na fonte.

Em sentido contrário, há quem entenda que a tributação na fonte é vista como uma das principais barreiras à consagração de uma União Económica e Monetária plena, na medida em que têm sido diversas as medidas conducentes a eliminar a retenção na fonte, nomeadamente relativamente a dividendos, juros e royalties²⁷.

26 Artigo 19º da CM OCDE.

27 DIRECTIVA 2011/96/UE DO CONSELHO, de 30 de novembro de 2011 (relativa ao regime fiscal comum aplicável às sociedades-mães e sociedades afiliadas de Estados-Membros diferentes) e DIRECTIVA 2003/49/CE

O princípio da fonte tem ainda a desvantagem de não assegurar a neutralidade na exportação de capitais. Outro ponto desfavorável é a ausência de uma definição unitária de fonte de rendimento, o que pode originar inúmeros litígios. Naturalmente esse problema é atenuado pelo contributo da CM da OCDE, porém nem todos os Estados celebraram CDT.

1.2.2.2. Princípio do Estabelecimento Estável (“EE”)

Segundo Aberto Xavier²⁸, o conceito de EE «é um dos conceitos fulcrais em torno do qual se articula todo o Direito Fiscal Internacional, revestindo neste domínio alcance comparável com o conceito de domicílio no Direito Internacional Privado.»

Trata-se de um conceito que tem evoluído ao longo do tempo, tentando, de certa forma, acompanhar os desafios fiscais derivados do fenómeno da globalização e conseqüente ascensão das económicas e desenvolvimentos das tecnológicas de informação e comunicação (“TIC”).

Este princípio vem introduzir um certo equilíbrio entre o princípio da fonte e o princípio da residência, ou seja, por um lado, visa limitar a tributação exclusiva dos lucros das empresas pelo Estado da residência, conferindo uma competência cumulativa ao Estado da fonte nos casos em que tais lucros sejam imputáveis a um EE localizado nesse Estado. Por outro lado, visa restringir o princípio da fonte, na medida em que limita essa tributação aos lucros que sejam efetivamente imputáveis a um EE.

Por outras palavras, «o conceito de estabelecimento estável tem um papel fundamental na delimitação do poder de tributar do Estado da fonte, no que diz respeito a rendimentos empresariais, permitindo que estes só sejam objecto de tributação nesse Estado quando existirem laços económicos significativos entre a empresa e o referido Estado da fonte. Todavia, preenchido o requisito da existência desses laços económicos significativos com o Estado da fonte, corporizados na existência de um estabelecimento estável no seu território, o Estado da fonte fica legitimado para tributar o não residente de forma bastante semelhante à aplicável aos seus residentes.»²⁹

Encontramos essa repartição do poder de tributar no n.º 1 do artigo 7.º da CM da OCDE, «Os lucros de uma empresa de um Estado contratante só podem ser tributados nesse Estado, a não ser que a empresa exerça a sua atividade no outro Estado contratante por meio de um estabelecimento estável aí situado. Se a empresa exercer a sua atividade deste modo, os seus lucros podem ser tributados no outro Estado, mas unicamente na medida em que forem imputáveis a esse estabelecimento estável.»

DO CONSELHO de 3 de junho de 2003 (relativa a um regime fiscal comum aplicável aos pagamentos de juros e royalties efetuados entre sociedades associadas de Estados-Membros diferentes).

28 Xavier, A. (2011). Direito Tributário Internacional (2ª ed.). Coimbra: Almedina pág. 306 e 307.

29 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 pág. 234.

Encontramos, ainda, a definição de EE no artigo 5.º da CM da OCDE³⁰, bem como no artigo 5.º do CIRC³¹. Segundo Alberto Xavier, o conceito de EE decompõe-se num elemento estático e num

30 1. Para efeitos da presente Convenção, a expressão "estabelecimento estável" significa uma instalação fixa, através da qual a empresa exerça toda ou parte da sua atividade.

2. A expressão "estabelecimento estável" compreende, nomeadamente:

- a) Um local de direcção;
- b) Uma sucursal;
- c) Um escritório;
- d) Uma fábrica;
- e) Uma oficina;
- f) Uma mina, um poço de petróleo ou gás, uma pedreira ou qualquer local de extração de recursos naturais.

3. Um estaleiro de construção ou de montagem só constitui um "estabelecimento estável" se a sua duração exceder doze meses.

4. Não obstante as disposições anteriores deste artigo, a expressão "estabelecimento estável" não compreende:

- a) As instalações utilizadas unicamente para armazenar, expor ou entregar mercadorias pertencentes à empresa;
- b) Um depósito de mercadorias pertencentes à empresa, mantido unicamente para armazenar, expor ou entregar;
- c) Um depósito de mercadorias pertencentes à empresa, mantido unicamente para serem transformadas por outra empresa;
- d) Uma instalação fixa, mantida unicamente para comprar mercadorias ou reunir informações para a empresa;
- e) Uma instalação fixa, mantida unicamente para exercer, para a empresa, qualquer outra atividade de carácter preparatório ou auxiliar;
- f) Uma instalação fixa, mantida unicamente para o exercício de qualquer combinação das atividades referidas nas alíneas a) a e), desde que a atividade de conjunto da instalação fixa desta combinação seja de carácter preparatório ou auxiliar.

5. Não obstante o disposto nos n.ºs 1 e 2, quando uma pessoa - que não seja um agente independente, a quem é aplicável o n.º 6 - atue por conta de uma empresa e tenha e habitualmente exerça num Estado contratante poderes para concluir contratos em nome da empresa do outro Estado contratante será considerado que esta empresa tem um estabelecimento estável no primeiro Estado mencionado relativamente a qualquer atividade que essa pessoa exerça, a não ser que as atividades de tal pessoa se limitem às indicadas no n.º 4, as quais, se fossem exercidas através de uma instalação fixa, não permitiriam considerar que esta instalação fixa como um estabelecimento estável, de acordo com as disposições desse número.

6. Não se considera que uma empresa tem um "estabelecimento estável" num Estado contratante pelo simples facto de exercer a sua atividade nesse Estado por intermédio de um corretor, de um comissário-geral ou de qualquer outro agente independente, desde que essa pessoa atue no âmbito normal da sua atividade.

7. O facto de uma sociedade residente de um Estado contratante controlar ou ser controlada por uma sociedade residente do outro Estado contratante ou que exerça a sua atividade nesse outro Estado (quer seja através de um estabelecimento estável, quer de outro modo) não é, por si só, bastante para fazer de qualquer dessas sociedades estabelecimento estável da outra.

31 1 — Considera-se estabelecimento estável qualquer instalação fixa através da qual seja exercida uma actividade de natureza comercial, industrial ou agrícola.

2 — Incluem-se na noção de estabelecimento estável, desde que satisfeitas as condições estipuladas no número anterior:

-
- a) Um local de direcção;
 - b) Uma sucursal;
 - c) Um escritório;
 - d) Uma fábrica;
 - e) Uma oficina;
 - f) Uma mina, um poço de petróleo ou de gás, uma pedreira ou qualquer outro local de extracção de recursos naturais situado em território português.

3 — Um local ou um estaleiro de construção, de instalação ou de montagem, as actividades de coordenação, fiscalização e supervisão em conexão com os mesmos ou as instalações, plataformas ou barcos de perfuração utilizados para a prospecção ou exploração de recursos naturais só constituem um estabelecimento estável se a sua duração e a duração da obra ou da actividade exceder seis meses.

4 — Para efeitos de contagem do prazo referido no número anterior, no caso dos estaleiros de construção, de instalação ou de montagem, o prazo aplica-se a cada estaleiro, individualmente, a partir da data de início de actividade, incluindo os trabalhos preparatórios, não sendo relevantes as interrupções temporárias, o facto de a empreitada ter sido encomendada por diversas pessoas ou as subempreitadas.

5 — Em caso de subempreitada, considera-se que o subempreiteiro possui um estabelecimento estável no estaleiro se aí exercer a sua actividade por um período superior a seis meses.

6 — Considera-se que também existe estabelecimento estável quando uma pessoa, que não seja um agente independente nos termos do n.º 7, actue em território português por conta de uma empresa e tenha, e habitualmente exerça, poderes de intermediação e de conclusão de contratos que vinculem a empresa, no âmbito das actividades desta.

7 — Não se considera que uma empresa tem um estabelecimento estável em território português pelo simples facto de aí exercer a sua actividade por intermédio de um comissionista ou de qualquer outro agente independente, desde que essas pessoas actuem no âmbito normal da sua actividade, suportando o risco empresarial da mesma.

8 — Com a ressalva do disposto no n.º 3, a expressão «estabelecimento estável» não compreende as actividades de carácter preparatório ou auxiliar a seguir exemplificadas:

- a) As instalações utilizadas unicamente para armazenar, expor ou entregar mercadorias pertencentes à empresa;
- b) Um depósito de mercadorias pertencentes à empresa mantido unicamente para as armazenar, expor ou entregar;
- c) Um depósito de mercadorias pertencentes à empresa mantido unicamente para serem transformadas por outra empresa;
- d) Uma instalação fixa mantida unicamente para comprar mercadorias ou reunir informações para a empresa;
- e) Uma instalação fixa mantida unicamente para exercer, para a empresa, qualquer outra actividade de carácter preparatório ou auxiliar;
- f) Uma instalação fixa mantida unicamente para o exercício de qualquer combinação das actividades referidas nas alíneas a) a e), desde que a actividade de conjunto da instalação fixa resultante desta combinação seja de carácter preparatório ou auxiliar.

9 — Para efeitos da imputação prevista no artigo seguinte, considera-se que os sócios ou membros das entidades nele referidas que não tenham sede nem direcção efectiva em território português obtêm esses rendimentos através de estabelecimento estável nele situado.

elemento dinâmico. Na qual o elemento estático exprime a “organização” através da qual é exercida uma determinada atividade, e o elemento dinâmico exprime a atividade propriamente dita³². Ora, sendo tais elementos cumulativos, não haverá EE se a organização não exercer atividade, bem como, não haverá EE se a entidade não residente exercer uma atividade sem que para tal haja uma “organização” nesse território.

O conceito de EE vem permitir a identificação de organizações ou estruturas empresariais utilizadas no desenvolvimento de atividades económica com carácter de regularidade em determinado território, determinando a respetiva tributação nesse território, em termos similares aos aplicáveis a entidades residentes, baseada num nexo pessoal de conexão.

Paula Rosado Pereira fala, ainda, num tipo específico de não residente, “o não residente com estabelecimento estável”, cujas características e presença no território do Estado da fonte são similares (mas não iguais) às dos seus residentes³³.

Não obstante as tentativas de acompanhar a evolução da economia e os avanços tecnológicos, designadamente nas áreas da informação e comunicação, é, atualmente, pacífico que conceito de EE se encontra desajustado face às novas formas de obtenção de rendimentos pelas empresas.

Trata-se de um conceito fundamental para determinar a legitimidade de tributar num determinado Estado, porém, as suas regras foram pensadas e elaboradas para um contexto internacional bastante distinto daquele em que hoje vivemos.

Até então, a presença física num determinado território era condição fundamental para o exercício de uma atividade comercial. Não surpreendendo, por isso, que tenha sido esse o critério escolhido para revelar a existência de uma relação económica substancial entre uma entidade e um determinado Estado, justificativa da atribuição a este de poder tributário sobre aquela.

Todavia, por força da crescente digitalização económica, novos modelos de negócio surgiram à boleia do desenvolvimento das TIC, e especialmente do comércio eletrónico. Tornando o critério da presença física cada vez menos relevante. É hoje perfeitamente normal, e até bastante comum, que uma empresa obtenha, reiteradamente, rendimentos avultados num determinado mercado, sem necessidade de aí ter qualquer presença física. Razão pela qual, podemos afirmar que o conceito de EE se encontra inapto para acomodar os novos modelos de negócio proporcionado pela digitalização da economia.

32 Xavier, A. (2011). *Direito Tributário Internacional* (2ª ed.). Coimbra: Almedina pág. 311.

33 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 pág. 235.

1.2.2.3. Princípio da universalidade e princípio da limitação territorial

O princípio da universalidade consagra a ideia de que um residente (pessoa singular ou coletiva) num determinado Estado, deve ser tributado não só pelos rendimentos ali auferidos como também por quaisquer outros obtidos no estrangeiro (*worldwide income* na terminologia anglo saxónica). Há, portanto, uma extensão do poder de tributar desse Estado, através da norma de incidência nacional. De notar que no ordenamento jurídico português, a regra é a da tributação universal.

Mas nem sempre será assim, existem determinados sistemas fiscais nos quais se impõe aos seus residentes uma obrigação tributária limitada aos rendimentos de fonte interna, não sendo tributados, pelo Estado da residência, os rendimentos auferidos no estrangeiro pelos seus residentes ou certas categorias de residentes. Em Portugal existe, de facto, uma categoria de residentes, abrangidos pelo regime denominado “Residência Não Habitual”, que vêm certas categorias de rendimentos estrangeiros estarem isentos de tributação em Portugal, desde que reunidos determinados pressupostos.

Ora relativamente ao Estado da fonte, a ideia passa pela tributação dos não residentes naqueles rendimentos que sejam ali auferidos. Há, portanto, uma obrigação tributária limitada àqueles rendimentos gerados naquele território, também designado por princípio da limitação territorial.

1.2.2.4. Princípio da eliminação da dupla tributação no estado da residência

Como vimos, as normas reguladoras de competência para tributar, previstas nos artigos 6.º a 22.º da CM da OCDE, não raras vezes permitem que o rendimento seja simultaneamente tributado no Estado da fonte e no Estado da residência. Quando assim é, cabe ao Estado da residência a responsabilidade de eliminar essa situação de dupla tributação.

É hoje consensual, no DFI, o recurso a dois métodos para eliminar uma situação de dupla tributação internacional: o método da isenção, e o método de imputação, ou crédito de imposto. Podemos dizer que estes métodos complementam os outros mecanismos previstos na CM da OCDE para eliminar a dupla tributação. Falamos, pois, das próprias normas de reguladoras da competência para tributar *supra* referidas, na medida em que estas serão a primeira fase da eliminação da dupla tributação, e tão só quando não seja possível essa eliminação, recorreremos aos métodos da isenção e crédito de imposto.

O método da isenção vem previsto no artigo 23.º-A da CM da OCDE³⁴, nos termos do qual, o Estado da residência deve isentar de imposto os rendimentos auferidos no outro Estado contratante

34 Artigo 23.º-A Método de isenção 1. Com ressalva do disposto nos n.ºs 2 e 3, quando um residente de um Estado contratante obtiver rendimentos ou for proprietário de património que, de acordo com o disposto na Convenção, possam ser tributados no outro Estado contratante, o primeiro Estado mencionado isentará de imposto esses rendimentos ou esse património. 2. Quando um residente de um Estado contratante obtiver rendimentos que, de

que, de nos termos da Convenção, possam ser tributados nesse outro Estado contratante. Esta isenção poderá ser integral ou progressiva.

A isenção com progressividade prevê que o Estado da residência deve isentar de impostos os rendimentos que, nos termos previstos na Convenção, possam ser tributados no outro Estado contratante, porém, poderá considerar tais rendimentos isentos, para efeitos de determinação do imposto final a suportar pelo contribuinte no Estado da residência, em sede de Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares (“IRS”) ou Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas (“IRC”).

Outro aspeto fundamental relativamente ao método da isenção, é de que, relativamente a determinadas categorias de rendimentos, não é exigida uma tributação efetiva por parte daquele outro Estado contratante ao qual é atribuído o direito de tributar. Quer isto dizer que a isenção será concedida pelo Estado da residência, ainda que tais rendimentos não tenham efetivamente sido tributados no Estado da fonte (seja por ausência de norma de incidência ou atribuição de alguma isenção na legislação interna desse Estado).

O método de crédito de imposto encontra-se previsto no artigo 23.º-B da CM da OCDE³⁵, nos termos do qual o Estado da residência tributa o rendimento global do contribuinte, incluindo aquele auferido no estrangeiro, mas permitindo a respetiva dedução do imposto pago no Estado da fonte.

acordo com as disposições dos Artigos 10.º e 11.º, possam ser tributados no outro Estado contratante, o primeiro Estado mencionado deduzirá do imposto sobre os rendimentos desse residente uma importância igual ao imposto pago nesse outro Estado. A importância deduzida não poderá, contudo, exceder a fracção do imposto, calculado antes da dedução correspondente aos rendimentos auferidos nesse outro Estado. 3. Quando um residente de um Estado contratante obtiver rendimentos ou for proprietário de património que, de acordo com o disposto nesta Convenção, forem isentos de imposto neste Estado, este Estado poderá, contudo, ao calcular o quantitativo do imposto sobre os outros rendimentos ou património desse residente, ter em conta os rendimentos ou o património isentos. 4. O disposto no artigo 1.º não é aplicável aos rendimentos obtidos ou ao património possuído por um residente de um Estado contratante quando o outro Estado contratante aplica as disposições da convenção para isentar de imposto esse rendimento ou esse património, ou as disposições do número 2 do artigo 10.º ou do artigo 11.º ao referido rendimento.

35 Artigo 23.º-B Método de imputação 1. Quando um residente de um Estado contratante obtiver rendimentos ou for proprietário de património que, de acordo com o disposto na Convenção, possam ser tributados no outro Estado contratante, o primeiro Estado mencionado deduzirá: a) do imposto sobre os rendimentos desse residente uma importância igual ao imposto sobre o rendimento pago nesse Estado; b) do imposto sobre o património desse residente, uma importância igual ao imposto sobre o património pago nesse outro Estado. Em ambos os casos, a importância deduzida não poderá, contudo, exceder a fracção do imposto sobre o rendimento ou do imposto sobre o património, calculado antes da dedução, correspondente ao rendimento ou património que, consoante o caso, pode ser tributado nesse outro Estado. 2. Quando um residente de um Estado contratante obtiver rendimentos ou for proprietário de património que, de acordo com o disposto na Convenção, forem isentos de imposto neste Estado, este Estado poderá, contudo, ao calcular o quantitativo do imposto sobre os outros rendimentos ou património desse residente, ter em conta os rendimentos ou o património isentos.

Assim, os rendimentos que, nos termos previstos na Convenção, possam ser tributados no outro Estado contratante (da fonte), o Estado da residência deduzirá do imposto sobre os rendimentos do contribuinte uma importância igual ao imposto sobre o rendimento pago no Estado da fonte. Todavia, a importância deduzida não poderá exceder a fração do imposto sobre o rendimento, calculado antes da dedução, correspondente ao rendimento que pode ser tributado nesse no Estado da fonte.

Desta limitação, retiramos que o Estado da residência, nunca sofreria uma perda de receita superior àquela decorrentes do método da isenção progressiva.

Este método de crédito de imposto, importa, ainda, duas consequências importantes. Desde logo, permite um efeito neutralizador das políticas fiscais do Estado da fonte (através das quais são consagradas taxas reduzidas de imposto por forma a atrair investimento de capital estrangeiro), na medida em que apenas permite a dedução do imposto efetivamente pago nesse Estado, o que significa que o restante rendimento será tributado no Estado da residência, eliminado, desta forma, um eventual impacto efetivo na esfera do contribuinte que poderia advir das reduzidas taxas de imposto praticadas no Estado da fonte,

Capítulo 2 – A economia digital

2.1. Introdução

Longínquo que é o tempo em que os mercados comerciais assentavam, fundamentalmente, em trocas dentro dos próprios Estados. Hoje, assistimos à proliferação de relações comerciais internacionais, circulação de mercadorias, pessoas e capitais, ou seja, a uma verdadeira globalização da economia.

Quando falamos em globalização económica referimo-nos à progressiva interdependência das economias mundiais fruto da crescente escala do comércio transfronteiriço de mercadorias e serviços, fluxo de capital internacional e exponencial disseminação das tecnologias.

A célere globalização da economia mundial nos últimos anos é fortemente impulsionada pelo veloz desenvolvimento da ciência e das tecnologias, reduzindo drasticamente os custos de transportes e comunicação.

O efeito desta vertiginosa evolução tecnológica, sobretudo ao nível das TIC, veio, por um lado, estimular e intensificar a livre circulação de capitais, pessoas e bens, e por outro, suprir, gradualmente, as barreiras comerciais, impulsionando, cada vez mais, o esboço de um mercado universal de bens e serviços, encurtando distâncias espaciais e temporais.

Por força da evolução das TIC, surgiram novos métodos de trabalho, novos modelos de negócio, bem como um novo mundo de oportunidades.

São as EMN as principais impulsionadoras da globalização económica, através da sua organização e coordenação de produção à escala global e alocação de recursos, com base no princípio da maximização do lucro³⁶.

Na sequência da crescente integração económica, muitas EMN passaram, também, a organizar os seus negócios tendo como um dos principais objetivos a diminuição da carga fiscal, através da exploração de oportunidades – legais - criadas pela desarticulação entre os sistemas fiscais domésticos, tradicionalmente construídos, e a realidade global³⁷.

O objetivo destas empresas consiste num meticuloso planeamento da sua poupança fiscal, ainda que de forma totalmente legal. De facto, esta interação de normas fiscais aplicadas pelos diversos sistemas fiscais potenciam a criação de atritos e lacunas, nomeadamente situações de dupla tributação ou dupla não tributação, para as empresas que operam num contexto transfronteiriço.

³⁶ CDP Background Paper No. 1 ST/ESA/2000/CDP/1 2000 Economic Globalization: Trends, Risks and Risk Prevention Gao Shangquan, em

https://www.un.org/en/development/desa/policy/cdp/cdp_background_papers/bp2000_1.pdf

³⁷ Pires, R. C. (2018). Manual de Direito Internacional Fiscal. Coimbra: Almedina pág, 20.

Desde a década de 1920, reconhece-se que as interações dos diversos sistemas fiscais domésticos podem originar sobreposições no exercício de direitos fiscais que, por sua vez, podem resultar em situações de dupla tributação. Razão pela qual, desde então, os Estados têm envidado esforços para eliminar essa dupla tributação³⁸, por forma a minimizar distorções comerciais e impedimentos ao crescimento económico sustentável, nomeadamente através de CDT, mantendo, ao mesmo tempo, o seu direito soberano de estabelecer as suas próprias normas fiscais.

Com o tempo, tais medidas revelaram-se, também elas, ineficazes, não só pelos esforços levados a cabo pelas empresas no desenvolvimento de esquemas cada vez mais complexos e sofisticados de planeamento fiscal, por forma a evitar ou reduzir a sua tributação, mas também pelo facto das normas fiscais domésticas de tributação internacional e acordos internacionais padronizados, encontrarem-se conjeturadas para um ambiente económico caracterizado pelo reduzido nível de integração económica transfronteiriça.

O desenvolvimento e evolução das TIC resultaram num processo de transformação das formas tradicionais de comércio e de comunicação, abrindo a porta para a digitalização da economia. Esta digitalização é marcada pela desmaterialização e pela intangibilidade do processo comercial, bem como a reduzida necessidade de presença física.

Como se facilmente se percebe, com a ascensão da economia digital, intensificaram-se, por um lado, e criaram-se, por outro, grandes desafios à tributação internacional.

Cientes desta problemática, instituições como a Comissão Europeia (“CE”)³⁹ e a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (“OCDE”)⁴⁰ têm vindo a estudar os desafios proporcionados pela económica digital, bem como analisar possíveis soluções.

2.2. Principais características da economia digital

Segundo o relatório de peritos da Comissão Europeia⁴¹, tem sido difícil definir o que é que constitui a economia digital, por força da constante evolução das TIC e difusão da economia digital por

38 Através de princípios desenvolvidos pela Sociedade das Nações, também conhecida como Liga das Nações (organização internacional, idealizada em 28 de abril de 1919, em Versalhes, nos subúrbios de Paris, onde as potências vencedoras da Primeira Guerra Mundial se reuniram para negociar um acordo de paz)

39 A Comissão Europeia é o órgão executivo da UE, sendo politicamente independente. É responsável pela elaboração de propostas de novos atos legislativos europeus e pela execução das decisões do Parlamento Europeu e do Conselho da UE. Representa a UE a nível internacional.

40 A OCDE é uma organização económica intergovernamental com 37 países membros, fundada em 1961 para estimular o progresso económico e o comércio mundial. É um fórum de países que se descrevem comprometidos com a democracia e a economia de mercado, oferecendo uma plataforma para comparar experiências políticas, buscar respostas para problemas comuns, identificar boas práticas e coordenar as políticas domésticas e internacionais de seus membros.

41 Comissão Europeia. (2014). Report of the Commission Expert Group on Taxation of the Digital Economy.

todos os sectores economia tradicional, no entanto, ficou assente de que a economia digital não pode ser tratada como um sector autónomo no que respeita à sua tributação. Não obstante, foi possível verificar a presença de determinadas características que, embora possam não estar simultaneamente presente em todos os negócios, apresentam uma potencial relevância a nível tributário. Deste modo, o referido relatório do grupo de peritos da Comissão Europeia identifica três características essenciais da economia digital: a mobilidade; os efeitos de rede; e a importância da informação.

Por seu turno, a OCDE, no relatório da ação 1 - *Addressing Base Erosion and Profit Shifting* (“BEPS”)⁴², acrescenta, ainda, um segundo grupo de características, igualmente essenciais: a existência de modelos de negócios multifacetados, a tendência para o monopólio/oligopólio e a volatilidade.

Vejamos com mais pormenor cada uma dessas características.

2.2.1. A mobilidade

A economia digital trouxe um nível de mobilidade sem precedentes, permitindo uma valorização dos bens intangíveis face aos de produção física. A digitalização abriu a porta ao desenvolvimento de novos produtos e serviços, bem como influenciou a desmaterialização do comércio tradicional, a título de exemplo, temos os livros, jornais, filmes, música, jogos, e tantos outros. Os serviços também foram alvo de desmaterialização, pense-se por exemplo nas viagens, longe vai o tempo em que quem quisesse comprar uma viagem para determinado país, tinha que se deslocar a uma loja física (agência de viagens) para escolher o seu destino, consultar preços, e pagar. Nesta e em tantas outras áreas, está tudo à distância de um “*click*”. Evidentemente que esta desmaterialização veio permitir, por um lado, a redução dos custos da empresa, seja com a manutenção de um estabelecimento físico, seja com trabalhadores, e, por outro, chegar a novos mercados com custos reduzidos.

A digitalização tornou os ativos intangíveis mais importantes que a produção física; na medida em que um produto digital pode ser replicado quase sem custo. Uma vez desenvolvido o produto, o local de desenvolvimento é onde o valor geralmente é criado. A sua distribuição ou disponibilização opera-se a custos reduzidos e o valor permanece com os direitos de reprodução, quer seja pela utilização de uma patente, uma marca, ou direitos autorais.

A mobilidade geográfica destes produtos aumentou significativamente, uma vez que o custo de armazenamento e transporte de produtos digitais é praticamente nulo. Isso permite que as empresas operem em mercados de qualquer lugar do mundo, expondo mercados e empresas locais a concorrência adicional. Como consequência, as administrações fiscais podem observar uma degradação das suas receitas fiscais, resultado da dificuldade em cobrar impostos indiretos, por um lado, e por outro lado, pela inexistente presença física para cobrar impostos diretos.

⁴² 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/taxchallenges-digital-economy-discussion-draft-march-2014.pdf>

2.2.2. Os efeitos de rede

Relacionado com a mobilidade, os efeitos de rede constituem uma importante característica da economia digital.

O efeito de rede é o resultado que a quantidade de usuários tem sobre o valor de um bem ou serviço, ou seja, quando o efeito de rede está presente, o benefício de um produto ou serviço aumenta conforme o número de usuários também aumenta.

Um exemplo clássico é o telefone. Quanto mais telefones as pessoas possuem, mais valioso se torna o uso do telefone para cada proprietário. Isso cria uma externalidade positiva porque um utilizador pode comprar um telefone sem a intenção de criar valor para os outros utilizadores, mas acaba por fazê-lo de qualquer forma.

Ora, sabendo que vez que a margem de concorrência no preço é limitada, a concorrência ocorre na qualidade e utilidade dos produtos, permitindo preços acima do custo marginal.

Assim, as empresas digitais procuram inovar, a fim de criar melhores ou novas linhas de produtos, já que pequenas diferenças na qualidade podem fazer com que milhões de consumidores mudem, traduzindo-se em diferenças de lucro potencialmente enormes. Este modelo "*winner takes it all*", em que as empresas competem dinamicamente pelo mercado (ou seja, definindo novos mercados por meio de produtos inovadores), e não no mercado (ou seja, aumento da participação no mercado), potencia a criação de monopólios e elevada volatilidade.

O modelo "*winner takes it all*" é particularmente visível na criação de plataformas dominantes por meio de efeitos de rede, em que os consumidores desfrutam de mais utilidade de um produto, à medida que outras pessoas o usam.

A título de exemplo, pense-se nas redes sociais, Facebook, Instagram ou Twitter, a sua sobrevivência depende do seu número de utilizadores, tornando-se tanto mais atrativas quanto mais utilizadores aderirem. O utilizador não adere à rede com o intuito de gerar valor para a empresa, mas fá-lo inconscientemente. Podemos encontrar outros exemplos flagrantes do efeito de rede nas mais diversas aplicações moveis, pense-se na *Zoomato*, em que um utilizador, antes de decidir por um restaurante, verifica que avaliação fazem outros utilizadores, no mesmo sentido temos o *Airbnb*, em que o utilizador verifica a avaliação de outros utilizadores antes de escolher um alojamento para férias.

Desde modo, os efeitos de rede aumentam o valor de mercado das empresas, e por isso, não é de estranhar que estas fomentem tais efeitos através da implementação de políticas incentivadoras de interação, como adesões gratuitas, descontos, ou outras vantagens. Contudo, esta criação de valor é dificilmente quantificável.

2.2.3. A importância da informação

As TIC permitiram reduzir drasticamente o custo de recolha, armazenamento e análise de dados, para as empresas, e, conseqüentemente, reduzir custos de transação, muitos dos quais relacionados com informações, o que possibilitou a realização de um maior número de transações no mercado. Permitiram ainda reduzir custos para os consumidores em termos de preço e escolha, através do surgimento de mercados *on-line* concorrentes, oferecendo uma ampla gama de produtos.

As TIC vieram ainda permitir a recolha de elevada quantidade de dados (“*Big Data*”), com base no comportamento dos consumidores, seja através de *clicks* no *website*, compras *online*, pesquisas nos diversos motores de busca, entre outros, e dotou as empresas da capacidade de segmentar produtos e serviços às necessidades ou interesses específicos de cada utilizador. A digitalização permite que as empresas aumentem a competitividade, atendendo às necessidades individuais dos clientes com mais precisão e otimizando as cadeias de valor.

2.2.4. Os modelos de negócio multifacetados

Segundo a OCDE⁴³, um negócio multifacetado é aquele que se baseia num mercado no qual múltiplos grupos distintos de pessoas interagem por meio de um intermediário ou plataforma, e as decisões de cada grupo afetam o resultado para os outros grupos por meio de uma externalidade positiva ou negativa. Num modelo de negócios multifacetado, os preços cobrados dos membros de cada grupo refletem os efeitos dessas externalidades. Se as atividades de um lado criarem uma externalidade positiva para o outro lado, os preços desse outro lado podem ser aumentados.

Temos como exemplo típico de modelo de negócio multifacetado, com externalidades positivas para diferentes lados, o desenvolvimento de um sistema operativo, este será tanto mais valioso para os seus utilizadores finais, quantos mais forem os programadores a desenvolvem *software* para aquele sistema operativo, e, por outro lado, quantos mais utilizadores (ou seja, quantos mais potenciais compradores de software) mais valioso se torna para esses programadores.

Por outro lado, como exemplo típico de modelo de negócio multifacetado, com externalidades negativas de um lado para o outro, é o da publicidade. Imagine-se uma empresa que atrai um utilizador oferecendo conteúdo gratuito, ou a custo reduzido, televisivo, de rádio, jornais online, etc., mas ao mesmo tempo apresenta anúncios periódicos aos seus utilizadores, criando receita pela utilização do espaço para fins publicitários, e criando, ainda, um valor acrescentado pela recolha de informações dos seus utilizadores, que poderá ser vendida, ou utilizada para redirecionar a oferta de produtos e serviços.

43 Obtido em <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264218789-7-en.pdf?expires=1603553308&id=id&accname=guest&checksum=EA29E77D697A4E043DFD460359D1A190>

2.2.5. A tendência para monopólio

Em alguns mercados, os efeitos de rede combinados com os reduzidos custos de implementação, podem permitir a que uma empresa alcance uma posição dominante num curto espaço de tempo. A entrada num determinado mercado com um produto/serviço inovador, alicerçada aos efeitos de rede, permitem a que uma empresa possa atinja, num curto período temporal, uma posição dominante nesse mercado, a qual poderá ser, ainda, potenciada pelo registo de patentes ou outros direitos de propriedade intelectual, criando, desta forma, barreiras de entrada para eventuais concorrentes. Não obstante a sua volatilidade, as empresas tendem a alavancar essa posição de mercado para garantir o domínio.

2.2.6. A volatilidade

Apesar desta tendência para o monopólio, na prática verificamos que, por força da constante evolução das TIC, criação de novos modelos de negócio digitais e reduzidas barreiras de entrada, num curto período de tempo, as empresas que pareciam controlar uma parte substancial do mercado e desfrutavam de uma posição dominante, perdem rapidamente essa posição para concorrentes que construíram os seus negócios com tecnologia mais avançada, ou com uma proposta de valor mais atrativa ou até mesmo um modelo de negócio mais sustentável.

Desde modo, são poucas empresas que conseguem manter o sucesso durante um longo prazo, e, para o fazerem, normalmente têm que investir recursos substanciais em pesquisa e desenvolvimento, bem como adquirir “*start-ups*” com ideias inovadoras, lançando novos recursos e novos produtos, e modificando os modelos de negócios para alavancar sua posição de mercado e manter o domínio no mercado.

Apresentadas aquelas que julgamos serem as principais suas características, veremos de seguida em que medida a economia digital promove oportunidades de erosão da base tributável e deslocalização de lucros.

2.3. A economia digital como promotora de BEPS e desafios de tributação

O desenvolvimento e evolução das TIC alteraram a forma como as empresas comercializam os seus produtos e serviços, para trás ficaram os métodos tradicionais de comércio e comunicação, o que resultou na digitalização da economia.

Verificou-se um aumento exponencial de operações comerciais através do comércio eletrónico por parte das empresas, na medida em que este permite uma redução de custos, bem como operar em mercados que de outra forma não seria possível sem uma presença física, e fá-lo através de serviços

de pagamento online, lojas virtuais de aplicativos, serviços de computação em nuvem (“*Cloud computing*”) e plataformas em rede⁴⁴.

As TIC alteraram o paradigma dos negócios redefinindo as cadeias de valor e introduzindo novos conceitos de negócio, influenciando todos os sectores da economia. Contudo, esta digitalização da economia, fruto da inovação tecnológica, e consequente expansão dos mercados, vieram levantar grandes desafios à capacidade do DFI em lidar com as novas estruturas de negócio.

2.4. A economia digital e o planeamento fiscal

Aqui chegados, entendemos ser, para efeitos da presente dissertação, fundamental o escrutínio de alguns conceitos indissociáveis ao tema que nos ocupa. Um desses conceitos é o planeamento fiscal agressivo.

O planeamento fiscal insere-se na esfera da liberdade do contribuinte, legitimado pela livre iniciativa económica das pessoas singulares e coletivas, com vista a reduzir e/ou eliminar o pagamento de impostos.

Para Diogo Leite de Campos o planeamento fiscal é um direito fundamental, onde o contribuinte tem em vista diminuir o imposto a pagar de acordo com a lei existente na altura da prática do facto tributário. Segundo o mesmo autor «a prevenção ou gestão fiscal, entendida como a inclusão do fator fiscal nos motivos das escolhas, nada tem em si mesmo de censurável»⁴⁵.

Para Saldanha Sanches «O planeamento fiscal consiste numa técnica de redução da carga fiscal pela qual o sujeito passivo renuncia a um certo comportamento por este estar ligado a uma obrigação tributária ou escolhe, entre as várias soluções que lhe são proporcionadas pelo ordenamento jurídico, aquela que, por acção intencional ou omissão do legislador fiscal, está acompanhada por menos encargos fiscais»⁴⁶.

Contudo, a falta de uma definição inequívoca, bem como a sua variação de sistema jurídico para sistema jurídico, constitui a primeira grande dificuldade na análise do planeamento fiscal dos contribuintes.

Ainda assim, podemos reduzir a três, os tipos de comportamento que o contribuinte pode assumir com vista à diminuição da sua carga fiscal:

⁴⁴ OCDE. (2014). BEPS Action 1: Address the tax challenges of the Digital Economy, Public Discussion Draft. OCDE publishing pág. 74.

⁴⁵ Campos D. L. e Campos M. H. (2000). Direito tributário, Reimpressão da 2.ª edição, Coimbra, Almedina, pág. 166.

⁴⁶ Sanches, S. (2006). Os Limites do Planeamento Fiscal, Substância e Forma no Direito Fiscal Português, Comunitário e Internacional pág. 21.

- (i) “*Intra legem*” (planeamento / gestão fiscal) - quando a poupança fiscal é expressa ou implicitamente desejada pelo legislador que estabelece exclusões tributárias, deduções específicas, abatimentos à matéria coletável personalizadas, ou isenções fiscais, zonas francas, etc.;
- (ii) “*Extra legem*” – (elisão fiscal) quando a poupança fiscal é obtida através da utilização de negócios jurídicos que não estão previstos nas normas de incidência fiscal e/ou que, estando previstos nessas normas, têm um regime menos oneroso; e
- (iii) “*Contra legem*” – (evasão fiscal) quando a poupança fiscal resulta da prática de atos ilícitos.

Os comportamentos designados “*contra legem*”, ou atos de evasão fiscal, não suscitam grandes dúvidas de interpretação, na medida em que são expressamente proibidos pelo ordenamento jurídico e sujeitos a sanções criminais e contraordenacionais.

Segundo Marta Caldas, é no limbo dos atos *extra* e *intra legem* que se poderá encontrar o planeamento fiscal agressivo. Segundo a autora, o planeamento fiscal agressivo «surge como um comportamento legal e admissível fiscalmente do contribuinte com vista a minimizar a sua carga fiscal, baseado numa não previsão por parte do legislador fiscal ou em incongruências das normais fiscais, não isentos de juízos valorativos»⁴⁷.

Para Ana Paula Dourado, o planeamento fiscal agressivo é um conceito chapéu, que abarca a elisão fiscal e as lacunas provocadas pela interação entre diversos ordenamentos jurídicos⁴⁸. De facto, as EMN procuram reduzir a sua carga fiscal através da influência sobre os elementos de conexos previstos nas normas de DFI.

Para Alberto Xavier⁴⁹, «a essência da figura da elisão fiscal reside precisamente nesta faculdade de eleição da ordem tributária aplicável, não por via direta (...), incompatível com o princípio da legalidade em matéria de tributos, mas pela via indireta de “localizar certo facto ou factos num dado ordenamento ou território, exercendo uma influência voluntária no elemento de conexão da norma de conflitos, em termos tais que o facto jurídico em que este se traduz arraste a aplicação do ordenamento mais favorável».

Segundo o autor, a elisão fiscal (ou planeamento fiscal) pode ser subjetiva, operando através dos elementos de conexão subjetivos, designadamente a nacionalidade e residência do contribuinte, ou seja, através da sua residência fiscal para um território com uma tributação mais reduzida, ou apenas com o propósito de legitimar a aplicação de uma CDT que sirva os seus interesses, também denominado por *treaty shopping*.

⁴⁷ Caldas, M. (2015) O Conceito de Planeamento Fiscal Agressivo: Novos Limites ao Planeamento Fiscal? “.1ª edição. Coimbra: Almedina pág. 29.

⁴⁸ Dourado, A. P. (2018). Governação Fiscal Global (2.ª ed.). Coimbra: Almedina pág. 55.

⁴⁹ Xavier, A. (2000). Direito Tributário Internacional do Brasil: tributação das operações internacionais. 5ª ed. Atualizada. Rio de Janeiro: Forense pág. 276

Ora, já não é novidade que uma das principais características da economia digital é, precisamente, a mobilidade, quer isto dizer que as empresas têm, atualmente, grande facilidade em escolher a sua residência fiscal, na medida em que não necessitam de uma presença física num determinado Estado para levar a cabo as suas transações comerciais, seja a compra e venda de bens ou a prestação de serviços.

No que respeita à elisão fiscal objetiva, esta opera através dos elementos de conexão objetivos, designadamente a fonte de rendimento do contribuinte. Neste tipo de elisão a empresa irá “jogar” com conceitos e/ou regimes tais como “estabelecimento estável”, “preços de transferência” e “paraísos fiscais”, por forma a que seja, efetivamente, tributada num território por si escolhido, por norma, mais favorável.

Concluimos que o planeamento fiscal agressivo traduz comportamentos legais e admissíveis a nível fiscal que conduzem a vantagens fiscais eventualmente injustas ou imorais.

Como consequência inevitável desses comportamentos resulta, por um lado, a redução das receitas fiscais por parte dos Estados, e por outro, a criação de desigualdades, na medida em que só beneficiarão aqueles contribuintes que adotarem comportamentos que, embora fiscalmente admissíveis, atingem princípios fundamentais do nosso ordenamento, designadamente os princípios da legalidade, da justa repartição do rendimento e da riqueza, da capacidade contributiva, igualdade ou da concorrência, levando à insatisfação generalizada daqueles contribuintes que, efetivamente, cumprem as suas obrigações tributárias, pondo em causa a própria justiça do sistema fiscal.

2.5. O projeto BEPS

O fenómeno do planeamento fiscal internacional não é propriamente recente, pese embora pouco se tenha feito no seu combate por parte das instâncias supranacionais, nomeadamente a OCDE e UE. Após a crise financeira nos Estados Unidos em 2008, com repercussão mundial e especial enfoque na UE, e com a necessidade urgente de receitas fiscais, as instâncias internacionais, G20, OCDE e Fórum Global, colocaram no topo das suas prioridades o combate aos “paraísos fiscais”. Para o efeito foi implementado um padrão internacional de transparência e de troca de informações, cuja evolução tem sido impressionante. Finalmente, em 2013, o padrão internacional passou a ser a troca automática de informações.

Paralelamente, eram revelados, pela comunicação social internacional, escândalos que envolviam EMN bem conhecidas do grande público e a sua fuga aos impostos. Em outubro de 2010 foi a Google a visada em esquemas de planeamento fiscal agressivo, gerando atenção e críticas por parte do grande público. A partir dessa altura, foi tornada pública a dimensão que pode atingir o planeamento fiscal internacional e bem assim uma perceção mais realística dos esquemas complexos e sofisticados de planeamento fiscal que as EMN utilizavam para reduzir ou simplesmente não pagar impostos.

Mas foi o escândalo de outubro de 2012 o verdadeiro ponto de viragem no combate ao planeamento fiscal agressivo, falamos do caso Starbucks. Segundo a Reuters aquela empresa pagava

impostos irrisórios em comparação com os rendimentos obtidos, especialmente no Reino Unido, o que originou uma onda de indignação por parte do público em geral, consumidores, empresas concorrentes e Governos. Podemos dizer que o momento de crise que assolava a Europa foi o combustível perfeito para desencadear vozes de protesto contra o planeamento fiscal agressivo, e adoção de medidas preventivas, levando mesmo o ministro das finanças britânico George Osborne e seu homólogo alemão Wolfgang Schäuble, a emitir uma declaração conjunta, à qual também aderiu o ministro francês da economia e das finanças, Pierre Moscovici, invocando uma ação coordenada com vista a reforçar as normas fiscais internacionais e instando seus congêneres a apoiarem os esforços da OCDE para identificar possíveis lacunas nas legislações fiscais.

Parlamentares britânicos iriam interrogar executivos do Google, Amazon e Starbucks na segunda-feira sobre os baixos impostos que essas empresas pagam no Reino Unido apesar de faturarem bilhões de dólares no país.

Ainda em 2012, representantes da Google, Amazon e Starbucks, foram interrogados pelos parlamentares britânicos sobre os baixos impostos que essas empresas pagam no Reino Unido apesar de faturarem bilhões de dólares no país.

A presidente do Comité, Margaret Hodge, teceu duras críticas às práticas dessas empresas, afirmando que «*we are not accusing you of being illegal, we are accusing you of being immoral*» e ainda que «*we have to ensure that where companies are making money in the UK, they pay their fair share*».

Perante a divulgação das reportagens que expuseram ao mundo que as grandes EMN exploravam as lacunas no DFI para pagar menos impostos, Reino Unido e Alemanha pressionaram o G20⁵⁰ das principais economias do mundo a forçarem as multinacionais a pagar seu “justo quinhão” de impostos.

Assim, em novembro de 2012, o G20 solicitou à OCDE a preparação de um relatório que visasse o combate à erosão da base tributária e transferência de lucros. Em fevereiro de 2013, a OCDE apresentou o denominado “*Addressing Base Erosion and Profit Shifting*”⁵¹ que veio expor a problemática da erosão da base tributária e transferência de lucros de uma forma direta e abrangente, com o objetivo de delinear os princípios que norteiam a tributação das atividades transnacionais e as oportunidades de erosão da base tributária e de transferência de lucros que possam daí advir. Em julho do mesmo ano, a OCDE apresentou, ainda, o “*Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*”, que visa identificar as ações necessárias para enfrentar a erosão de base tributária e transferência de lucros, recursos necessários e a metodologia adequada, bem como estabelecer prazos para a sua

50 G20 (abreviatura para Grupo dos 20) é um grupo formado pelos ministros de finanças e chefes dos bancos centrais das 19 maiores economias do mundo mais a União Europeia.

51 OCDE. (2013). *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*. OCDE publishing. doi:<http://dx.doi.org/10.1787/9789264192744-en>

implementação. Em outubro de 2015, a OCDE publicou o relatório denominado “*BEPS 2015 Final Reports*”⁵², tendo este sido aprovado nesse mesmo ano pelo G20.

O projeto BEPS nasce em 2013, num contexto de crise financeira e diversos escândalos relacionados com o planeamento fiscal internacional, para limitar o risco de elisão fiscal (*tax avoidance*) por parte das EMN. A erosão da base tributária e transferência de lucros tornou-se um problema crítico para os Estados em geral, razão pela qual estes têm vindo a demonstrar grande apreensão para com o planeamento fiscal agressivo levado a cabo pelas EMN. Este planeamento fiscal agressivo resulta numa diluição das responsabilidades fiscais das EMN, à sombra de paraísos fiscais, bem como à transferência dos seus lucros para países, territórios ou regiões com regimes fiscais claramente mais favoráveis, causando, desta forma, colossais perdas de receitas fiscais a esses Estados. O problema é especialmente gravoso num contexto de crise, criando uma situação de grande tensão, na qual contribuintes e Governos, tornam-se mais sensíveis às questões relacionadas com a justiça fiscal.

Numa era em que as EMN representam uma grande parte do produto interno bruto (“PIB”) dos Estados, são legítimas as preocupações dos Estados relacionadas com a erosão da base tributária e da transferência de lucros.

Para o efeito, foi proposto um plano de ação que compreende um conjunto de 15 medidas, que assentam, essencialmente, em 3 pilares fundamentais: (i) a criação de novas regras por forma a garantir a coerência na tributação dos rendimentos das empresas a nível internacional, eliminando a dupla tributação internacional, e ao mesmo tempo, impedindo a dupla não tributação, reintroduzindo, desta forma, maior justiça ao sistema fiscal internacional; (ii) o reajustamento das regras existentes de tributação internacional, por forma a restaurar os efeitos e benefícios pretendidos, que possam não ter acompanhado as mudanças dos modelos de negócios e evolução tecnológica; e (iii) o aumento da transparência, segurança e previsibilidade para os negócios, por forma a que a informação relevante esteja disponível de forma abrangente e tempestiva e permitir, assim, aos poderes públicos uma rápida identificação de eventuais áreas de risco.

As 15 ações BEPS propostas foram as seguintes:

1. Abordar os desafios da economia digital;
2. Neutralizar os efeitos dos instrumentos híbridos Coerência;
3. Reforçar as normas sobre transparência fiscal internacional (Controlled Foreign Companies – CFC);
4. Limitar a erosão da base tributável através da dedução de juros e outros rendimentos equivalentes;

52 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>

5. Combater de modo mais eficaz as práticas fiscais prejudiciais, tendo em conta a transparência e a substância;
6. Prevenir a utilização abusiva das convenções para evitar a dupla tributação;
7. Prevenir que se evite artificialmente o reconhecimento de Estabelecimento Estável (EE);
8. Alinhar os preços de transferência com a criação de valor dos intangíveis;
9. Alinhar os preços de transferência com a criação de valor em relação aos riscos e ao capital;
10. Alinhar os preços de transferência com a criação de valor em relação a outras transações de maior risco;
11. Estabelecer metodologias para recolha e análise dos dados sobre o BEPS e as ações para o seu combate Transparência;
12. Solicitar que os contribuintes divulguem acordos de planeamento fiscal agressivo;
13. Reexaminar a documentação de preços de transferência Transparência;
14. Tornar os mecanismos de resolução de conflitos mais eficazes;
15. Desenvolver um instrumento multilateral Instrumentos multilaterais.

2.6. A economia digital como promotora de oportunidades BEPS

Em traços gerais, o projeto BEPS visa a formulação de políticas e estratégias para combater a fuga de capitais para os denominados “paraísos fiscais” e o aumento da evasão fiscal em escala global. São especialmente preocupantes as situações em que o rendimento tributável é artificialmente segregado das atividades que o geram, comprometendo, deste modo, a integridade dos sistemas fiscais e conseqüente cumprimento de metas orçamentais dos respetivos Estados. O que poderá, ainda, levar ao aumento dos impostos, onerando, injustamente, aqueles contribuintes que, efetivamente, cumprem as suas obrigações tributárias, fomentando distorções na concorrência, e levantando questões de justiça fiscal.

As estratégias de erosão da base tributável e transferência de lucros utilizadas na economia digital são, muitas vezes, similares àquelas utilizadas na economia tradicional, contudo, por força das suas características, podem potenciar os riscos de BEPS em determinadas circunstâncias.

O relatório final da OCDE⁵³ relativamente à ação 1 do projeto BEPS, cujo objeto é a identificação dos principais desafios proporcionados pela economia digital e de que forma os contornar,

⁵³ OCDE. (2015). Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1: 2015 Final Report. OCDE/ G20 Base Erosion and Profit Shifting Project.

dedica o seu capítulo 5, à identificação de BEPS na economia digital. Para efeitos da presente dissertação, apenas nos dedicaremos à tributação direta.

2.6.1 BEPS no contexto da tributação direta

Segundo o referido relatório, são diversas as estratégias associadas ao planeamento fiscal agressivo no contexto da tributação direta. Veremos de seguida a mais comuns.

2.6.1.1. Eliminar ou reduzir o imposto no Estado da fonte

Uma das estratégias típicas de planeamento fiscal utilizadas pelas MNE para a eliminar ou reduzir o imposto no país de mercado é, precisamente, evitar que a sua presença num determinado país ou território possa ser qualificada como tributável. Esta estratégia é especialmente eficaz quando falamos em modelos de negócios assentes na económica digital, na medida em que é perfeitamente possível uma empresa não residente interagir remotamente com clientes num determinado país, através de um website, aplicação de telemóvel, correio eletrónico, o outro meio digital, sem que para isso necessite de uma presença física nesse país.

Note-se que as normas fiscais internas da maioria dos países impõem um certo nível de presença física para que os lucros das empresas sejam sujeitos a tributação. Adicionalmente, nos termos do artigo 7.º n.º 1 da CM da OCDE, «Os lucros de uma empresa de um Estado contratante só podem ser tributados nesse Estado, a não ser que a empresa exerça a sua atividade no outro Estado contratante por meio de um estabelecimento estável aí situado. Se a empresa exercer a sua atividade deste modo, os seus lucros podem ser tributados no outro Estado, mas unicamente na medida em que forem imputáveis a esse estabelecimento estável». Deste modo, uma empresa não residente, ainda que tenha clientes nesse país, pode facilmente afastar o elemento de conexão relevante, por forma a evitar que esteja sujeito a tributação nesse país.

Ora, sem prejuízo do Estado da fonte ver frustrada a possibilidade de tributar os lucros provenientes de atividades económicas exercidas no seu território, pela evidente conexão que lhes é inerente, é, ainda, especialmente gravosa a conjugação desta com outras estratégias que visam eliminar a tributação no Estado da residência, o que resulta numa situação de dupla não tributação.

Uma outra estratégia adotada pelos grupos de EMN, consiste na manutenção um grau de presença em países que representam mercados significativos para seus produtos. No contexto da economia digital, uma empresa pode estabelecer uma subsidiária ou um EE, cujas atividades são estruturadas de forma a gerar um reduzido lucro tributável. A capacidade de alocar funções, ativos e riscos por forma a minimizar a tributação, constitui um incentivo a alocá-los contratualmente de uma forma que não reflete totalmente a conduta real das partes, e que não seria escolhida na ausência de considerações fiscais.

A questão é especialmente relevante quando falamos em ativos intangíveis, pela sua facilidade de mobilidade, e riscos relacionados com as atividades locais, que podem ser alocados por meio de contratos com outras empresas do grupo que operam em jurisdições de baixa tributação, por forma a minimizar a carga tributária geral do grupo de EMN.

Estas estruturas permitem a transferência de ativos intangíveis, por valores reduzidos, para empresas do grupo localizadas em territórios de baixa tributação, permitindo, posteriormente, alocar grande parte dos lucros do grupo de EMN, por força da propriedade dos ativos intangíveis geradores desses rendimentos.

Uma vez estabelecida a presença num país de mercado, outra das técnicas utilizadas pelas EMN por forma a reduzir a base tributável nos países de mercado, consiste na maximização das deduções por pagamentos feitos a outras empresas do grupo, na forma de juros, *royalties*, etc.

2.6.1.2. Evitar a retenção na fonte

Por norma, uma empresa não residente está sujeita a retenção na fonte pelos rendimentos aí auferidos, incluindo juros e *royalties*, por um residente desse país. Por forma a contornar este tipo de situações, é usual a criação de empresas fachada “*shell companies*” em países que mantenham com o país da fonte, um tratamento mais favorável de tais rendimentos. Estas operações são especialmente facilitadas no contexto da economia digital, sendo este um caso típico do denominado “*treaty shopping*”, ou uso abusivo dos tratados.

2.6.1.3. Eliminar ou reduzir o imposto o imposto no Estado intermediário

A eliminação ou redução de impostos em um país intermediário pode ser realizada através das estratégias descritas anteriormente, bem como através da utilização de instrumentos híbridos “*hybrid mismatch arrangements*”, através dos quais são gerados pagamentos dedutíveis num país, sem a respetiva inclusão na base de cálculo do outro. Deste modo, as MNE aproveitam-se da arbitrariedade das normas fiscais do país intermediário e país da última residência, para gerar situações de dupla não tributação.

2.6.1.4. Eliminar ou reduzir o imposto no Estado da última residência

As técnicas descritas anteriormente também podem ser utilizadas para reduzir a tributação no país da última residência do grupo de EMN.

Adicionalmente, as empresas podem evitar impostos no país da última residência, se este tiver um sistema de isenção ou diferimento de rendimentos estrangeiros e não possuir um regime de imputação de lucros de entidades participadas não residentes – comumente designadas como as

regras CFC⁵⁴⁵⁵ (“*Control Foreign Company*”), ou, havendo, este regime não seja suficientemente abrangente, deixando de fora do seu escopo de aplicação certos rendimentos, nomeadamente rendimentos derivados de ativos intangíveis.

2.7. Principais desafios da tributação na economia digital

Com a evolução da economia digital, as empresas não residentes passaram a operar nos países de mercado de forma significativamente diferente daquela que operavam aquando da elaboração das normas de DFI.

Enquanto uma empresa tradicional que almeje expandir o seu negócio para outra jurisdição, necessita, na grande maioria dos casos, de presença física, seja na forma de produção, marketing, distribuição, etc., os avanços das TIC permitiram a expansão em grande escala dos negócios, sem a necessidade de uma presença física.

O facto de uma presença física nos mercados económicos ser cada vez menos uma exigência para as atuais estruturas empresariais, tem levantado grandes desafios para a tributação internacional.

Contudo, existem outros elementos da economia digital igualmente desafiantes para a tributação internacional, nomeadamente a caracterização e valorização de novos modelos de negócio assentes em “*data*”, bem como, a caracterização de determinadas transações em negócios multifacetados.

Agrupamos em três categorias os principais desafios levantados pela economia digital no que concerne à tributação direta.

2.7.1. Conexão

Os avanços tecnológicos provocaram um impacto significativo no modo como negócios são executados, ao permitirem o desenvolvimento de certas atividades remotamente, ou aumento da velocidade que a informação é processada, analisada e utilizada, bem como a expansão do número de potenciais clientes que podem ser alcançados, na medida em que a distancia é cada vez menos uma barreira ao comércio.

Deste modo, determinados processos que eram anteriormente levados a cabo através de mão de obra local, podem, atualmente, ser executados além-fronteiras por equipamentos automatizados,

⁵⁴ O objetivo destas normas é prevenir a ausência de tributação sobre os lucros obtidos por este tipo de entidades.

⁵⁵ O ordenamento jurídico adotou as regras CFC no artigo 66.º do CIRS. Assim, estas regras preveem que os rendimentos de entidades estrangeiras, que estejam sujeitas a um regime fiscal privilegiado, sejam tributados ao nível dos respetivos sócios residentes, para efeitos fiscais, em território português que detenham, direta ou indiretamente (ainda que através de mandatário, fiduciário ou interposta pessoa), pelo menos, 25% das partes de capital, dos direitos de voto ou dos direitos sobre os rendimentos ou os elementos patrimoniais dessas entidades.

alterando, desta forma, a natureza e objeto das atividades levadas a cabo pelos funcionários. Assim, um aumento da clientela num determinado país não significa necessariamente, a exigência de infraestruturas e mão de obra que seria necessário na era pré digital.

As empresas vêm, assim, um aumento da flexibilidade de escolha onde a atividade substancial do destas têm lugar, ou de alterar as existentes funções para novas localizações.

Estas possibilidade de atuar num determinado mercado sem a necessidade de uma presença física, conjugado com o aproveitamento dos efeitos de rede, permite gerar um elevado número de transações, dificultando, deste modo, a determinação de um elemento de conexão para efeitos de tributação, à luz das atuais normas de DFI.

Conforme vimos no Capítulo 1, relativamente aos princípios de DFI, o princípio da residência e o princípio da fonte fundamentam o poder de tributar dos Estados, sendo concretizados pelos elementos de conexão.

O princípio da residência consiste no poder que um Estado tem para tributar, a nível global, todos os seus residentes, independente do local originário do rendimento, já o princípio da fonte consiste no poder que um Estado tem de tributar todos os rendimentos no seu território, independentemente da residência dos titulares do rendimento. Assim, perante uma situação tributária internacional, é necessário recorrer aos elementos de conexão relevantes para determinar o Estado em que se localizam as atividades e/ou investimento no qual o rendimento é gerado – Estado da fonte – bem como, determinar a residência do titular desse rendimento – Estado da residência.

Ora, por forma a evitar situações de dupla tributação internacional, a repartição do poder de tributar entre Estados depende da celebração de acordos internacionais, designadamente através de CDT, que seguem, em regra, a CM da OCDE.

Relembramos que os princípios da residência e da fonte não se excluem. Tanto as CDT como as legislações internas da maioria dos Estados, têm implícita a aplicação cumulativa de ambos os princípios, sem prejuízo já referida prevalência do princípio da residência.⁵⁶

2.7.2. A residência

Vimos já que o princípio da residência consiste no poder que um Estado tem para tributar todos os seus residentes, independente do local originário do rendimento. Razão pela qual a determinação da residência cumpre um papel fundamental no DFI, embora nem sempre seja fácil.

Sabemos também que o DFI atribui primazia de tributação ao Estado da residência, conforme podemos constatar pelas normas da própria CM da OCDE, e cabendo a esse Estado o ónus de

⁵⁶ 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 pág. 217.

eliminação da dupla tributação internacional, através dos mecanismos previstos para o efeito.

O n.º 1 do artigo 4 da CM da OCDE, de epígrafe “Residente”, dispõe que «Para efeitos da Convenção, a expressão "residente de um Estado contratante" significa qualquer pessoa que, por virtude da legislação desse Estado, está aí sujeita a imposto devido ao seu domicílio, à sua residência, ao local de direcção ou a qualquer outro critério de natureza similar, aplica-se igualmente a esse Estado e às suas subdivisões políticas ou autarquias locais. Todavia, esta expressão não inclui qualquer pessoa que está sujeita a imposto nesse Estado apenas relativamente ao rendimento de fontes localizadas nesse Estado ou ao património aí situado.»

Quer isto dizer que, numa primeira fase, cabe a cada Estado, através das suas normas de incidência, definir o estatuto de residente de cada pessoa, limitando-se, a CM da OCDE, a fornecer alguns critérios orientadores, tais como o domicílio, a residência, e o local de direcção.

Ora, considerando-se a existência de múltiplos ordenamentos jurídicos, e por sua vez, com múltiplas e diferenciadas normas de incidência, é inevitável a existência de conflitos relativos a situações de dupla residência, ou seja, situações em que um indivíduo é considerado residente, para efeitos tributários, em dois (ou mais) Estados distintos, levando a que cada um desses Estado pretenda tributar o mesmo rendimento.

Por outro lado, esta inexistência de um critério uniforme de residência permite a que certos contribuintes, especialmente grandes empresas, possam explorar (e beneficiar) as lacunas na lei, e assim «eliminar os laços de residência com os ordenamentos (de elevada carga tributária)», por um lado, ou obter o estatuto de residente «por forma a valer-se das limitações à tributação, de base convencional, que se revelem mais favoráveis à obtenção de rendimentos de fonte estrangeira»⁵⁷, por outro.

Ciente desta problemática, a CM da OCDE, determina, no n.º 2 do artigo 4.º, um critério de desempate ou de preferência, nos casos em que uma pessoa singular seja considerada residente de ambos os Estados contratantes. Desde modo, quando assim aconteça, o referido preceito elenca, hierarquicamente, uma série de critérios, através dos quais se vai determinar a residência de uma pessoa singular para efeitos da CM da OCDE. Assim:

«a) Será considerada residente apenas do Estado em que tenha uma habitação permanente à sua disposição. Se tiver uma habitação permanente à sua disposição em ambos os Estados, será considerada residente apenas do Estado com o qual sejam mais estreitas as suas relações pessoais e económicas (centro de interesses vitais). b) Se o Estado em que tem o centro de interesses vitais não puder ser determinado ou se não tiver habitação permanente à sua disposição em nenhum dos Estados, será considerada residente apenas do Estado em que permanece habitualmente; c) Se permanecer habitualmente em ambos os Estados ou se não permanecer habitualmente em nenhum deles, será considerada residente apenas do Estado de que for nacional; d) Se for nacional de ambos

⁵⁷ Courinha, G. L. (2011) – A residência no Direito Internacional Fiscal - Do abuso subjetivo das convenções – Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa pág. 15.

os Estados ou não for nacional de nenhum deles, as autoridades competentes dos Estados contratantes resolverão o caso de comum acordo.».

Mais complexa se torna a questão quando se trata de pessoas coletivas. Refere o n.º 3 do artigo 4.º da CM da OCDE que «Quando, em virtude do disposto no n.º 1, uma pessoa, que não seja uma pessoa singular, for residente de ambos os Estados contratantes, será considerada residente apenas do Estado em que estiver situada a sua direcção efectiva.».

Esta redacção tem sido, ao longo dos anos, objeto de muita discussão, numa primeira fase pela indeterminação do conceito de direcção efetiva conjugado com a ausência de concretização na própria convenção, e numa segunda fase, pelas dificuldades de aplicação em virtude da economia digital.

Assim, como auxiliar de interpretação do conceito de direcção efetiva, foi introduzido, em 2000, o parágrafo 24 aos já existentes comentários da CM da OCDE⁵⁸. Vejamos.

O parágrafo 21 começa por referir que o n.º 3 do art.º 4º da CM da OCDE «diz respeito às sociedades e a quaisquer outros agrupamentos de pessoas, independente do facto de possuírem ou não personalidade jurídica». Salientando, contudo, que, embora de rara ocorrência, poderá haver situações de conflitos de residência, quando, por exemplo, um dos Estados atribua relevância ao critério da direcção efetiva, e o outro, ao local do registo. Razão pela qual existe a necessidade da existência de regras de preferência.

O parágrafo 22, esclarece, por sua vez que «não se afigura solução adequada conferir relevância a um critério puramente formal, como é o caso do registo.», daí se justificar que o n.º 3 considere o critério da direcção efetiva da sociedade, dando prevalência à substância em detrimento da forma.

Gustavo Lopes Courinha, esclarece que este parágrafo veio introduzir uma salvaguarda na medida em que impede que, para efeitos de verificação da residência nas CDT, a utilização de critérios puramente formais, privilegiando-se uma «conexão substantiva real»⁵⁹.

Desta forma, pretende-se evitar as situações em que uma empresa não apresenta qualquer conexão subjetiva com um determinado Estado, para além de um critério puramente formal (como o seu registo), possa ali ser considerada residente, e usufruir de eventuais benefícios proporcionados por uma CDT.

Portanto, «à luz de uma dada CDT, o sujeito não será residente convencional, ainda que tal

⁵⁸ 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.

⁵⁹ Courinha, G. L. (2011) – A residência no Direito Internacional Fiscal - Do abuso subjetivo das convenções – Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa pág. 15.

qualidade lhe seja reconhecida pelo Estado contratante»⁶⁰.

Introduzido em 2000, o parágrafo 24 tem sofrido algumas alterações ao longo do tempo, sendo ainda hoje objeto de discussão relativamente ao conceito indeterminado de direção efetiva, na medida em que se trata do único critério de desempate previsto na CM da OCDE, relativamente aos casos de dupla residência de pessoas coletivas

Assim, o parágrafo 24 estipula que a «direção efetiva é o local onde são tomadas, na sua substancia, as decisões-chave, tanto a nível de gestão como a nível comercial, necessárias ao exercício das atividades da entidade na sua globalidade.» e continua afirmando que «devem ser tidos em linha de conta todos os factos e circunstâncias pertinentes para determinar o local da direção efetiva. Uma entidade pode ter mais do que um local de direção, mas só podem ser um local de direção efetiva».

No parágrafo 24.1 apela-se, novamente, a necessidade de aplicação de um critério casuístico como «a melhor forma de obviar às dificuldades conexas com a determinação do local da direção efetiva de uma pessoa coletiva que podem decorrer da utilização das novas tecnologias», fornecendo, no entanto, alguns elementos indiciadores de direção efetiva, tais como, «o local onde têm normalmente as reuniões do respetivo conselho de administração ou órgão equivalente, o local onde o presidente do conselho de administração e demais quadros superiores exercem as suas atividades, o local onde a gestão corrente da pessoa em causa é exercida, o local onde se situa a sede da pessoa, qual a legislação nacional que rege a situação jurídica da pessoa, o local onde são mantidos os seus registos contabilísticos»⁶¹.

Ora, analisando estes elementos indiciadores, rapidamente se constata que, ao abrigo das características da economia digital, estes podem ser muito facilmente ludibriados. A título de exemplo, é hoje perfeitamente possível que o conselho de administração ou órgão equivalente reúna por videoconferência (hipótese essa, aliás, muito em voga hoje por força da pandemia Covid-19), o presidente e demais quadros superiores podem estar localizados em diferentes jurisdições, a gestão corrente pode ser realizada, eficientemente, em qualquer lugar no mundo onde haja um acesso à *internet*.

Como refere Rita Calçada Pires, e bem, existe «uma tendencial incapacidade do conceito de direção efectiva em indicar efectivamente o local da residência das sociedades envolvidas nos negócios electrónicos»⁶².

É, pois, seguro afirmar que o elemento de conexão associado à residência tem vindo a se

⁶⁰ *Ibidem*

⁶¹ 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 pág.139 e 140.

⁶² Pires R. C. (2011) – O Impacto do comércio electrónico no Direito Internacional Fiscal, Em Tributação Internacional do Rendimento Empresarial Gerado Através do Comercio Electrónico: desvendar mitos e construir realidades. Coimbra: Almedina pág. 223.

revelar inadequado face aos desafios colocados pela economia digital. O desenvolvimento e acelerada evolução das TIC e conseqüente surgimento de novos modelos de negócios, aliados à facilidade e vontade das EMN em desenvolver esquemas cada vez mais complexos e sofisticados de planeamento fiscal, por forma a evitar ou reduzir a sua tributação, são alguns dos fatores que têm vindo a condicionar a aplicação do conceito tradicional de residência.

Por fim, podemos concluir que o elemento de conexão residência encontra-se, atualmente, em crise, sendo, a digitalização económica, um dos grandes obstáculos à sua aplicação.

2.7.3. A fonte

O princípio da fonte consiste no poder que um Estado tem de tributar todos os rendimentos obtidos no seu território, independentemente da residência dos titulares do rendimento. Assim, verificamos que este critério da fonte, enquanto elemento de conexão no DFI, encontra-se extremamente ligado ao princípio da territorialidade. Quer isto dizer que a tributação dos lucros de determinada empresa estrangeira depende, necessariamente, de uma ligação com uma determinada jurisdição, ou seja, de um EE.

Vimos que o conceito de EE é fulcral para a articulação de todo o DFI, tendo vindo a evoluir no tempo por forma a acompanhar os desafios provocados, especialmente, pela economia digital.

A CM da OCDE dedica o artigo 5.º ao conceito de EE, referindo que tal expressão significa «uma instalação fixa, através da qual a empresa exerça toda ou parte da sua actividade», elencando, ainda, uma série de situações ilustrativas de EE. No fundo, verifica-se uma sujeição de EE a uma presença física substancial numa determinada jurisdição, excluindo, por sua vez, situações em que a presença física seja apenas de carácter preparatório ou auxiliar.

Em suma, o conceito de EE determina a necessidade de uma existência física e permanente num determinado território, porém excluindo algumas realidades meramente preparatórias ou auxiliares da atividade exercida pela empresa.

Conforme veremos, o conceito de EE encontra-se extremamente desatualizado face à realidade digital dos nossos dias.

Como todos sabemos, as últimas décadas foram especialmente marcadas pela exponencial evolução das TIC, o que, por vez, contribuiu para a globalização e digitalização da economia, levando ao surgimento de novos modelos de negócio.

Desde modo, num contexto de economia digital, são cada vez mais as empresas que, no âmbito das suas atividades, não apresentam qualquer relação com os elementos de conexão tradicionais *supra* referidos, ou seja, nem são residentes, nem possuem presença física substancial num determinado Estado, sem prejuízo de aí obterem rendimentos significativos.

Ora, a evolução das TIC veio proporcionar situações em que uma empresa pode exercer atividades empresariais num mercado, sem a exigibilidade de presença física, eliminando assim a distância como barreira ao comércio. Desta forma, é, atualmente, perfeitamente possível que uma empresa obtenha rendimentos substanciais num determinado mercado, sem que aí possa ser considerada EE.

Esta problemática tornou-se tanto mais relevante não só com o aumento do número de empresas a transacionar estes produtos e serviços digitais, mas também com a digitalização das grandes EMN.

Em 2000, a OCDE introduziu os parágrafos 42.1 a 42.10. comentários à redação do artigo 5.º da CM da OCDE, por forma a mitigar os efeitos do comércio eletrónico no que respeita à tributação na fonte.

Numa tentativa de adequação a esta nova realidade, vieram os, então, novos comentários versar, essencialmente, sobre a possibilidade de se considerar constitutivo de EE a utilização de equipamento informático, num determinado território, para a realização de transações de comércio eletrónico. Para o efeito cumpre distinguir “*hardware*” e “*software*”, sendo o primeiro um elemento físico, e o segundo um elemento incorpóreo. Naturalmente só o primeiro poderia constituir, em certas situações, uma instalação física identificável como EE.

Assim sendo, um “*website*”, pelo seu carácter imaterial, não poderia constituir um EE, contudo o servidor (equipamento físico, *i.e.*, o *hardware*), onde está armazenado o *website*, pode ser considerado um EE⁶³.

Encontramos, ainda, nos comentários referências à possibilidade de se equiparar um Fornecedor de Serviços via Internet (“FSI”)⁶⁴ a um agente dependente, para efeitos de aplicação do n.º 5 do artigo 5.º da CM da OCDE, porém, dificilmente tal seria possível, na medida em que estes são, geralmente, tidos como independentes.

Todavia, tais comentários não trouxeram uma solução viável à tributação do comércio eletrónico, nem tão pouco aos desafios de tributação proporcionados pelo desenvolvimento da economia digital.

Conforme explica Rita Calçada Pires)⁶⁵, o problema reside na tentativa de subordinar uma realidade intangível/virtual/incorpórea, própria da economia digital, a conceitos de tributação que, por

⁶³ Contudo, para que um servidor possa preencher o requisito de “instalação fixa”, para a existência de EE: é então necessária a verificação de permanência e que esteja à disposição da empresa para o desempenho de funções essenciais - no sentido de que não sejam apenas preparatórias ou auxiliares relativamente ao objeto principal (o comércio).

⁶⁴ *Internet Service Provider (ISP)*.

⁶⁵ Pires R. C. (2011) – O Impacto do comércio electrónico no Direito Internacional Fiscal, Em Tributação Internacional do Rendimento Empresarial Gerado Através do Comércio Electrónico: desvendar mitos e construir realidades. Coimbra: Almedina pág. 257.

razões históricas, se baseiam em conceitos de tangibilidade e fiscalidade, que só encontram aplicação num mundo físico e delimitado territorialmente.

Ora, considerando os elementos caracterizadores do EE, *i.e.* (i) instalação, (ii) fixa, (iii) através da qual sejam executadas as atividades de uma empresa, torna-se bastante perceptível que tal conceito não se adequa à realidade da economia digital, não fosse a mobilidade uma das suas características fundamentais. Certo é que, atualmente, a exigência de uma presença física para o exercício de uma atividade num determinado mercado cinge-se, na sua maioria, aos modelos de negócio ditos tradicionais.

Porventura, existirá, ainda, situações em que se consegue determinar a existência de uma instalação fixa, contudo não é suficiente para se considerar um EE e com isso tributar o rendimento na fonte, na medida em que tais instalações podem configurar atividades preparatórias ou auxiliares⁶⁶, e, por essa razão, sair do escopo de EE.

Esta tendência para se considerar que uma instalação fixa mantida unicamente para exercer atividades de carácter preparatório ou auxiliar, não é inocente. As empresas, perfeitamente cientes das lacunas na lei, e desadequação aos novos modelos de negócio, tendem a explorar essas brechas, por forma a que a essas eventuais instalações fixas se aplique a norma de delimitação negativa constante do n.º 4 do artigo 5.º da CM da OCDE, e por isso não configuráveis como EE.

A exploração de tais lacunas afigura-se especialmente facilitada no âmbito da economia digital, face às suas próprias características, tais como a mobilidade e tendência para a existência de negócios multifacetados ou fragmentados. Pense-se na hipótese de uma empresa que consegue distribuir, geograficamente, as suas funções no exercício de uma atividade de tal forma que, nenhuma das funções, isoladamente consideradas, constitui um EE, na medida em que, à luz do conceito de EE da CM da OCDE, tendem a ser consideradas atividades preparatórias ou auxiliares.

Por esta altura não restam dúvidas que o conceito de EE é manifestamente insuficiente para evitar a dupla não tributação num contexto de digitalização económica.

Note-se que não estão em causa os princípios da residência e fonte, na medida em que estes são princípios fundamentais do DFI, legitimadores do direito tributar dos Estados, mas sim as próprias regras, concretizadas nos elementos de conexão, que determinam essa tributação. Regras cuja elaboração conta com aproximadamente um século, e, portanto, pensadas para servir uma realidade bastante distinta daquela em que vivemos atualmente. Regras pensadas para um comércio tradicional, assente na presença física das empresas, na materialidade dos produtos e serviços, bem como nas barreiras comerciais, tais como distâncias espaciais e temporais.

Esta incapacidade de tributar rendimentos onde estes são, efetivamente, gerados, tem como consequência a degradação da base tributável do Estado da fonte, com todas as adversidades que daí decorrem. Contudo a manutenção desta realidade não prejudicial para todos.

66 Tal como configuradas no n.º 4 do artigo 5.º da CM da OCDE.

Como sabemos, em regra, para alguém ganhar, alguém tem de perder, e aqui não será diferente. Falamos dos países importadores e exportadores de capital, os quais são agora também importadores e exportadores de tecnologia, *know-how* e *software*. Assim, aos primeiros importa a manutenção das atuais regras de tributação na fonte, na medida em que asseguram, em princípio uma tributação exclusiva na residência.

Torna-se, desde modo, imperiosa, a necessidade de cooperação a nível internacional por forma a assegurar a efetiva tributação dos rendimentos das empresas. Objetivo esse que tem vindo a ser perseguido pela OCDE no âmbito do projeto BEPS.

2.7.4. Valorização dos dados

Como vimos anteriormente, relativamente às principais características da economia digital, a informação e recolha de dados representa uma grande importância. Com a drástica redução dos custos de recolha, armazenamento e análise de dados, proporcionados pelas inovações tecnológicas, as empresas podem, a partir de qualquer lugar, utilizar tal informação para fins económicos.

Este aproveitamento e tratamento de dados comumente denominada “*big data*”, vem permitir a criação de valor para as empresas, através de estudos de mercado, do direcionamento de ofertas consoante o perfil do utilizador, da racionalização da sua produção, da adaptação e desenvolvimento dos seus produtos e serviços conforme as preferências dos utilizadores, e de tomada de decisões mais informadas.

Não restam grandes dúvidas de que este processo de recolha, armazenamento, análise e tratamento de dados, permite potenciar os rendimentos futuros de uma empresa.

De acordo com o Glossário de Termos e Expressões Constantes do Sistema de Normalização Contabilística (“SNC”)⁶⁷, um ativo «é um recurso controlado por uma entidade como resultado de acontecimentos passados e do qual se espera que fluam benefícios», assim sendo, parecia possível qualificarmos a informação como um ativo de uma empresa, assente nas características que já referimos anteriormente, todavia não é isso que acontece na realidade.

Apesar de se reconhecer a importância da informação e a sua capacidade para gerar benefícios futuros, a determinação desse valor não se afigura fácil. Não obstante grande parte das normas contabilísticas internacionais reconhecerem uma série de condições que permitem o registo de ativos intangíveis (nos quais se poderia incluir o “*big data*”), não apresentam uma solução prática para a sua valorização.

O não reconhecimento destes “ativos” leva a discrepâncias significativas entre o valor de mercado de um negócio e o valor reportado através das suas demonstrações financeiras. A título de exemplo veja-se o *LinkedIn*, (rede social que visa a promoção de relações profissionais), em 2012

67 <http://www.cnc.min-financas.pt/pdf/SNC/2016/GlossarioSNC.pdf>

apresentava nas suas contas ativos de 1,38 mil milhões de dólares, mas um valor de mercado estimado em 20 mil milhões de dólares. Esta discrepância será tanto maior conforme o tipo de atividade da empresa. No caso dado como exemplo, a criação de valor gerada pela recolha e gestão de informação representa, em bom rigor, o seu maior “ativo”.

Naturalmente que naqueles casos em que a informação foi objeto de uma aquisição a uma outra empresa, podemos atribuir o respetivo valor dessa transação, contudo já não será quando a informação é recolhida e tratada internamente, sendo, nesses casos, extremamente difícil atribuir um valor de mercado. Note-se que, de acordo com as normas contabilísticas, a determinação do valor de um intangível apenas é possível quando os benefícios futuros são expectáveis e possam ser estimados com razoável certeza, o que, num contexto digital, dificilmente acontece.

Segundo alguns autores⁶⁸, são diversos os fatores que dificultam a avaliação da informação recolhida por uma empresa, desde logo a heterogeneidade do valor da informação, na medida em que este será influenciado pelo comportamento da concorrência e clientela, pelo nível, qualidade e tecnologias disponíveis para o tratamento da informação, bem como pelas normas legais em vigor numa determinada jurisdição⁶⁹.

Por outro lado, os custos relacionados com a recolha de informação tendem a ser de difícil associação com os restantes gastos de uma empresa. Pense-se na informação de preferências do consumidor que é obtida com a venda de cada produto ou serviço. Ainda que fosse possível determinar o seu valor, teria que ser igualmente reconhecida a respetiva depreciação, pois uma informação recolhida num determinado momento é suscetível de desatualização de aí em diante, e por essa razão, desvalorizar.

Por último, refira-se que a informação apenas terá o valor que lhe for conferido pelo ser humano, ou seja, só através da interpretação dos dados, da perceção da sua importância para um determinado fim, num determinado momento, e conjugação de fatores, é possível uma utilização lucrativa.

Esta problemática da valorização dos dados torna-se tanto mais relevante quando estejam em causa operações em diversas jurisdições. Pense-se numa empresa que recolhe dados num determinado território, sem que aí mantenha qualquer tipo de presença física, e por isso não sujeita a tributação, não obstante a criação de valor dever-se a esse território. Ainda que se considere a existência de um EE no território onde são recolhidos os dados, e perante grupos empresariais, colocam-se, ainda, dúvidas em matéria de preços de transferência, nomeadamente quanto à determinação de preços comparáveis de mercado aplicáveis à difusão para o restante grupo, ou ainda

68 Mohamed, S. e Hogan , O. (2013:5) – Data on the Balance Sheet, London; SAS obtido em <http://www.sas.com/offices/europe/uk/downloads/bigdata/cebr:databalancesheet.pdf> pág. 5.

69 A utilização de dados pessoais tem vindo a ser alvo de elevadas restrições em determinados países.

a nível da determinação de atribuição de lucros, na medida em que esta depende de uma análise das atividades executadas, dos ativos utilizados e riscos assumidos por cada subsidiária⁷⁰.

Em suma, os desenvolvimentos tecnológicos, especialmente das TIC, permitem que seja hoje possível uma recolha massiva de dados em diversas jurisdições sem necessidade de presença física, e a custos extremamente reduzidos, levantando diversos desafios fiscais.

2.7.5. Caracterização dos rendimentos de novos modelos de negócios

Vimos que a CM da OCDE consagra o princípio da residência e o princípio da fonte, embora concedendo primazia ao primeiro. Assim, olhando para as normas de competência da CM da OCDE, verificamos que é atribuído, geralmente, ao Estado da residência, o poder de tributar, algumas vezes exclusivamente, outras em concorrência com o Estado da fonte.

Esta conjugação de princípios revela-se fundamental para a receita fiscal do Estado, já que grande parte dos investimentos e atividades desenvolvidas num Estado pertencem a empresas não residentes. Ora, se considerássemos apenas o princípio da residência, estaríamos a prescindir da tributação na fonte de todo aquele rendimento obtido naquele território por não residentes.

Assim, é legítima a tributação, pelo Estado da fonte, daqueles rendimentos que aí sejam gerados por uma empresa não residente, desde que estes possam ser alocados a um EE nesse território. Tal tributação é feita através do mecanismo de retenção na fonte, podendo, em princípio, ser deduzido do imposto pago no Estado da residência.

Encontramos nas normas reguladoras de competência (artigos 6.º a 22.º da CM da OCDE), regras diferenciadas relativamente ao poder de tributação dos Estados. Desde modo, verificamos que a determinação do poder de tributação dos Estados, dependerá da caracterização dos rendimentos, na medida em que para diferentes categorias de rendimentos são aplicados diferentes critérios e, por conseguinte, diferentes regimes de tributação.

Outro dos desafios potenciados pela digitalização da economia, reporta-se ao surgimento de novos produtos e serviços, até então desconhecidos, bem como pela adoção de novos modelos de negócio pelas empresas, ao passo que as referidas regras de tributação dos rendimentos empresariais não acompanharam essa nova realidade.

Perante a desadequação das formas tradicionais de tributação dos rendimentos face aos novos produtos e serviços no contexto digital, as distinções entre os tipos de rendimento tendem a esvanecer-se, dificultando, por isso, a sua individualização.

70 OCDE. (2015). Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1: 2015 Final Report. OCDE/ G20 Base Erosion and Profit Shifting Project pág.103.

Pense-se no exemplo que nos é dado no relatório da OCDE⁷¹, relativamente ao serviço de *cloud computing*, os rendimentos que daí advêm podem ser considerados como *royalties*, taxas de serviços técnicos, ou lucros das empresas, consoante a CDT que esteja em causa.

Face ao desenvolvimento de novos produtos e serviços digitais urge a necessidade de clarificação e atualização das atuais normas reguladoras de competência, por forma a dissipar incertezas relativamente à caracterização dos rendimentos provenientes dos novos modelos de negócio.

71 OCDE. (2014). BEPS Action 1: Address the tax challenges of the Digital Economy, Public Discussion Draft pág. 132.

Capítulo 3 - Enfrentar os desafios fiscais decorrentes da digitalização económica

3.1. Enquadramento

Como vimos no capítulo anterior, a economia digital veio trazer novos desafios à tributação dos rendimentos, bem como evidenciar as fragilidades já existentes.

A integração das economias e dos mercados aumentou substancialmente nas últimas décadas, propiciando grandes desafios às normas de DFI, que foram pensadas e elaboradas há mais de um século para uma realidade bem distinta da que vivemos atualmente.

Tais desafios concretizam-se em fragilidades ou deficiências das normas atuais, originando oportunidades para a erosão da base tributária e transferência de lucros, que por sua vez são exploradas, principalmente, pelas EMN.

Razão pela qual se exige aos responsáveis políticos uma resposta ousada por forma a restaurar a confiança no sistema e garantir que os lucros sejam tributados onde as atividades económicas ocorrem e o valor é criado.

Atualmente, uma EMN com sede numa determinada jurisdição e subsidiárias noutros territórios, é tributada segundo um conjunto normas que têm como pressuposto a localização onde aquela realiza as suas operações e onde tem uma presença física.

Sem prejuízo da complexidade das normas de determinação do local onde os lucros devem ser tributados, estas estão geralmente associadas ao local onde a EMN tem um EE. A título de exemplo, uma EMN com sede nos Estados Unidos da América (“EUA”) e uma fábrica em França, será tributada nos EUA pelos lucros atribuídos à sede, e será tributada em França pelos lucros atribuídos a essa fábrica.

Com a digitalização da economia e surgimento de novos modelos de negócio houve uma mudança de paradigma, afetando drasticamente as normas de DFI atuais. Se no passado as empresas dependiam de uma presença física noutros países por forma a atingirem novos consumidores e novos mercados, atualmente já não é necessariamente assim. Com o surgimento da *internet* e desenvolvimento das TIC, é hoje perfeitamente possível (e normal) que uma empresa com sede nos EUA consiga atingir clientes de qualquer território mundial onde quer que exista uma conexão à *internet*.

Face a esta nova realidade, houve um crescimento substancial das receitas derivadas das transações *online*, por exemplo, em 2019 o comércio eletrónico global atingiu os 3.5 triliões de dólares americanos⁷², o que levou muitos Estados a questionarem sobre a possibilidade de tributar essas empresas tecnológicas como se tivessem de facto uma presença física, na medida em que uma parte substancial dessas transações são realizadas com os seus cidadãos.

72 <https://www.statista.com/topics/871/online-shopping/>

Este tipo de lógica deu origem a diversas abordagens de tributação a negócios digitais que não dispõem de presença física num determinado território, tais como a aplicação de taxas sobre o consumo ou IVA em produtos digitais, taxas sobre serviços digitais, alterações das normas de tributação sobre o rendimento das pessoas coletivas, entre outras.

Ora, o problema destas novas políticas é que frequentemente contrariam as normas de DFI atualmente em vigor, levando a que as empresas visadas fiquem “presas” entre as normas antigas e as emergentes políticas de tributação digital, forçando situações de dupla tributação sobre o mesmo rendimento. Razão pela qual é fundamental encontrar uma solução internacional para a tributação digital e assim evitar o potencial caos que seria se cada país adotasse as suas próprias políticas de tributação digital.

A busca pela solução deste problema começou em 2013, após o lançamento do relatório “*Addressing Base Erosion and Profit Shifting*”⁷³. Em setembro do mesmo ano, os países da OCDE e do G20 adotaram um Plano de Ação de 15 pontos para abordar a BEPS, identificando 15 ações ao longo de três pilares: introdução de coerência nas regras que afetam as atividades transfronteiriças, reforçando os requisitos de substância nas normas internacionais existentes e melhorando a transparência e a segurança.

Em novembro de 2015 foram apresentadas aos líderes do G20 em Antalya, um conjunto consolidado de medidas em resposta às 15 ações do Plano de Ação. Este pacote de medidas BEPS representou a primeira renovação substancial das normas de DFI em quase um século.

Por outro lado, os países da OCDE e do G20 reconheceram a necessidade de se estabelecer soluções globais, bem como um diálogo global, por forma a garantir uma implementação consistente e coordenada das recomendações BEPS e tornar o projeto mais inclusivo.

Como resultado, a OCDE estabeleceu o denominado “*Inclusive Framework on BEPS*” (“IF”) em 2016, reunindo todos os países e jurisdições interessados e comprometidos e de forma igualitária, no Comité dos Assuntos Fiscais e todos os seus órgãos subsidiários, contando com 137 membros.

Tendo como principal objetivo enfrentar os desafios fiscais decorrentes da digitalização da economia, e após a apresentação em 2018 de um relatório provisório (“*interim report*”)⁷⁴ solicitado pelo G20, os membros do IF concordaram, em janeiro de 2019, em examinar propostas em dois pilares, que poderiam constituir a base para uma solução consensual para os desafios fiscais decorrentes da digitalização. O Pilar Um tinha como foco o elemento de conexão (“*nexus*”) e a distribuição de lucros,

73 OCDE. (2013). *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*. OCDE publishing. doi:<http://dx.doi.org/10.1787/9789264192744-en>

74 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>

enquanto o Pilar Dois tinha como foco a determinação de um imposto mínimo global destinado a resolver os restantes desafios do BEPS.

Assim, em maio de 2019 foi adotado um programa de trabalho para os Pilares Um e Dois, e aprovado pelo G20 em junho do mesmo ano. No âmbito do respetivo programa de trabalho, o Secretariado da OCDE realizou, ainda, uma análise económica e de avaliação do impacto das propostas do Pilar Um e do Pilar Dois, sendo que, em julho de 2020, o G20 solicitou ao IF a elaboração de relatórios sobre os projetos do Pilar Um e do Pilar Dois (“*Blueprints*”)⁷⁵, até a reunião de Ministros das Finanças que teria lugar em outubro de 2020.

Desde o lançamento do relatório “*Addressing Base Erosion and Profit Shifting*” em fevereiro de 2013, passaram-se quase 8 anos, não existindo ainda uma solução efetiva para os desafios provocados pela economia digital, contudo a OCDE, através do IF, tem vindo a trabalhar numa solução global baseada em dois pilares, cujo objetivo seria chegar a uma solução consensual até ao final de 2020. Porém, por força da pandemia do COVID-19, novos prazos tiveram de ser definidos, almejando-se agora uma solução até o verão de 2021.

Não obstante, foi aprovado pelos membros do IF OCDE/G20, em 12 de outubro de 2020, o “*Tax Challenges Arising from Digitalisation – Report on Pillar One Blueprint*” (“RPB”).

O RPB, reflete o extenso trabalho técnico projetado para definir um quadro de tributação sustentável para uma economia cada vez mais digitalizada, e alcançar uma alocação mais justa e eficiente de direitos tributários⁷⁶. Tendo como objetivo adaptar o sistema internacional de imposto sobre os rendimentos aos novos modelos de negócios, através da alteração das normas de conexão e de distribuição dos lucros das empresas. Nesse contexto, propõe-se a ampliação do direito de tributação das jurisdições de mercado⁷⁷, quando se verifique uma participação ativa e sustentada de uma empresa na economia daquelas jurisdições, por meio de atividades ali exercidas (quer seja direta ou remotamente). Visa ainda melhorar significativamente a segurança jurídica tributária, introduzindo mecanismos inovadores de prevenção e resolução de litígios. Por fim, o Pilar Um procura equilibrar os diferentes objetivos dos membros do IF, por forma a evitar a adoção de medidas unilaterais, bem como remover aquelas já existentes.

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

76 Foi também anunciada uma consulta pública com base no RPB, que será concluída em 14 de dezembro de 2020. O objetivo é levar o processo de resolução de problemas e chegar a uma conclusão bem-sucedida em meados de 2021. Isso inclui a resolução de questões técnicas, o desenvolvimento de modelos de legislação, diretrizes, regras e processos internacionais. Trata-se de um cronograma incrivelmente apertado, dadas as complexidades e questões ainda a serem tratadas. No entanto, há uma pressão significativa para se chegar a conclusões, conforme demonstrado pelos comentários recentes da Comissão Europeia de que o bloco da UE seguirá sozinho se a data de meados de 2021 não for cumprida.

77 Que, para alguns modelos de negócios, são as jurisdições onde os utilizadores estão localizados.

Podemos, assim, agrupar os elementos chave do RPB em três componentes:

- (i) Um novo direito de tributação para jurisdições de mercado sobre uma parcela do lucro residual calculado ao nível de grupo ou segmento das EMN (“**Amount A**”);
- (ii) Um retorno fixo para certas atividades de marketing e distribuição que ocorrem fisicamente numa jurisdição de mercado, de acordo com o ALP⁷⁸ (“**Amount B**”);
- (iii) Procedimentos para melhorar a segurança jurídica tributária através de mecanismos eficazes de prevenção e resolução de litígios (“**Tax Certainty**”).

O *Amount A* é constituído por 7 blocos: *Scope; Nexus; Revenue; Tax base determination; Profit allocation; Elimination of double taxation; e Implementation and Administration*, através dos quais será determinado um novo direito de tributação.

Trata-se de um trabalho extremamente denso, repleto de incertezas, e carecendo de consenso em inúmeros tópicos. Contudo o nosso estudo apenas no novo elemento de conexão e os fatores propostos pelo RPB.

3.2. A proposta de um novo elemento de conexão

É hoje reconhecido que o direito de tributar não pode continuar a ser, exclusivamente, determinado pela referência a uma presença física. As normas atuais de tributação das empresas já não se coadunam a um contexto em que a presença física não é mais condição fundamental para um envolvimento ativo e sustentado num determinado mercado.

Contudo, a OCDE tem mostrado alguma relutância em abandonar o critério da fisicalidade enquanto elemento concretizador do EE⁷⁹, procurando antes, estabelecer um elo físico a ambas as realidades. O que não parece ser, efetivamente, suficiente.

No Relatório Final da Ação 1 do BEPS⁸⁰, a OCDE apresentou um novo conceito de elemento de conexão, por forma a garantir a tributação na jurisdição de mercado quando uma entidade não residente, ali presente uma presença económica significativa, ainda que não disponha de qualquer presença física, baseando-se num conjunto de fatores que demonstrem uma participação ativa e sustentada.

78 Arm’s Length Principle.

79 Conforme podemos verificar pelas sucessivas alterações aos comentários do artigo 5.º da CM da OCDE - 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

80 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>

Assim, na ausência de uma presença tributável, de acordo com os atuais princípios existentes, uma presença económica poderia se basear em determinados fatores, tais como as receitas geradas, a frequência das transações digitais e o número de utilizadores. Uma combinação desses fatores com a ênfase nas receitas poderia, então, resultar em uma presença tributável.

Quer isto dizer que, para as “atividades digitais”, a conexão seria estabelecida não com base no critério tradicional de EE, (i.e. a presença física), mas sim pela presença digital significativa.

Não obstante, é também reconhecido que, uma vez estabelecida uma conexão, não se afigura fácil a tarefa de determinar a receita atribuível, na medida em que não seria possível aplicar analogicamente as normas e princípios existentes.

Por outro lado, Hongler e Pistone⁸¹ apresentaram um relatório sobre como expandir o conceito de EE por forma a preservar adequadamente a soberania dos Estados da fonte para tributar os rendimentos na era digital. Os autores procuram uma revisão mais expressiva dos princípios de atribuição de direitos tributários.

Assim, os autores propõem o EE como um meio de alocar aqueles direitos tributários que requerem um desfasamento do conceito de local fixo de negócios (baseado em características físicas), como resposta às alterações estruturais da economia digital.

Entendem, também, que a realização de negócios digitais num determinado país pode justificar a criação de um EE de acordo com a teoria da fonte e do benefício. Por um lado, a teoria da fonte deve abranger os negócios digitais sempre que se verifique a criação de valor. Por outro lado, tais negócios digitais, ainda que sem presença física, também beneficiam de um sistema jurídico estável, de fornecimento de energia e de infraestruturas.

Em 2020, com o *Report on Pillar One Blueprint*, a OCDE volta a salientar a importância de se estabelecer um novo elemento de conexão, incluindo-o como elemento fundamental para a determinação do direito das jurisdições de mercado à alocação do *Amount A*.

Assim, o RPB identifica um conjunto de fatores que devem ser ponderados para determinar o envolvimento significativo e sustentado de uma EMN num uma jurisdição específica.

Contudo, antes de analisarmos esses fatores, torna-se fundamental saber que tipo de empresas são visadas por este novo direito de tributação denominado *Amount A*.

3.2.1. Âmbito de aplicação (“Escopo”)

O novo direito de tributação estabelecido pelo *Amount A* visa abranger apenas os grupos de EMNs que caiam no respetivo âmbito de aplicação. Assim, para as empresas que se integrem no

81 P. Hongler & P. Pistone, (2015), *Blueprints for a New PE Nexus to Tax Business Income in the Era of the Digital Economy*, White Papers IBFD pág. 10 e14.

âmbito de aplicação, é criado um novo elemento de conexão não dependente da presença física, e amplamente baseado no tipo de atividade comercial e nas receitas.

Para o efeito é proposto a realização de dois testes de avaliação, com base na atividade comercial da empresa (“*activity test*”) e na sua receita global (“*threshold test*”).

As atividades abrangidas (“*in-scope activities*”) incluem duas categorias que são projetadas com amplitude suficiente para acomodar novos modelos de negócios:

- (i) Serviços Digitais Automatizados (“*Automated Digital Services - ADS*”) - Definido de forma ampla como serviços disponibilizados aos utilizadores (institucionais ou particulares) através de um meio digital (*i.e.* pela Internet ou rede eletrónica), cujo acesso é obtido de forma automatizada (*i.e.* com um envolvimento humano mínimo) em virtude dos equipamentos e sistemas implementados para esse fim. Na definição de ADS encontramos, ainda, uma delimitação positiva e negativa de atividades, sendo que aquelas que figuram na lista negativa não serão considerados ADS; e
- (ii) Empresas Direcionadas para o Consumidor (“*Consumer Facing Businesses – CFB*”) - Esta categoria inclui as empresas tradicionais que adotaram a digitalização, permitindo-lhes participar de forma ativa e sustentada na vida económica de um mercado externo através de produtos intangíveis direcionados ao consumidor, sem ter que, necessariamente, investir em infraestruturas e operações locais. Incluem-se nesta categoria as empresas ou negócios que geram receitas com a venda de bens e serviços comumente vendidos aos consumidores (*i.e.* vendidos para consumo pessoal e não para fins comerciais ou profissionais), incluindo aqueles que vendem indiretamente por meio de intermediários e por meio de franquia e licenciamento.

3.2.1.1. Serviços Digitais Automatizados “SDA”

No âmbito do relatório são identificadas nove atividades de SDA:

1. Serviços de publicidade online - Consistem na colocação de anúncios em interface digital, normalmente oferecidos por operadores de plataformas de redes sociais, motores de busca online, plataformas de intermediação online e fornecedores de conteúdos digitais. Outros sistemas e processos automatizados para compra e venda de estoque de publicidade também estão incluídos.
2. Venda ou outra alienação de dados do usuário - Abrange a monetização dos dados do usuário gerados em uma interface digital (como hábitos do usuário, gastos, localização, hobbies, interesses pessoais, etc.), independentemente da fonte dos dados (coletados como dados brutos pela própria MNE ou podem ser adquiridos de outra empresa).
3. Mecanismos de busca online - Consiste na monetização de uma interface digital disponibilizada para busca na Internet por páginas da web ou informações hospedadas em interfaces digitais. As funções de pesquisa de site interno que não são monetizadas ou, em que os resultados da

pesquisa são limitados a dados hospedados na mesma interface digital, são excluídas do escopo.

4. Plataformas de média social - Interfaces digitais que facilitam a interação entre usuários, como sites de redes sociais e profissionais, plataformas de microblog, plataformas de compartilhamento de vídeo ou imagem, sites de namoro online, plataformas dedicadas ao compartilhamento de comentários de usuários, bem como chamadas online e plataformas de mensagens.
5. Plataformas de intermediação online - Monetização de plataformas digitais disponibilizadas para permitir aos usuários oferecer bens ou serviços a outros usuários. Esta categoria exclui a venda online de bens e serviços que fazem parte do inventário da própria plataforma (que pode, no entanto, ser capturado sob CFB), a menos que o negócio seja protegido dos riscos comerciais comuns associados ao fornecimento do produto subjacente (como onde a empresa apenas assume a titularidade flash e é isolada do risco de estoque, é totalmente indenizada contra o risco de responsabilidade do produto e risco de crédito).
6. Serviços de conteúdo digital - Fornecimento automatizado de conteúdo digital, como música, livros, vídeos, textos, jogos, aplicativos, programas de computador, software, jornais online, bibliotecas online e bancos de dados online, seja para acesso único, por um período limitado ou na perpetuidade. Duas isenções são distinguidas:
7. Jogos online - Plataformas de jogos *multiplayer*, independentemente de o acesso ao jogo ser por meio de taxa ou disponível gratuitamente, incluindo o fornecimento de compras no jogo. Esta categoria geralmente não inclui jogos para um jogador ou a compra de um jogo vendido em mídia tangível (o que estaria, entretanto, no escopo do CFB).
8. Serviços de ensino on-line padronizados - O fornecimento de programas de ensino on-line que não exigem a presença ao vivo de um instrutor ou personalização significativa em nome de um instrutor para um usuário específico ou grupo limitado de usuários.
9. Serviços de computação em nuvem - Fornecimento de acesso à rede para recursos de tecnologia da informação (TI) padronizados sob demanda (não customizados para a necessidade de um determinado cliente), fornecidos com um grau mínimo de envolvimento humano.

São ainda identificadas cinco atividades consideradas como não sendo SDA:

1. Serviços profissionais personalizados - serviços profissionais personalizados, prestados individualmente ou em empresa; independentemente dos meios de entrega do serviço (ou seja, entrega em formato digital compartilhado por e-mail).
2. Serviços de ensino on-line personalizados - Serviços de ensino ao vivo ou gravados fornecidos on-line, em que o professor personaliza o serviço (por exemplo, fornecendo feedback e suporte individualizado e não automatizado) para as necessidades do aluno ou grupo limitado.
3. Venda online de bens e serviços que não sejam ADS - Significa a venda de um bem ou serviço realizada por meio de uma interface digital em que a interface digital é operada pelo fornecedor

do bem ou serviço. Esta categoria se aplica a vendedores que usam uma plataforma digital para vender seus próprios produtos e serviços não digitais aos clientes.

4. Receita de venda de um bem físico independentemente da conectividade de rede (“Internet das Coisas”) - A venda de bens físicos que podem ser conectados à Internet ou agrupados com um serviço online não são considerados ADS. O serviço online per se pode, entretanto, ser considerado um ADS.
5. Serviços de acesso à Internet ou outra rede eletrônica - Esta categoria abrange o fornecimento de acesso (ou seja, ligação, subscrição, instalação) à Internet ou a uma rede eletrônica.

3.2.1.2. Negócios Direcionados para o Consumidor “NDC”

A definição de NDC inclui aqueles negócios que, direta ou indiretamente, fornece bens ou serviços de um tipo comumente vendido aos consumidores. Produtos “de um tipo comumente vendido aos consumidores” são aqueles que:

- (i) são desenvolvidos principalmente para venda aos consumidores;
- (ii) são disponibilizados de forma a serem para consumo pessoal; e
- (iii) são desenvolvidos pela EMN para serem regularmente fornecidos aos consumidores, seja por meio de pesquisa no mercado do consumidor, marketing e publicidade aos consumidores, utilização de dados de consumo ou do utilizador, fornecendo *feedback* dos consumidores ou serviços de suporte.

Uma vez definido como “um tipo comumente vendido aos consumidores” todos os bens ou serviços estarão dentro do escopo, ainda que tais produtos sejam vendidos (licenciado ou franqueado) a outra empresa. Quer isto dizer que uma EMN será abrangida pelo escopo com base na natureza do bem ou serviço, independente da intervenção de terceiros no canal de distribuição.

Assim sendo, uma EMN será considerada NDC se for proprietária do bem ou serviço de consumo, e detentor dos direitos de propriedade intelectual conexos com tais produtos. Neste contexto, outras EMN terceirizadas, como fabricantes, grossistas e distribuidores, que não tenham relação com o consumidor, não estão no escopo.

Com base na definição *supra* mencionada, são consideradas como NDC as atividades de farmacêutica, de franquia e licenciamento, de bens / serviços acabados de dupla utilização, e produtos e componentes intermediários de dupla utilização.

3.2.1.3. Exclusões

Resulta, ainda, do RPB a intenção de excluir expressamente determinadas atividades do âmbito de aplicação do *Amount A*, nomeadamente:

Recursos naturais: engloba extrativos não renováveis (como petróleo e minerais), renováveis (como produtos agrícolas, pesqueiros e florestais), produtos de energia renovável e produtos de energia semelhantes (como biocombustíveis, biogás, hidrogênio verde).

Serviços financeiros: Inclui serviços bancários, seguros e gestão de ativos.

Infraestruturas e negócios de construção em geral: A construção em geral pode ser dividida em comercial e residencial.

Negócios internacionais de transporte aéreo e marítimo: Seria “inapropriado incluir empresas aéreas e marítimas no âmbito do novo direito de tributação”. Isso é sustentado pelo fato de que há um consenso internacional de longa data de que os lucros das empresas que operam navios ou aeronaves no tráfego internacional devem ser tributados apenas na jurisdição em que a empresa tem sua residência.

3.2.2. Fixação de um limiar mínimo de receita

A verificação do exercício de uma das atividades previstas no escopo do *Amount A*, não é, contudo, suficiente para enquadrar, sem mais, uma entidade no âmbito de aplicação do *Amount A*.

Assim, além da verificação da atividade comercial, o RPB estabelece dois limites mínimos que devem estar preenchidos para que as atividades de um grupo multinacional sejam abrangidas pelo âmbito de aplicação. Tais limites visam criar um equilíbrio entre os custos adicionais de *compliance* associados à implementação do *Amount A*, e os potenciais benefícios decorrentes da realocação de lucros sob o *Amount A*.

O primeiro limite consiste num teste sobre receita global de uma EMN, excluindo aquelas cuja receita bruta consolidada seja inferior a um determinado montante. Como ponto de partida, é proposto o limite mínimo de 750 milhões de euros, atualmente aplicado para o CbCR⁸². É, pois, reconhecido que a aplicação de qualquer limite de receita global abaixo daquele montante, aumentaria os custos administrativos e de *compliance*, embora não levasse a uma alocação adicional substancial de lucros residuais para jurisdições de mercado.

O segundo limite visa excluir as EMN que geram apenas uma pequena percentagem das suas receitas em jurisdições de mercado estrangeiro. Assim, é proposto que esse teste seja aplicado com base num número absoluto, em detrimento do tamanho do negócio doméstico da EMN. Portanto, ficam fora do escopo aquelas EMN que não atendam ao limite mínimo de receita estrangeira.

⁸² Country-by-Country Report

3.2.3. Novos elementos de conexão

A nova estrutura tributária internacional proposta pelo RPB reconhece que vivemos numa era digital em que os direitos tributários não podem continuar a ser determinados exclusivamente por referência à presença física.

Conforme vimos anteriormente, o âmbito de aplicação procura capturar aquelas grandes EMN que são capazes de participar de uma maneira ativa e sustentada na vida económica das jurisdições de mercado por meio do envolvimento que vai além da mera conclusão das vendas, a fim de gerar lucros, sem que tenham, necessariamente, um nível proporcional de presença tributável nesse mercado (de acordo com as normas de conexão existentes). Razão pela qual o âmbito de aplicação e normas de conexão, carecem de ser e interpretados conjuntamente, pois traduzem uma lógica subjacente comum.

Estes elementos de conexão pretendem proteger os interesses das jurisdições mais pequenas, especialmente as economias em desenvolvimento, permitindo, assim, beneficiar do novo direito tributário, reconhecendo, ainda, a necessidade de manter os custos de *compliance* reduzidos e proporcionais.

Os novos elementos de conexão determinam apenas o direito das jurisdições de mercado à alocação do *Amount A*, não sendo aplicáveis para outros fins que não dentro do escopo, limitando, assim, quaisquer efeitos colaterais com as demais normas tributárias em vigor.

Os elementos de conexão são baseados num conjunto de indicadores de um envolvimento significativo e sustentado de uma EMN num uma jurisdição específica. Esses indicadores podem diferir dependendo se a EMN é um SDA ou um NDC.

No caso de SDA, a receita de mercado superior a um determinado limite é suficiente para estabelecer uma conexão entre a EMN e a jurisdição em questão, criando-se assim um direito na esfera dessa jurisdição a uma parte do *Amount A*. A própria natureza dos SDA permitem o seu exercício remotamente, sendo, geralmente, atividades que têm uma presença significativa e sustentada na jurisdição de mercado, ainda que ali não tenham qualquer presença física. O que é, precisamente, um dos maiores desafios da tributação da economia digital.

No que respeita a NDC, a capacidade de participar remotamente numa jurisdição de mercado é menos pronunciada que os SDA. Adicionalmente, a complexidade e custo de *compliance* associados ao apuramento das receitas derivadas dos NDC, bem como o reconhecimento de que as margens de lucro são normalmente menores para os NDC, comparativamente aos SDA, poderia justificar um elemento de conexão padronizado mais elevado para os NDC.

Assim, um tal elemento de conexão poderia consistir na imposição de um limite mínimo de receitas superior àquele previsto para os SDA, e a presença de fatores adicionais (fatores “*plus*”) que evidenciem a presença ativa e sustentada numa determinada jurisdição, para além da mera conclusão de vendas.

Em suma, o RPB propõe uma abordagem baseada nos seguintes elementos:

- (i) Para os SDA: aplicar-se-á o elemento de conexão quando a receita seja superior a EUR X milhões por ano; e
- (ii) Para os NDC: aplicar-se-á o elemento de conexão quando a receita for superior a EUR X milhões por ano, e estivermos perante um fator adicional que evidencie uma presença significativa num mercado. Um desses possíveis fatores adicionais é, precisamente, a existência de um EE, nos termos definidos pela CM da OCDE, desde que essa entidade exerça uma atividade conexa vendas dentro do âmbito de aplicação.

3.2.4. Características e funcionamento dos elementos de conexão

Para EMN abrangidas pelo âmbito de aplicação, os novos elementos de conexão seriam baseados em indicadores de uma relação significativa e sustentada com as jurisdições de mercado. Pelo contrário, na ausência desta relação, os lucros dessa EMN não seriam realocados para tal jurisdição ao abrigo do *Amount A*.

Os novos elementos de conexão funcionariam autonomamente, por forma a limitar quaisquer efeitos colaterais não pretendidos sobre outros impostos, ou normas fiscais existentes. Quer isto dizer que, tais elementos não iriam conflitar com as normas de EE existentes, que continuarão a funcionar normalmente.

3.2.4.1. Receitas de mercado e requisitos temporais

Os limites de receita de mercado serão aplicados à receita de um grupo empresarial (ou segmento de um grupo) gerada numa jurisdição de mercado. Desde que ao abrigo de uma atividade abrangida pelo âmbito de aplicação.

Um requisito temporal poderá, ainda, ser desenvolvido, por forma a evitar compreender transações pontuais que não sejam representativas de um compromisso sustentado com o mercado. Nomeadamente quando o limite de receita de mercado seja excedido durante um período superior a um ano antes de se estabelecer uma conexão.

Entendeu-se também, no RPB, que o limite de receita de mercado deveria ser compatível com o tamanho de cada mercado, que poderia ser aferido pelo PIB, porém a adoção de tal critério poderia revelar-se demasiado complexo.

Assim, é proposta a utilização de um valor monetário de receita no mercado - um para SDA e outro para NDC, sendo fixados limites mínimos mais elevados para os grandes mercados, e limites mínimos mais reduzidos para economias em desenvolvimento.

No caso de SDA, a receita de mercado superior a um determinado limite é suficiente para estabelecer uma conexão entre a EMN e a jurisdição em questão, criando-se assim um direito na esfera dessa jurisdição a uma parte do *Amount A*. A própria natureza dos SDA permitem o seu exercício remotamente, sendo, geralmente, atividades que têm uma presença significativa e sustentada na jurisdição de mercado, ainda que ali não tenham qualquer presença física. O que é, precisamente, um dos maiores desafios da tributação da economia digital.

No que respeita a NDC, a capacidade de participar remotamente numa jurisdição de mercado é menos pronunciada que os SDA. Adicionalmente, a complexidade e custo de *compliance* associados ao apuramento das receitas derivadas dos NDC, bem como o reconhecimento de que as margens de lucro são normalmente menores para os NDC, comparativamente aos SDA, poderia justificar um elemento de conexão padronizado mais elevado para os NDC.

Vimos que a aplicação de diferentes valores de limite de receita para SDA e NDC podem ser justificados pelos seguintes motivos. Em primeiro lugar, a capacidade das empresas NDC de participar remotamente em jurisdições de mercado parece menos pronunciada, em comparação com os SDA.

Em segundo lugar, a complexidade adicional e os custos de *compliance* associados ao apuramento das receitas derivadas dos NDC, em comparação com SDA, também aponta para um valor limite mais elevado para os NDC. Finalmente, as margens de lucro são, normalmente, menores para NDC, em comparação com os SDA, e, portanto, o valor limite deve ser maior mais elevado, por forma a garantir o mesmo equilíbrio entre benefícios fiscais para as jurisdições de mercado e *compliance* geral e custos administrativos.

Relativamente aos SDA, o limite de receita de mercado seria o único critério para estabelecer o elemento de conexão.

3.2.4.2. Fatores adicionais de conexão para os NDC

Para os NDC, um nível de vendas acima do limite de receita de mercado poderá não demonstrar o envolvimento ativo e sustentado com o mercado além da mera conclusão das vendas. Assim, para demonstrar esse nível de compromisso, a presença de indicadores adicionais pode ser necessária.

Uma das opções a ser considerada é aquela em que se presume que uma EMN tem uma presença ativa e sustentada numa jurisdição de mercado quando as suas vendas ultrapassem um determinado nível. De qualquer forma, o alcance de um determinado nível de vendas seria, para muitos grupos empresariais, motivo suficiente para a estabelecer uma presença física nesse mercado.

Entretanto outros possíveis fatores adicionais foram analisados, nomeadamente (i) a existência de presença física por meio de um EE, (ii) uma presença física que não seja considerado EE, (ii) e a realização de atividades publicidade e promoção, direcionadas e sustentadas, de suporte às vendas dentro na jurisdição de mercado, que estejam dentro do âmbito de aplicação.

3.2.4.2.1. Critério da presença física

De acordo com o RPB o fator adicional preferencial para estabelecer uma conexão seria o da presença física, por meio de uma subsidiária ou EE, isto porque tal EE ou entidade residente provavelmente já terá revelado todos os seus dados e informações relevantes nessa jurisdição. Por outras palavras, a conexão aplicável a uma entidade (à sua sede ou EE) aplicar-se-á a todo o grupo.

Para se estabelecer uma presença física ativa e sustentada, as atividades realizadas devem estar relacionadas com as receitas dentro do escopo. Este requisito pode incluir não apenas atividades de distribuição, mas também atividades de apoio direto às vendas no mercado, seja através da facilitação à faturação e pagamento na moeda local, cobrando impostos indiretos e taxas, transporte, manutenção de inventário local, entrega transfronteiriça, suporte pós-venda, reparação e manutenção, publicidade e promoção e adaptação de produtos ou serviços para o mercado específico. Pelo contrário, atividades relacionadas com pesquisa e desenvolvimento, não teriam uma conexão suficiente com as vendas, e, portanto, não constituem uma presença física sustentada.

Assim, existirá um EE de grupo quando alguma empresa desse grupo tenha um EE ou sede num determinado mercado. Em ambos casos, as atividades locais terão de estar relacionadas com as vendas. Assim, uma entidade criada com o objetivo de auxiliar a expansão futura do grupo não acionaria o critério de conexão se, por exemplo, não tivesse instalações e nem funcionários.

Coloca-se, então, a questão de como determinar a existência de um EE de grupo. Não é um problema de fácil resolução, na medida em que diferentes tratados consagram diferentes definições de EE, além das situações em que nem há tratado.

Uma das possibilidades é a adoção da definição de EE constante em qualquer um dos tratados existentes entre o estado de residência de uma entidade do grupo e a jurisdição do mercado que desencadeou a existência de um EE, desde que o EE esteja relacionado com as receitas dentro do escopo. Todavia esta opção pode levar a injustiças e risco de distorções:

- (i) Desde logo, nos casos em que não existe um tratado aplicável, uma EMN poderia ter uma presença tributável apenas pela simples prestação de serviços, ou venda de mercadorias, em virtude da aplicação da legislação nacional da jurisdição de mercado.
- (ii) Dependendo das diferentes definições de EE nos tratados existentes pode levar situações injustas, na medida em que uma jurisdição de mercado (com um limiar de EE padrão nos seus tratados) pode vir a não receber qualquer imposto sob o *Amount A* de uma determinada EMN, ao passo que outra jurisdição (com um limiar de EE inferior) viria a cobrar impostos ao abrigo do *Amount A*, a essa mesma EMN (e para as mesmas atividades). O mesmo problema se coloca se a definição se basear na legislação nacional.

- (iii) Se o *Amount A* estiver condicionado à existência de um EE por parte de uma EMN nos termos dos tratados existentes ou da legislação nacional, as administrações fiscais poderão se sentir tentadas e pressionadas para encontrar a existência de EE, aumentando as chances de disputas de EE entre jurisdições, com um potencial impacto além do escopo do *Amount A*.

Para mitigar as preocupações *supra* mencionadas, a abordagem preferida seria utilizar uma única definição de EE de grupo, em vez de se basear numa definição de EE já existente nos tratado ou legislação nacional. Essa disposição autónoma não afetaria, contudo, a aplicação das normas de EE existentes nos tratados ou legislação nacional, que continuariam a funcionar da mesma forma, exceto relativamente alocação do *Amount A*.

A intenção é, portanto, desenvolver um critério de EE de grupo, adotando o princípio básico de EE compartilhado entre os Modelos da ONU e da OCDE: um local fixo de negócios através do qual um NDC de um grupo de EMN, é total ou parcialmente realizado e aplicando-o ao grupo de EMN. Esta definição de EE de grupo tem apenas o propósito de estabelecer um novo elemento de conexão para o *Amount A*.

3.3. Conclusão

O fenómeno da digitalização é considerado por muitos como o desenvolvimento mais importante da economia desde a revolução industrial e um dos principais impulsionadores do crescimento e inovação.

Por outro lado, a economia digital está associada aos grandes desafios proporcionados ao DFI. É hoje reconhecido que normas tributárias tradicionais não acompanharam a evolução económica e desenvolvimento de novas práticas de negócios, nomeadamente os modelos de negócios digitais, onde os principais desafios decorrem da diminuição da relevância da presença física na jurisdição de mercado, bem como da crescente importância e mobilidade dos intangíveis e do alto grau de integração das cadeias de valor.

A desmaterialização da economia digital é um dos maiores obstáculos à operacionalização dos elementos de conexão tradicionais, já que estes se baseiam em conceitos de tangibilidade e corporeabilidade que só encontram aplicação viável num mundo físico e delimitado territorialmente e, portanto, insubordináveis a uma realidade intangível e incorpórea, ou virtual se preferimos, inerente à economia digital. Especialmente o EE, conceito esse fundamental para estabelecer uma relação passível de tributação num determinado território, cuja concretização assenta sempre numa ideia de fisicalidade.

Esta dificuldade de adaptação por parte dos elementos de conexão existentes, refletem-se numa crescente incapacidade das administrações fiscais em identificar um facto tributário passível de tributação, e conseqüente perda de receitas tributárias.

Embora esses desenvolvimentos não sejam necessariamente novos, desencadearam uma forte discussão política sobre como a tributação internacional pode ser reformada por forma a fornecer um sistema razoável e estável de tributação dos lucros das empresas multinacionais no século XXI. Tal impulso político deveu-se, em larga medida, à crise mundial de 2008, que teve o efeito de despertar as comunidades para uma realidade que vinha sendo explorada pelas grandes EMN, sem grandes consequências práticas.

A partir daí, as instituições supranacionais, nomeadamente a CE e a OCDE, têm vindo a trabalhar numa forma de combater os desafios fiscais provocados pela digitalização da economia.

Em 2013, a OCDE apresentou pela primeira vez a hipótese de introdução de um novo elemento de conexão baseado no conceito de presença económica significativa, por forma a garantir a tributação na jurisdição de mercado quando uma entidade não residente, ali apresente uma presença económica significativa, ainda que não disponha de qualquer presença física, baseando-se num conjunto de fatores que demonstrem uma participação ativa e sustentada.

Contudo, devido a questões práticas e preocupações sobre as implicações resultantes do desvio aos princípios fiscais existentes, a OCDE não desenvolveu mais o conceito de presença económica significativa como opções de combate aos desafios fiscais provocados pela digitalização da economia.

Até que, em 2020, com a apresentação do RPB, veio renovar a ideia de um estabelecer novos elementos de conexão, como parte essencial do plano de criar um novo direito de tributação para as jurisdições de mercado sobre uma parcela do lucro residual calculado ao nível de grupo ou segmento das EMN que ali obtenham rendimentos.

Apesar dos esforços evidenciados pela OCDE, não foi possível, ainda, chegar a um consenso sobre a proposta apresentada. É expressamente salientado ao longo do RPB, que há um grande número de questões que ainda carecem de discussão e aprovação dos membros do IF.

É importante notar que nem todos os Estados partilham dos mesmos interesses e ambições. Na atual conjuntura existem Estados perdedores e Estado vencedores. Podemos dizer que os Estados perdedores são os Estados da fonte, que vêm a sua base tributária se degradar, pela impossibilidade de tributar aqueles rendimentos obtidos pelas EMN sem presença física. Por outro lado, temos os Estado vencedores, que serão os Estados da residência dessas mesmas EMN.

Razão pela qual, não é difícil entender a posição assumida por alguns Estado em relação à criação de um novo direito de tributar, que visa alocar uma parcela do lucro global de um grupo de EMN, que seria tributado na residência, a um outro Estado (da fonte).

O exemplo mais flagrante são os EUA, e facilmente se percebe porquê, já que a grande maioria dos grupos de EMN digitais são norte americanas, e geram receitas astronómicas.

Existe, portanto, uma grande tensão e expectativa, agudizada pela crise pandémica do COVID-19, de reunir um consenso relativamente à proposta da OCDE, num curtíssimo espaço temporal. Note-

se que a CE impôs um prazo limite (até ao final do primeiro de 2021) para uma conclusão, sob pena do bloco da EU avançar com as suas próprias medidas.

Outro dos efeitos negativos da ausência de uma solução global, é a adoção unilateral de medidas por parte dos Estados, como, aliás, já tem acontecido. Uma tal situação provocaria o caos na economia mundial, potenciando inúmeras situações de dupla (ou mais) tributação.

Outra das possíveis consequências é o surgimento de *trade wars* entre Estados, por alegadas práticas comerciais desleais. Temos como exemplo recente o caso da França vs EUA, no qual a França comunicou a sua intenção de implementar um imposto sobre serviços digitais (“ISD”) de 3% das receitas obtidas em França através de publicidade *online*, venda de dados para fins publicitários, e conexões entre utilizadores por meio de plataformas de *internet*. Argumentou, o primeiro ministro francês, que os gigantes da tecnologia deveriam ser obrigados a pagar impostos onde fazem negócios, em vez de transferir os lucros para paraísos fiscais.

Donald Trump ordenou uma investigação e concluiu que esse imposto sobre serviços digitais discrimina as empresas americanas, é inconsistente com os princípios vigentes da política tributária internacional e é incommumente onerosa para as empresas americanas afetadas, sendo, portanto, inaceitável.

Ora, em bom rigor o ISD aplicar-se-ia a todas as empresas abrangidas pelos requisitos determinados pelo governo francês, fossem elas chinesas, italianas ou norte americanas. Contudo, como já se referiu, a grande maioria dos gigantes tecnológicos são empresas dos EUA, bem como o próprio ISD é também conhecido como imposto GAFA (com referências a Google, Apple, Facebook e Amazon), o que enfraqueceu as alegações francesas sobre a não discriminação.

Não obstante, se não se chegar a uma solução global, França irá mesmo aplicar unilateralmente um ISD, bem como outros tantos países que já manifestaram essa mesma intenção, nomeadamente Reino Unido, Áustria, República Checa, Hungria, Itália, Espanha, Turquia.

Por fim, refira-se que por força da enorme crise sanitária que atualmente atravessamos (Covid-19), que está a “detonar” a economia mundial, acresce uma pressão ainda maior sobre a OCDE para atingir o tão almejado consenso.

Bibliografia:

BODIN, Jean (2011[1576]). Os seis livros da república. Tradução de José Carlos Orsi Morel. São Paulo

Campos D. L. e Campos M. H. (2000). Direito tributário, Reimpressão da 2.^a edição, Coimbra, Almedina

Caldas, M. (2015) O Conceito de Planeamento Fiscal Agressivo: Novos Limites ao Planeamento Fiscal? 1^a edição. 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 (4^a 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.

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.

Comissão Europeia. (6.5.2015). Comunicação da Comissão Europeia: Estratégia para o Mercado Único Digital na Europa. Bruxelas.

Comissão Europeia (2014). Report of the Commission Expert Group on Taxation of the Digital Economy.

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.

Comissão Europeia. (21.03.2018). Proposta de Diretiva do Conselho: que estabelece regras relativas à tributação das sociedades com uma presença digital significativa.

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 em:

<https://eurlex.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 em:

<http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15445-2017-INIT/en/pdf>

Courinha, G. L. (abril de 2001). A Tributação Direta das Pessoas Coletivas no Comércio Electrónico. Fiscalidade.

Courinha, G. L. (2011) – A residência no Direito Internacional Fiscal - Do abuso subjetivo das convenções – Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Courinha, G. L. (abril-junho de 2014). BEPS e o Sistema fiscal português: uma primeira incursão. Cadernos de Justiça Tributária.

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). Governação 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 Welmory 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.

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. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais.

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 Direção Geral dos Impostos n.º 399.

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.

Guimarães, V. B. (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.

Hongler, P., & Pistone, P. (2015). Blueprints for a New PE Nexus to Tax Business Income in the Era of the Digital Economy. IBFD. Obtido em

https://www.ibfd.org/sites/ibfd.org/files/content/pdf/Redefining_the_PE_conceptwhitepaper.pdf

Jeffery, R. J. (1999). The Impact of State Sovereignty on Global Trade and International Taxation. Londres: Kluwer Law International.

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.

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.

Mohamed, S. e Hogan , O. (2013) – Data on the Balance Sheet, London; SAS obtido em: <http://www.sas.com/offices/europe/uk/downloads/bigdata/cebr:databalancesheet.pdf>

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: Almedina.

Nabais, J. C. (2001). Alguns desafios atuais da tributação. Fiscalidade.

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.

OCDE. (2005). Are the current treaty rules for taxing business profits appropriate for ecommerce? Obtido em: <http://www.oecd.org/ctp/treaties/35869032.pdf>

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 em:

<http://www.oecd.org/ctp/taxchallenges-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, 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.

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

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*.

Pinto, D. (2006). The Need to Reconceptualize the Permanent Establishment Threshold. *Em Bulletin for International Taxation*. Obtido em:

<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) – O Impacto do comércio electrónico no Direito Internacional Fiscal, *Em Tributação Internacional do Rendimento Empresarial Gerado Através do Comercio 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.º 2.

Ribeiro, J. T. (1997). *Lições de Finanças Públicas*. Coimbra: Coimbra Editora.

Saldanha Sanches, J. L. (janeiro de 1991). *Soberania Fiscal e Constrangimentos Externos*. Fisco.

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. (2003). *Auxílios do Estado e Fiscalidade*, Coimbra, Almedina.
- 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
- Santos, B. (2002). *Os processos de globalização*. Em *Globalização: fatalidade ou utopia?* Porto: Edições Afrontamento.
- Santos, C. (2003). *A Aplicação das Convenções pelos Tribunais. Planeamento e Concorrência Fiscal Internacional*.
- Santos, J. P. (2000). *A Tributação do Capital na Economia Global. Colóquio: Os efeitos da Globalização na Tributação do Rendimento e da despesa*. Lisboa: Centro de Estudos e Apoio às Políticas Tributárias.
- Teixeira, G. (2012). *Manual de Direito Fiscal (2.ª 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.º 1.
- Wilde, M. (2015). *Tax Jurisdiction in a Digitalizing Economy; Why 'online profits' are so hard to pin down*. *Intertax*.
- Xavier, A. (2011). *Direito Tributário Internacional (2ª ed.)*. Coimbra: Almedina.