

INSTITUTO POLITÉCNICO DE LISBOA
INSTITUTO SUPERIOR DE CONTABILIDADE
E ADMINISTRAÇÃO DE LISBOA



ISCAL

OS DESAFIOS DA ECONOMIA DIGITAL À TRIBUTAÇÃO DO RENDIMENTO

Rute Nogueira

LISBOA, ABRIL DE 2017

INSTITUTO POLITÉCNICO DE LISBOA
INSTITUTO SUPERIOR DE CONTABILIDADE E
ADMINISTRAÇÃO DE LISBOA

OS DESAFIOS DA ECONOMIA DIGITAL À TRIBUTAÇÃO DO RENDIMENTO

Rute Nogueira N.º 20140988

Dissertação submetida ao Instituto Superior de Contabilidade e Administração de Lisboa para cumprimento dos requisitos necessários à obtenção do grau de Mestre em Fiscalidade, realizada sob a orientação científica da Professora Doutora Clotilde Celorico Palma

Constituição do Júri:

Presidente: Prof. Doutor Paulo Nogueira da Costa

Arguente: Prof. Especialista Amândio Silva

Vogal: Prof. Doutora Clotilde Palma

Lisboa, Abril de 2017

Declaro ser a autora desta dissertação, que constitui um trabalho original e inédito, que nunca foi submetido (no seu todo ou qualquer das suas partes) a outra instituição de ensino superior para obtenção de um grau académico ou outra habilitação. Atesto ainda que todas as citações estão devidamente identificadas.

Mais acrescento que tenho consciência de que o plágio – a utilização de elementos alheios sem referência ao seu autor – constitui falta de ética, que poderá resultar da anulação da presente dissertação.

O presente trabalho respeita as normas vigentes no Manual para elaboração de dissertações do ISCAL (e especificamente norma portuguesa para referência bibliográfica NP405) e o texto respeita a ortografia pré-acordo ortográfico.

À minha mãe,
que sempre me incentivou a enfrentar os desafios.

Agradecimentos

Por muita vontade que se tenha no início de um projecto como este, as vicissitudes do dia-a-dia e os bloqueios ocasionais vão esmorecendo o empenho e minando a confiança na conclusão do trabalho. Nestas ocasiões, à luta interior para recuperação da motivação associa-se o apoio dos que nos rodeiam e de alguma forma nos impelem a concluir o objectivo.

Assim, ao terminar esta dissertação desejo expressar a minha gratidão a todos os que, de várias formas, me ajudaram neste projecto, e em especial:

À minha orientadora, Prof. Dra. Clotilde Palma, que se disponibilizou desde o primeiro momento para ser orientadora da minha dissertação, pela sua ajuda, apoio e confiança.

À minha família, amigos e colegas pela força e incentivo.

Resumo

Esta dissertação aborda o impacto da economia digital no âmbito da tributação directa, com especial relevo no estudo dos elementos de conexão.

Num primeiro momento começamos por abordar os princípios essenciais do Direito Fiscal Internacional, de forma a criar a base conceptual para o entendimento do impacto dos desenvolvimentos tecnológicos na economia, na sociedade e na tributação.

Em segundo lugar abordamos a temática da economia digital, levando em mente os trabalhos realizados pelas organizações internacionais, identificamos as principais características e desafios.

Na análise aos desafios à tributação decorrentes da denominada economia digital regressamos aos elementos de conexão, identificando a dificuldade de adaptação destes conceitos centenários. Abordaremos também as dificuldades na valorização de um novo factor de produção: a informação e, a complexidade na caracterização dos rendimentos.

Apresentados os problemas que se relacionam com o objecto do nosso estudo, passamos de seguida, à identificação e análise das soluções encontradas a nível político, seguindo de perto os trabalhos da OCDE.

Por fim, atentos ao regulamento do curso, expomos a aplicação prática de uma solução para fazer face aos desafios da economia digital à tributação do rendimento, apresentada pela OCDE, no âmbito do projecto BEPS.

Esperamos assim, com este estudo académico, conseguir contribuir ajudando a compreender as implicações a nível tributário da digitalização da economia, nomeadamente no que diz respeito aos princípios do Direito Fiscal Internacional (DFI).

Palavras-chave: Economia digital, Direito Fiscal Internacional, Elementos de Conexão, Residência, Fonte, Estabelecimento Estável, BEPS.

Abstract

This thesis addresses the impact of the digital economy in direct taxation, with particular emphasis on the study of nexus.

The essay begins by addressing the essential principles of international tax law, in order to create the conceptual basis to understand the impact of technological developments in the economy, society and taxation.

Subsequently we will address the specifics of the digital economy identifying its main characteristics and challenges, bearing in mind the work done by international organizations.

In the analysis of the taxation challenges arising from digital economy we'll return to the nexus issues, identifying the difficulty of adapting these centenary concepts. We will also address the difficulties in valuing a new factor of production: information, and finally the complexity of income classification.

Having presented the problems related to the subject studied, we will turn to the analysis of the solutions found at the political level, closely following the work of the OECD.

Lastly, we'll present the practical application of one of the options found to face the challenges of the digital economy to the taxation of the income, presented by the OECD, within the scope of the BEPS project.

With this academic study we hope to contribute, helping to understand the implications in international taxation of the digitization of the economy, particularly with regard to the principles of International Tax Law.

Keywords: Digital Economy, International Tax Law, Nexus, Residence, Source, Permanent Establishment, BEPS.

Índice

1. Introdução	1
1.1 Objecto	1
1.2 Objectivos.....	1
1.3 Estrutura	2
2. Dos princípios aos elementos de conexão tradicionais do DFI.....	4
2.1 Os princípios estruturais.....	5
2.1.1 O princípio da soberania.....	5
2.1.2 O princípio da equidade	6
2.1.3 O princípio da neutralidade	7
2.2 Os princípios operativos	8
2.2.1 O princípio da residência e o princípio da fonte – Os elementos de conexão	9
2.2.1.1 A residência	10
2.2.1.2 A fonte	12
2.2.1.3 A conjugação da Residência com a Fonte.....	13
2.2.2 O princípio do Estabelecimento Estável.....	15
2.2.2.1 Origem e desenvolvimento do conceito de Estabelecimento Estável..	16
2.2.2.2 Estabelecimento estável no Modelo de Convenção da OCDE.....	20
2.2.2.2.1 Estabelecimento Estável Instalação Fixa.....	22
2.2.2.2.2 Estabelecimento Estável Projecto	24
2.2.2.2.3 Estabelecimento Estável Agência.....	25
2.2.2.2.4 A situação dos Grupos de sociedades.....	26
2.2.2.3 Conclusões sobre o conceito de EE.....	27
3. A economia digital.....	29
3.1 A globalização e o impacto das Tecnologias de Informação e Comunicação.....	29
3.2 As principais características da economia digital	34
3.2.1 A mobilidade.....	35
3.2.2 Os efeitos de rede.....	36
3.2.3 A importância da informação.....	37
3.2.4 Os modelos de negócio multifacetados	39
3.2.5 A tendência para monopólio	39
3.2.6 A volatilidade	40
3.3 A economia digital como promotora de oportunidades de erosão da base tributável e deslocalização de lucros	41
3.3.1 Eliminando ou reduzindo o imposto no país de mercado.....	42

3.3.2	Evitando imposto retido na fonte	42
3.3.3	Eliminar ou reduzir impostos no país intermediário	43
3.3.4	Eliminação ou redução da tributação no país da residência da patente.....	43
3.3.5	Acções do relatório que têm relevância nas oportunidades de BEPS da economia digital	43
4.	Os principais desafios da economia digital à tributação do rendimento	45
4.1	A adaptabilidade do elemento de conexão	45
4.1.1	A residência.....	46
4.1.2	A fonte.....	50
4.2	Valorização dos dados	55
4.3	Caracterização dos rendimentos de novos negócios.....	57
5.	Como tributar efectivamente a economia digital?.....	60
5.1	O <i>bit tax</i>	62
5.2	Modificações às excepções do conceito de EE da CM OCDE	64
5.3	Um novo elemento de conexão baseado no conceito de presença económica significativa	70
5.4	Criação de uma retenção na fonte sobre transacções digitais	75
5.5	Introdução de um imposto de equiparação (<i>equalization levy</i>)	77
5.6	Conclusão	79
6.	Estudo de caso	81
6.1	Um imposto de equiparação na Índia	82
6.1.1	Porquê um imposto de equiparação?	83
6.1.2	Como funciona o imposto?	88
6.1.3	As críticas	90
6.1.4	Conclusão	92
7.	Conclusão	94
	Referências bibliográficas.....	100

Índice de Quadros e Tabelas

Quadro 3.1 - Utilizadores de <i>Internet</i>	32
Quadro 3.2 - Dados Pessoais	38

Acrónimos e abreviaturas

- ACEPI - Associação do Comércio Electrónico e Publicidade Interactiva
- ADT – Acordo(s) para evitar Dupla Tributação
- AT - Autoridade Tributária e Aduaneira
- B2C - *Businesses to Consumers*
- BEPS - *Base Erosion and Profit Shifting* - Erosão da Base Tributária e Transferência de Lucros
- CAAD - Centro de Arbitragem Administrativa
- CDT - Convenção(ões) para Evitar Dupla Tributação
- CEN - *Capital Export Neutrality*
- CFA - *Committee on Fiscal Affairs*
- CFC - *Controlled Foreign Corporation*
- CIN - *Capital Import Neutrality*
- CIRC – Código do Imposto sobre as pessoas Colectivas
- CIRS – Código do Imposto sobre as pessoas Singulares
- CM OCDE - Convenção Modelo da Organização de Cooperação e de Desenvolvimento Económico
- DFI - Direito Fiscal Internacional
- EE – Estabelecimento(s) Estável(is)
- EEE - Espaço Económico Europeu
- FSI - Fornecedor de Serviços via Internet
- GST - *Goods and Services Tax*
- ICIJ - *International Consortium of Investigative Journalists*
- ICT - *Information and Communication Technology*
- ISP – *Internet Service Provider*
- ITA . *Income Tax Act*
- IVA - Imposto sobre o Valor Acrescentado
- MC ONU – Modelo de Convenção da Organização das Nações Unidas
- NCRF - Normas Contabilísticas e de Relato Financeiro
- OCDE – Organização de Cooperação e de Desenvolvimento Económico
- ONU - Organização das Nações Unidas
- PC - *Personal Computer* – Computador Pessoal
- SNC - Sistema de Normalização Contabilística
- TAG - *Technical Advisory Groups*

TIC – Tecnologia(s) de Informação e Comunicação

UE - União Europeia

WWW - *World Wide Web*

1. Introdução

1.1 Objecto

O desenvolvimento das tecnologias de informação e comunicação veio dar um novo e poderoso impulso ao fenómeno da globalização. As formas tradicionais de nos relacionarmos mudaram, a sociedade evoluiu e a economia tornou-se digital.

E a economia digital difundiu-se de tal forma que representa, hoje em dia, não uma parte da economia, mas a própria economia, englobando o comércio electrónico, todas as infra-estruturas de condução de negócios e influenciando as próprias formas de os conduzir.

É necessário entender este fenómeno, o seu desenvolvimento e as suas características. Só dessa forma podemos compreender o seu impacto na tributação internacional, equacionar e analisar soluções de ajuste dos regimes de tributação tradicionais a esta nova realidade, evitando áreas de dupla incidência, mas sobretudo a existência de rendimentos apátridas.

O estudo destas questões tem merecido, nos últimos anos, especial atenção de grupos de trabalho, criados no seio das instituições internacionais - particularmente por iniciativa da OCDE e da Comissão Europeia - culminando na publicação de vários relatórios, que foram merecedores de extensa projecção, quer nos meios políticos, quer académicos.

Assim, faz-nos todo o sentido estudar estas matérias, pela sua actualidade e relevância ao nível do direito fiscal internacional.

No desenvolvimento desta dissertação, considerando a vasta dimensão da temática do fenómeno da economia digital, fruto da necessária, restrição regulamentar, dos meios e do tempo, urge que delimitemos o nosso objecto de estudo a uma particular área da tributação. Neste sentido, procurámos focar a nossa especial atenção no estudo da economia digital na vertente da incidência na tributação directa e na problemática da adaptabilidade dos elementos de conexão.

Em suma, o objecto de estudo a que nos propomos abordar perpassa pelos Desafios da Economia Digital à Tributação do Rendimento.

1.2 Objectivos

A aplicação por parte das administrações tributárias, máxime dos Estados, das tradicionais regras referentes ao exercício da jurisdição tributária tem-se relevado numa tarefa

progressivamente mais complexa à medida que o mundo se vai tornando num local cada vez mais pequeno – numa conhecida expressão – na aldeia global. De facto, as forças conjuntas e interactivas da globalização e dos avanços tecnológicos forçam os governos e as organizações internacionais a repensar os princípios tradicionais que regem a tributação, em especial em matéria de relações internacionais.

As questões que se colocam actualmente aos governos (enquanto autoridade legislativa e administrativa dos Estados) já não se limitam à consideração de um número cada vez maior de empresas que desenvolvem os seus negócios sem restrições fronteiriças, sujeitando os seus rendimentos à alçada de várias jurisdições tributárias, mas alargaram-se também à apreciação das novas formas de condução desses negócios, da imaterialidade dos bens e serviços transaccionados e, conseqüentemente da sua, cada vez mais, difícil localização.

Com esta dissertação pretende-se apresentar um estudo da problemática da economia digital e dos desafios que o desenvolvimento das tecnologias de informação e comunicação levantam à tributação internacional, direccionando a atenção à tributação directa e ao exame dos elementos de conexão tradicionalmente utilizados.

1.3 Estrutura

Com o intuito de levar a bom porto o objectivo a que nos propomos, num primeiro momento começamos por abordar aqueles que são comumente designados dos princípios fundamentais do DFI, nomeadamente pelo estudo dos princípios estruturais, o que permitirá estabelecer os valores fundamentais e estrutura base da tributação internacional. Neste sentido, aqui convocamos e analisamos os princípios que alicerçam o regime do DFI: princípios da soberania, da equidade e da neutralidade.

Estabelecidas as características nucleares do DFI, prosseguimos com a exposição dos princípios que nascem do intuito de solucionar as vicissitudes concretas que se apresentam no âmbito do tratamento de situações jurídico-tributárias internacionais: os - pela doutrina denominados - princípios operativos. Reconhecendo-se a possibilidade de distinção entre três grupos de princípios operativos: (i) os referentes à repartição entre os estados do poder de tributar, (ii) os referentes à extensão do poder tributário e, finalmente (iii) outros que revelam diversos aspectos a considerar na tributação. Neste estudo, daremos especial ênfase ao primeiro grupo, aprofundando a análise dos princípios da residência, da fonte e, bem assim, do princípio do estabelecimento estável, reconhecendo a sua importância como os tradicionais elementos de conexão do DFI.

Este nosso trabalho académico avançará para um novo capítulo com a apresentação da temática relativa à economia digital. Começaremos com uma contextualização histórica que permitirá, ao leitor, estabelecer o necessário enquadramento que o conduza a poder distinguir não só as principais características da economia digital, como as formas em que esta, pela mão de diversos agentes económicos, se torna promotora de oportunidades de erosão da base tributável e deslocalização de lucros.

Num capítulo autónomo procuraremos estabelecer a ligação entre as duas principais temáticas abordadas até então, identificando os principais desafios que o desenvolvimento das tecnologias de informação e comunicação trouxeram à sociedade e, em particular, à tributação do rendimento.

Identificados os principais problemas e desafios levantados pela economia digital, acompanharemos os desenvolvimentos provenientes dos trabalhos desenvolvidos no seio de algumas organizações internacionais que, com maior ou menor acuidade procuraram e procuram dar resposta à necessidade de se encontrarem soluções que permitam a efectiva tributação de rendimentos.

Antes das conclusões finais, daremos a conhecer uma das soluções preconizadas - o imposto de equiparação implementado na Índia - analisando a aplicação prática de uma das opções apresentadas no âmbito do projecto BEPS para fazer face aos desafios da economia digital.

No final deste labor contamos ter apresentado uma abordagem consistente, contextualizando a importância dos trabalhos desenvolvidos recentemente a nível de organizações internacionais – como a OCDE, a União Europeia (UE) e a Organização das Nações Unidas (ONU) – na busca de uma maior equidade na tributação internacional, ou – pelo menos – na tentativa de tributar os rendimentos na jurisdição em que são produzidos.

2. Dos princípios aos elementos de conexão tradicionais do DFI

Se em tempos idos as principais preocupações de política tributária estadual se cingiam às fronteiras do seu território, resultado da predominância de economias fechadas, seja por opção política, ou mesmo pela própria dificuldade inerente ao desenvolvimento do tráfego comercial, hoje em dia os mercados não conhecem limites, facticidade que suscita a necessidade dos Estados e das empresas lidarem com realidades tributárias, que se apresentam, cada vez mais, diversas e plurilocalizadas.

É precisamente este o cerne do estudo do Direito Fiscal Internacional (DFI), que nas palavras de Xavier (2009:3), tem por objecto «situações da vida que têm contacto, por qualquer dos seus elementos, com mais do que uma ordem jurídica dotada do poder de tributar». Em consequência o DFI encontra como seu principal objectivo a coordenação dos diversos sistemas tributários através de regras, internacionalmente aceites, que permitam a repartição entre os Estados do poder de tributar rendimentos.

Estas regras, contempladas no direito interno de cada país, nas convenções internacionais subscritas e nos tratados assinados, obedecem a determinadas formas, que se concretizam em princípios de DFI.

Acompanhando o estudo de Pereira (2015:203), identificamos dois tipos de princípios fundamentais no âmbito do DFI: os princípios estruturais e os princípios operativos.

A autora apresenta na primeira categoria o princípio da soberania, o princípio da equidade e o princípio da neutralidade, referindo que estes «correspondem às grandes orientações que definem a estrutura, as características nucleares e os valores fundamentais da ordem jurídico-tributária internacional» (Pereira, 2015:203).

Os princípios operativos, apresentando um grau de abstracção inferior, «norteiam as soluções concretas e os regimes consagrados no âmbito do DFI, no que toca ao tratamento fiscal das situações tributárias internacionais» (Pereira, 2015:204). Pelo que podemos afirmar que os princípios operativos correspondem à faceta prática da aplicação dos princípios estruturais.

Dentro do conjunto de princípios operativos, Pereira (*ibidem*) permite-se distinguir ainda três grupos autónomos. Num primeiro agrega os princípios referentes à repartição entre os Estados do poder de tributar: o princípio da residência, o princípio da fonte e o princípio do estabelecimento estável. Estes constituem os elementos de conexão comumente aceites na

tributação do rendimento. Em segundo lugar, quanto à extensão do poder tributário dos Estados, junta o princípio da universalidade e o princípio da limitação territorial. E, finalmente, num terceiro grupo, a professora releva outros aspectos a considerar na tributação, ao salientar ainda 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.

No *corpus* deste trabalho abordamos, em primeiro lugar, os princípios estruturais, no ensejo de expor o quadro conceptual que conduzirá ao melhor entendimento dos princípios operativos. Destes, pela sua importância, destacamos os princípios da residência, da fonte e do estabelecimento estável.

2.1 Os princípios estruturais

Os princípios estruturais do DFI estabelecem as linhas mestras que determinam a forma, os valores e a organização da tributação internacional. Nos pontos seguintes iremos abordar o princípio da soberania, o princípio da equidade e o princípio da neutralidade.

2.1.1 O princípio da soberania

O conceito de soberania tributária surge, naturalmente, como resultado da construção do conceito de soberania estatal, respeitando à autonomia de uma nação¹ em adoptar a política de tributação que melhor satisfaça a arrecadação de receita financeira por forma a que possa suprir as suas necessidades e prosseguir os respectivos desígnios constitucionais.

A noção de soberania de um Estado (aqui na emanção do seu poder legislativo e executivo) está, em geral, ligada à noção de território, entendido como o espaço físico delimitado por fronteiras. No âmbito tributário, igual paralelismo se mantém, pois se entende que o poder tributário de um Estado se exerce sobre pessoas, coisas ou situações que mantenham uma relação com o seu território.

Xavier (2009:14) considera que, em termos de política fiscal, o Estado exerce uma soberania pessoal e uma soberania territorial. Isto é, tem o poder de legislar sobre pessoas que por

¹ Aqui nação enquanto sinónimo de Estado, União de Estados, Região geográfica ou administrativa com poderes soberanos (ainda que parciais).

razões de nacionalidade mantêm uma ligação ao país e o poder de legislar sobre pessoas, coisas ou factos que se localizem no seu território.

Desta forma, é atingível a dedução de que o exercício da soberania tributária pelos diversos Estados gera situações de sobreposição e, natural conflito, forçando a existência de limitações, sejam estas auto impostas ou decorrentes dos tratados internacionais.

Nas palavras de Pereira (2015:206),

a questão da limitação da soberania tributária, no que toca ao âmbito de incidência, tem essencialmente a ver com a margem de liberdade que os Estados têm, em primeiro lugar, para definirem quais os elementos de conexão que consideram relevantes para fundamentar o seu poder de tributar situações fiscais internacionais; em segundo lugar, para definirem os contornos de cada um dos elementos de conexão consagrados na sua legislação interna; e, em terceiro [...], para determinarem a extensão do seu poder de tributar.

2.1.2 O princípio da equidade

Quando equacionada num plano meramente nacional, a questão da equidade é considerada no ponto de vista do cidadão, e usualmente em duas perspectivas diferentes. Na perspectiva do custo benefício ou da capacidade contributiva. Isto é, ou se considera que a contribuição individual de cada cidadão deve corresponder ao benefício que este retira dos serviços públicos, ou numa vertente de capacidade contributiva, na ideia de que a participação fiscal de quem obtém maiores rendimentos, deve igualmente ser superior. Considerando o princípio da equidade fiscal sob o prisma da capacidade contributiva, contribuintes com o mesmo nível de rendimentos, pagariam - quantitativamente - o mesmo imposto e contribuintes com maior nível de rendimentos pagariam mais imposto.

No plano internacional é necessário adoptar uma perspectiva global, considerando a equidade entre nações, entendendo-se esta como «a justa repartição entre os Estados do poder de tributar e das correspondentes receitas fiscais» (Pereira, 2015:209). Todavia, a principal dificuldade na aplicação deste princípio será precisamente a determinação do que é justo. E, neste sentido, discute-se em que medida têm os Estados de residência dos sujeitos passivos, ou os Estados de fonte dos rendimentos (ou ambos) legitimidade de tributar as situações económicas internacionais, nomeadamente as plurilocalizadas. Voltaremos a abordar este tema

quando tratarmos dos princípios operativos do DFI, nomeadamente o da residência e o da fonte.

2.1.3 O princípio da neutralidade

O princípio da neutralidade tributária é entendido no sentido em que a tributação não deve causar distorções na economia. A carga tributária a que os negócios estão sujeitos não deve constituir, *per se*, um factor determinante na tomada de decisões de gestão dos agentes económicos. Procura-se assim que não seja exercida uma influência significativa na afectação dos recursos, sejam estes humanos, materiais ou de capital, promovendo a livre concorrência.

Desta forma, o ponto central do princípio da neutralidade «é a ideia de uma eficiente alocação de recursos, enquanto forma de maximizar a eficiência económica» (Pereira, 2015:210).

E se esta matéria apresenta elevada importância no desenvolvimento da política fiscal interna de qualquer Estado, a fim de se evitar distorções entre sectores de actividade, regiões, produtos, *etc.*, menos relevância não lhe podemos atribuir nas relações internacionais, tal como afirma Pereira (2015:210), «[o] DFI deve tomar em consideração o impacto do tratamento fiscal das situações tributárias internacionais sobre as decisões de investimento e a afectação dos factores de produção no plano internacional.»

A questão da neutralidade está, portanto, intimamente relacionada com a eficiência económica, sendo que dentro do DFI, a discussão referente aos efeitos da fiscalidade na alocação de recursos se baseia principalmente na circulação de capital e no investimento directo estrangeiro.

Neste âmbito, segundo Vogel (1998:311) terá sido Richard Musgrave, economista norte-americano, o primeiro a considerar duas perspectivas diferentes na análise da neutralidade em termos internacionais, distinguindo a neutralidade na importação de capitais (*Capital Import Neutrality* - CIN) e neutralidade na exportação de capitais (*Capital Export Neutrality* - CEN).

A neutralidade na exportação de capitais implica, por conseguinte, que um investidor deva pagar o mesmo montante de imposto independentemente da localização da fonte do seu rendimento. Ou seja, o total do imposto pago (no seu país de residência e no país da fonte dos rendimentos) não deve variar de acordo com a proveniência do rendimento. Neste caso, seria indiferente para o investidor – em termos fiscais – o local onde escolhe aplicar o seu capital, quer seja o país de residência, quer seja o estrangeiro. Assim, a disponibilidade de capital de um país seria colocada na localização que traria maior eficiência económica, colocando o factor referente ao regime fiscal fora do cálculo que sustenta a decisão de investimento.

A neutralidade na importação de capital é considerada numa perspectiva diversa, neste caso a ênfase é colocada no tratamento fiscal dos rendimentos obtidos num determinado país, determinando a inexistência de tratamento diverso independentemente da proveniência (residência) do investidor. Todos os investidores, num determinado Estado, encontram aí tratamento fiscal igual, competindo nesse mercado nas mesmas circunstâncias.

Pelo exposto compreende-se que a neutralidade de exportação de capital é entendida na perspectiva do Estado de residência do investidor (normalmente Estados predominantemente exportadores de capital) e a neutralidade de importação de capitais, na óptica dos Estados fonte de rendimento, ou seja do destino dos investimentos (Estados normalmente importadores de capital). A primeira (CEN) consegue-se pela aplicação de um sistema de tributação global: são sujeitos todos os rendimentos de um determinado residente independentemente do local da sua proveniência (incluindo um mecanismo de crédito de imposto estrangeiro)². A CIN operacionaliza-se pela aplicação de um sistema territorial de tributação: estão sujeitos todos os rendimentos obtidos num determinado Estado³.

Mantendo em mente os princípios estruturais apresentados, no capítulo seguinte abordar-se-á com maior acuidade, de que forma estes se operacionalizam.

2.2 Os princípios operativos

Os princípios operativos são, como referimos anteriormente, a faceta de aplicação prática dos princípios estruturais do DFI. Na senda dos ensinamentos da professora Paula Rosado Pereira (2015:215), podemos distinguir: (i) os princípios relativos ao fundamento do poder de tributar – princípio da residência e princípio da fonte, (ii) os princípios relativos à extensão do poder de tributar – princípio da universalidade e princípio da limitação territorial, (iii) o princípio do estabelecimento estável, (iv) o princípio da eliminação da dupla tributação no Estado da residência, (v) o princípio da tributação como entidades independentes, (vi) o princípio da tributação distinta e sucessiva de sociedade e sócios e, finalmente (vii) o princípio da não discriminação tributária.

² Todavia, a CEN só ocorre se a tributação na fonte for inferior à tributação na residência, resultando num crédito de imposto estrangeiro que não ultrapassa o valor tributável no país da residência.

³ Neste caso, a neutralidade de importação só ocorreria se no Estado de residência fosse atribuída uma isenção integral para efeitos de eliminação de dupla tributação internacional (Pereira, 2015:214).

Na nossa análise, primeiramente abordaremos a temática dos princípios relativos ao fundamento do poder de tributar, prosseguindo com os relativos à extensão desse poder, finalizando no estudo do conceito de estabelecimento estável. Ao longo do texto serão igualmente, porque directamente relacionados, referidos outros princípios, embora o nosso foco permaneça nos agora enumerados.

2.2.1 O princípio da residência e o princípio da fonte – Os elementos de conexão

O poder de tributar de um Estado, em exercício da sua soberania, está dependente da existência de uma ligação entre pessoas, bens ou situações à sua ordem jurídica. A esta relação que justifica a tributação, estabelecida em termos subjectivos, quando referente aos titulares dos rendimentos, ou em termos objectivos, referindo-se aos factos tributários, está subjacente um elemento de conexão.

Das palavras de Alberto Xavier retiramos uma das definições mais citadas de elemento de conexão, quando o professor determina que este é «o elemento da previsão normativa que, fixando a “localização” de uma situação da vida de um certo ordenamento tributário, tem como efeito típico determinar o âmbito de aplicação das leis desse ordenamento a essa mesma situação» (Xavier, 2009:224).

Assim, os elementos de conexão normalmente aceites – a residência e a fonte – referem-se aos princípios homónimos que fundamentam o direito à tributação dos Estados⁴, determinando o Estado onde se localiza a actividade ou onde foi realizado o investimento e o Estado onde reside o titular do rendimento. Reconhecendo-se a existência de justificação válida que sanciona as pretensões de tributação em ambos os Estados, teremos forçosamente de reconhecer a possibilidade de existência de situações de dupla tributação dos mesmos rendimentos. Todavia, tal como salientam Machado e Costa (2016:157) e Xavier (2009:226), a dupla tributação pode resultar também da existência de critérios divergentes na definição de residência ou fonte dos rendimentos, possibilitando que, por exemplo, o titular do rendimento possa ser considerado residente em dois Estados distintos.

⁴ Neste estudo não daremos relevância ao elemento de conexão nacionalidade, embora este continue a fundamentar opções de política tributária dos Estados Unidos e das Filipinas, não encontra igual reconhecimento na doutrina ou na aplicação prática na maior parte dos Estados, prevalecendo o consenso em torno dos princípios da residência e da fonte.

Vogel (1988:226) afirma a existência de uma supremacia na utilização do princípio da residência em detrimento do da fonte dos rendimentos, facto a que não será alheia a situação geopolítica internacional, pois o país da fonte será tradicionalmente o menos desenvolvido, importador de capital e o país da residência o mais desenvolvido – exportador de capital (Xavier, 2009:228).

Todavia é perfeitamente aceite na doutrina a legitimidade de ambos os Estados exercerem os seus direitos de tributação. Nos próximos pontos analisaremos com maior profundidade os princípios da residência e da fonte.

2.2.1.1 A residência

Embora os critérios possam divergir, aplicando o princípio da residência, um Estado fundamenta a tributação com base numa conexão pessoal ou subjectiva. Tratando-se de pessoas físicas é usual considerar-se que após um determinado tempo de permanência no país é-se residente. Tratando-se de empresas, a residência pode ser avaliada de acordo com regras que identifiquem a sede, o local da actividade ou o local de constituição.

Determinada a conexão pessoal com o território é preciso determinar qual a extensão do poder tributário do Estado de residência. Ora, maioritariamente, o princípio de residência aparece associado a um princípio de tributação universal (Pereira, 2015:218), determinando a tributação de todos os rendimentos dos residentes, independentemente da sua fonte⁵. Mas, reconhecendo igualmente a legitimidade de tributação do Estado da fonte, coexistem mecanismos de eliminação ou atenuação da dupla tributação, tais como o método do crédito de imposto.

A tributação com base no princípio da residência é sustentada por vários argumentos, tal como referem Pereira (2015:218) e Xavier (2009:229), e que passaremos a expor.

O argumento base passará sempre pelo entendimento de que o país de residência criou as condições de protecção e crescimento necessárias para a internacionalização do negócio gerador de capital, logo o seu direito de tributação sobrepõe-se aos demais.

⁵ No Código do Imposto sobre os Rendimentos de pessoas Colectivas (CIRC), actualmente vigente em Portugal, podemos verificar a adopção do princípio da universalidade na redacção dada ao artigo 4º, n.º 1, quando se refere que o imposto «incide sobre a totalidade dos seus rendimentos, incluindo os obtidos fora desse território» (Ricardo, 2016)

Por outro lado, defende-se que só por esta via é possível garantir a neutralidade de exportação de capitais que, tal como abordamos anteriormente, permite que as decisões de investimento internacional não sejam afectadas pelos diferentes níveis de tributação dos Estados.

Da mesma forma, a equidade dos titulares do rendimento, no sentido da capacidade contributiva, só pode ser assegurada pelo Estado de residência, pois só este tem ao seu dispor os elementos suficientes para avaliar as situações particulares de cada um, considerando um imposto pessoal e progressivo. E, só assim se pode garantir a igualdade de tratamento dos residentes – princípio constitucionalmente consagrado – tributando-os da mesma forma, independentemente da origem dos seus rendimentos.

A estes argumentos acrescem igualmente razões de natureza orçamental, já que o país de residência, ao escusar-se de tributar rendimentos de origem externa estaria a pôr em causa uma fonte de receita tributária potencialmente importante.

Todavia, a aplicação deste princípio não é isenta de críticas. Pereira (2015), lista algumas, questionando, por exemplo, se a obtenção de vantagens intrínsecas à disponibilidade de meios públicos e infra-estruturas no país de residência será superior e determinante para que a tributação aqui ocorra, uma vez que é possível – e expectável – que os mesmos benefícios sejam aproveitados também no país da fonte dos rendimentos.

Por outro lado, considerando as diversas possibilidades de organização empresarial, especialmente potenciadas pela crescente mobilidade fruto do reconhecido fenómeno de globalização, as empresas facilmente conseguem alterar a sua residência para localizações que lhes tragam maiores benefícios fiscais – a mudança da residência será obviamente mais fácil que a deslocação das fontes de rendimento. Uma elevada tributação pela aplicação do princípio da residência pode, desta forma, estimular a “emigração” de investidores. Na mesma linha de raciocínio, surgem as críticas afirmando que a utilização deste princípio fomenta o abuso de Convenções para evitar a Dupla Tributação (CDT)⁶.

Nos Estados da fonte dos rendimentos, por seu lado, os investidores sujeitos a uma tributação universal no seu país de residência, encontram-se em desvantagem perante os investidores locais que suportam uma taxa de tributação inferior, podendo-se tornar um factor dissuasor ao investimento, pondo em causa a própria neutralidade de exportação de capitais. Da mesma

⁶ Tal como refere Pereira (2015:220), «com a interposição de uma pessoa colectiva residente num outro Estado, de forma a alcançar a aplicação de um determinado CDT (*treaty shopping*) e de regimes fiscais mais favoráveis».

forma, do ponto de vista do país da fonte, se considerarmos que a existência de taxas de tributação inferiores servem as necessidades de atracção de investimento, a tributação universal no país de residência defrauda os esforços dos países em desenvolvimento.

Por último, Pereira (2015:221) salienta que «o princípio da residência é de complexa administração, requerendo troca de informações com outras jurisdições fiscais no que diz respeito aos rendimentos obtidos no estrangeiro e ao imposto aí pago».

2.2.1.2 A fonte

O princípio da fonte baseia-se na aplicação de um elemento de conexão real: a localização da origem do rendimento. A fundamentação da tributação é reconhecida na ocorrência do facto tributário numa determinada jurisdição territorial, independentemente da residência dos titulares do rendimento obtido. Contudo, nem sempre se demonstra clara a identificação da proveniência do rendimento, pelo que para tal são utilizados dois conceitos: a fonte de produção ou a fonte de pagamento. O primeiro, de natureza económica, procura o local de produção do rendimento, onde estão localizados os factores de produção. O segundo, de natureza financeira, utilizado quando o primeiro é de difícil aplicação, refere-se ao local onde o rendimento é disponibilizado (ou pago).

Pela sua natureza, o princípio da fonte associa-se, no que diz respeito à extensão do poder de tributar, ao princípio da territorialidade⁷. Decorre deste princípio que as leis tributárias apenas se aplicam aos factos ocorridos no território da ordem jurídica a que pertencem, independentemente da nacionalidade, domicílio ou a residência do beneficiário dos rendimentos⁸.

A fundamentação da tributação na fonte encontra também o seu reconhecimento na teoria do benefício (como já tínhamos apontado), entendendo-se que o Estado da fonte, por ver utilizados os seus meios, recursos e mercado, tem direito a exigir a correspondente

⁷ Ou segundo Pereira (2015:230), ao princípio da limitação territorial. A autora utiliza uma terminologia diferente, referindo que o princípio da territorialidade, na sua forma original, abrangia a territorialidade real, referindo-se à localização do facto tributário e a territorialidade subjectiva, ou em sentido pessoal, referindo à ligação de uma pessoa ao território. No nosso estudo, quando nos referimos ao princípio da territorialidade, abordamos apenas a sua forma real ou objectiva.

⁸ No CIRC em vigor em Portugal, encontramos explanado o princípio da territorialidade no artigo 4º, n.º 2, quando se determina que «[a]s pessoas colectivas e outras entidades que não tenham sede nem direcção efectiva em território português ficam sujeitas a IRC apenas quanto aos rendimentos nele obtidos» (Ricardo, 2016)

compensação em forma de imposto, geralmente pela utilização de um mecanismo de retenção na fonte.

Analisando os argumentos a favor e contra o princípio da fonte, damos conta de que estes encontram-se no campo oposto aos expostos quando apresentamos o princípio da residência. Ou seja, os argumentos encontrados a favor de um são os mesmos apresentados contra o outro. Exemplo disto é o argumento que refere a maior facilidade de controlo, por parte do Estado da fonte, dos rendimentos produzidos no seu território. No mesmo sentido, a fonte dos rendimentos não é tão facilmente transferível como a residência do seu titular, dificultando o aproveitamento de tratados para evitar a tributação. Mas, por outro lado, a tributação com base no princípio da fonte não tem em conta a capacidade contributiva dos titulares do rendimento, não assegurando desta forma a equidade entre contribuintes.

A favor da tributação na fonte encontramos a necessidade de equidade entre nações e correspondente incumbência de repartição do poder de tributação entre os Estados, especialmente considerando que, tendencialmente, os países dependentes da tributação da fonte serão os menos desenvolvidos.

Todavia, a aplicação de taxas de imposto reduzidas nos países da fonte, como forma de atrair investimento, não assegura a neutralidade de exportação de capitais, podendo levar a situações de concorrência fiscal prejudicial.

A estes argumentos Pereira (2015:225) acrescenta ainda a possibilidade, caso o imposto seja efectivamente suportado pelo beneficiário do rendimento de origem estrangeira, de um encarecimento do custo dos capitais ou tecnologias externas no país da fonte.

Por fim, a principal crítica que identificamos em relação ao princípio da fonte está na diversidade de critérios que se encontram ao nível da definição da fonte de um rendimento, pois se é perceptível um alargado consenso quanto à legitimidade de tributação dos Estados com base em ambos os elementos de conexão, tal já não acontece quanto à amplitude do conceito de fonte de rendimentos ou às regras utilizadas para a sua identificação.

2.2.1.3 A conjugação da Residência com a Fonte

A doutrina e a prática reconhecem a legitimidade da tributação com base em ambos os elementos de conexão – seja o da residência, seja o da fonte. Sendo que, os Estados optam,

geralmente, por uma interacção entre os dois princípios.⁹ A questão central coloca-se, então, na repartição do poder de tributar entre os Estados. E, neste ponto, os jogos de interesses dividem-se como temos vindo a mencionar, entre os Estados mais desenvolvidos e predominantemente exportadores de capital, os quais privilegiam a conexão residência, e os Estados menos desenvolvidos, importadores de capital, que naturalmente elegem a aplicação do princípio da fonte. Obviamente, por esta via, sem a existência de entendimentos internacionais, nomeadamente por meio de CDT, assistiríamos à multiplicação de situações de dupla tributação internacional.

No panorama das CDT, a Convenção Modelo da Organização de Cooperação e de Desenvolvimento Económico (CM OCDE) assume particular relevo. Neste modelo a primazia é atribuída ao princípio da residência, em detrimento da fonte. No entendimento de Pereira (2015:227) justifica-se esta opção face ao ambiente económico vigente aquando do desenvolvimento da Convenção Modelo. De facto, no início do século XX a situação socioeconómica e política internacional era, comparativamente com a actualidade, menos complexa, especialmente no que diz respeito aos modelos de negócio existentes e à organização da produção e trocas internacionais. Na prática, seria efectivamente mais simples, à data, identificar uma conexão de um qualquer rendimento com a residência do respectivo beneficiário ou, em contrapartida, com o território de onde este se obtém.

Sendo certa a primazia atribuída ao princípio da residência, da leitura da CM OCDE verificamos que, antes de avaliar qual o Estado a quem cabe o poder de tributar, teremos que caracterizar o rendimento obtido, de forma ao seu correcto enquadramento nas normas da convenção. O capítulo III da CM OCDE, que inclui os artigos 6º ao 21º, trata diversas categorias de rendimentos¹⁰ para as quais determina diferentes formas de distribuição do poder de tributar. Daqui deduzimos que tão complexa como a repartição da tributação entre Estado da residência ou Estado da fonte, será a tarefa de determinação do tipo de rendimento auferido por agentes económicos que operam num contexto internacional, inevitavelmente marcado pela diversidade.

⁹ Sendo disto exemplo as anteriores notas quanto à identificação do princípio da residência e da fonte no CIRC.

¹⁰ Falamos de rendimentos de bens imobiliários, lucros das empresas, transporte marítimo, dividendos, juros, *royalties*, mais-valias, rendimentos de emprego, artistas e desportistas, pensões, funções públicas, estudantes e outros.

Determinada a distribuição do poder tributário entre os Estados, restarão situações de dupla tributação ainda a resolver. Contudo, no DFI encontramos um consenso quanto à responsabilidade pela eliminação da dupla tributação internacional¹¹. Esta cabe ao Estado de residência, que ao promover a tributação de extensão universal, está em condições de aplicar um método que permita a eliminação ou redução da duplicação da carga tributária a que está sujeito um seu residente que obtenha rendimentos localizados fora do território nacional. A seu dispor tem vários modos de o fazer, a CM OCDE contempla, nos artigos 23º-A e 23º-B, dois métodos, a saber: o método de isenção e o método de crédito de imposto (também designado de imputação)¹².

2.2.2 O princípio do Estabelecimento Estável

Voltando à temática respeitante à repartição entre os Estados do poder de tributar, não podemos deixar de abordar o princípio do Estabelecimento Estável (EE), previsto na CM OCDE, no seu artigo 5º, e de ampla aceitação internacional.

O princípio do estabelecimento estável apresenta-se como um ponto de equilíbrio entre os princípios de residência e de fonte. Por um lado admite-se, por esta via, que o Estado da residência não tribute em exclusividade os lucros das empresas, permitindo-se a repartição da tributação com o Estado da fonte. Por outro lado, o exercício de tributação do Estado da fonte está limitado à reunião dos pressupostos que permitam identificar um estabelecimento estável.

O artigo 7º da CM OCDE, no seu número 1, define como se opera esta repartição de poder tributário, referindo que

«[o]s lucros de uma empresa de um Estado Contratante só podem ser tributados nesse Estado, a não ser que a empresa exerça a sua actividade no outro Estado Contratante

¹¹ Utilizando a definição dada pelo texto da CM OCDE, a dupla tributação jurídica (a que nos referimos neste texto) define-se como «a incidência de impostos equiparáveis em dois (ou mais) Estados relativamente a um mesmo contribuinte, ao mesmo facto gerador e a períodos de tempo idênticos». (OCDE, 2008:11)

¹² Não cabe, no âmbito deste trabalho, o aprofundamento do estudo dos métodos para eliminação da dupla tributação internacional, todavia não deixaremos de apresentar uma definição, ainda que singela. O método de isenção, conforme o nome indica, isenta os rendimentos de fonte externa no Estado de residência, podendo ser aplicado de forma integral ou considerando os rendimentos apenas para determinação de taxa a fim de atribuir alguma progressividade à tributação. No método de imputação, o Estado de residência atribui um crédito no montante do imposto pago na fonte ou, que este pagaria no Estado de residência pelos mesmos rendimentos.

através de um estabelecimento estável aí situado. Se a empresa exercer a sua actividade deste modo, os seus lucros podem ser tributados no outro Estado, mas unicamente na medida em que sejam imputáveis a esse estabelecimento estável» (OCDE, 2008:40).

Somos por conseguinte conduzidos a concluir que, no que diz respeito aos lucros empresariais, o Estado da fonte detém o poder de tributar apenas na existência de EE, atribuindo-se ao Estado da residência a possibilidade de exercer esse direito nos restantes casos.

Observando a relevância dos lucros empresariais no âmbito das diversas categorias de rendimentos, iremos aprofundar o estudo do conceito de EE, começando pela apresentação da sua origem e evolução ao longo dos tempos, passando ao seu enquadramento no contexto da CM OCDE e à distinção dos tipos de EE existentes. Esperamos por esta via, interiorizar as suas características e, logo, compreender a sua função no DFI.

2.2.2.1 Origem e desenvolvimento do conceito de Estabelecimento Estável

Antes de passarmos à análise pormenorizada do conceito de EE, é de todo pertinente que no quadro deste trabalho académico, se apresente uma breve reflexão relativa à sua evolução. Esperamos desta forma encontrar, no conhecimento dos desenvolvimentos passados, melhor compreensão da razão de ser das normas utilizadas actualmente, pela análise dos motivos que levaram ao surgimento do conceito e pelos contornos que lhe foram sendo atribuídos ao longo do tempo, fruto do desenvolvimento do contexto socioeconómico.

Ao longo da história, a evolução das relações entre os países e das economias, em particular o desenvolvimento do comércio, levaram a que o conceito de estabelecimento estável sofresse várias alterações. Paulo Caliendo (2005 *apud* Pires, 2011:229)¹³ divide esta evolução em três fases: surgimento, consolidação e difusão¹⁴.

Segundo este autor, o surgimento corresponde ao início do uso do conceito em 1845, na Prússia, visando evitar a dupla tributação entre municípios e mais tarde entre Estados

¹³ CALIENDO, Paulo - **Estabelecimentos Permanentes em Direito Tributário Internacional**. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2005.

¹⁴ O que corresponderá a uma simplificação das várias fases de desenvolvimento do conceito descritas por Arvid Skaar (1991), Professor na Universidade de Oslo, na sua obra *Permanent establishment: erosion of a tax treaty principle*, na qual encontramos um extenso estudo sobre a temática.

Germânicos. Vivia-se à época o que se veio a denominar como segunda revolução industrial, que envolveu uma série de desenvolvimentos industriais, os quais vieram a exigir a procura de novos mercados para obtenção de matéria-prima, tendo levado à deslocalização de actividades para outras jurisdições (Pires, 2011:230). Todavia, mantém-se uma ligação do negócio ao local de residência e as actividades desenvolvidas dependem principalmente de capital fixo, o que por sua vez determina a sua imobilidade. Neste sentido, também a definição de EE assenta essencialmente na identificação de um local ou instalação fixa a partir da qual é exercida a actividade de um investidor não residente.

Neste contexto, o conceito generaliza-se, sendo utilizado pela primeira vez num tratado internacional em 1899 (Cardona, 1995:252; Pires, 2011:230), entre o Império Austro-húngaro e a Prússia e depois sucessivamente noutros Acordos para evitar Dupla Tributação (ADT).

Em 1909, o conceito de EE introduzido na lei interna alemã, estava desenvolvido ao ponto de, na opinião de Skaar (1991:74), conter já todos os elementos centrais que se vieram a manter praticamente inalterados até 1977, como «*the existence of a place of business, the location of this place at a specific geographical spot, and the permanence of the business*»(ibidem).

Até ao advento da Primeira Guerra Mundial, os tratados celebrados mantêm uma definição ampla de EE, sendo estabelecidos essencialmente entre Estados com sistemas tributários semelhantes, principalmente do norte da Europa.

O período pós-guerra é caracterizado não só pelo aumento dos investimentos, fruto do esforço de reconstrução, como pela existência de taxas de tributação elevadas. As pressões dos investidores e a vontade dos Estados de afastar barreiras ao desenvolvimento do comércio e aos investimentos internacionais levaram a um esforço para estabelecer critérios de repartição do direito à tributação entre vários Estados através da celebração de convenções.

Nestas circunstâncias, desenvolveram-se esforços, nomeadamente no seio da Liga das Nações e da Câmara de Comércio Internacional, com o objectivo de fomentar o estabelecimento de CDT que promovessem as necessárias limitações aos poderes tributários dos Estados de residência e fonte, resultando no projecto de convenção modelo da Liga das Nações em 1927. Todavia, estas instituições são principalmente constituídas pelos países investidores que saíram vitoriosos da guerra e, naturalmente, os trabalhos enveredados no âmbito da elaboração dos acordos internacionais defendem os seus interesses. Daqui resulta a prioridade na concentração da tributação no país de residência dos investidores, limitando o poder tributário dos Estados de fonte, verificando-se algumas alterações no sentido de uma definição mais restrita de EE. Neste âmbito, Skaar (1991:78) salienta a introdução do teste de produtividade,

segundo o qual o local de negócio, para ser considerado EE, teria de encetar em actividades produtivas, que contribuísem para os lucros do negócio¹⁵.

Caliendo (2005 apud Pires, 2011:229)¹⁶ estabelece o início da segunda fase de desenvolvimento do conceito de EE, denominando-a de período de consolidação, após o surgimento do modelo da Sociedade das Nações, culminando no surgimento do modelo da Organização de Cooperação e de Desenvolvimento Económico (OCDE), em 1963. Para o referido autor, este período assumiu-se como sendo de transição, «em que vários conceitos e princípios utilizados em direito internacional tributário serão aprimorados e consolidados». E, de facto, neste período, assiste-se à inclusão nos tratados de novos critérios como sejam: a distinção entre agente dependente e independente, ou a exclusão de empresas afiliadas do conceito de EE. Da mesma forma, fruto das circunstâncias inerentes a uma Europa em (re)edificação foi introduzida a ficção referente à permanência dos estaleiros de construção, passando a existir o teste de duração de 12 meses.

Mas, durante este lapso temporal, de 1930 a 1963, o mundo assistiu à Segunda Guerra Mundial (1939-1945), o que, naturalmente veio a reduzir substancialmente os trabalhos da Liga das Nações. No entanto, é interessante realçar que no início dos anos quarenta, em 1940 e 1943, foram realizadas conferências na cidade do México por um subcomité fiscal da Liga das Nações composto por países que não se envolveram nesta fase dos conflitos, nomeadamente os Estados Unidos, Canadá e países da América Latina. Destes trabalhos resultou a convenção modelo do México, apontada como a primeira convenção dos países em desenvolvimento. Esta convenção, pelas circunstâncias que levaram à sua realização, mas sobretudo pelos países que constituíram o subcomité, demonstra uma profunda alteração de paradigma, uma vez que a ênfase se deslocou para a tributação pelo país da fonte dos rendimentos (Skaar, 1991:88). Todavia, findo o conflito, em 1946 os trabalhos da Liga das Nações foram retomados pela última vez em Londres e das alterações propostas no México pouco sobreviveu aos argumentos que faziam a defesa da manutenção da tradicional divisão de poderes, dando supremacia à tributação pelos Estados de residência.

Após o final da Segunda Guerra Mundial, foi fundada a OCDE, organização à qual foi confiada – por via do seu Comité de Assuntos Fiscais – a elaboração de um modelo de

¹⁵ Segundo o citado autor, uma alternativa a este teste seria uma lista de actividades isentas - ou lista negativa. Esta alternativa permaneceu em tratados posteriores, como demonstra o modelo de convenção da Organização de Cooperação e de Desenvolvimento Económico (OCDE) de 1963.

¹⁶ CALIENDO, Paulo – *op. cit.*

convenção sobre a dupla tributação. Neste modelo, datado de 1963, consagrou-se a tendência de prevalência da residência sobre a fonte, no seguimento dos trabalhos da Liga das Nações. À semelhança do que acontecera no âmbito das anteriores organizações, os países representados na OCDE, caracterizavam-se por serem, principalmente, exportadores de capital, pelo que a prioridade estaria na redução das perdas tributárias por via da deslocalização dos investimentos, chamando aos respectivos territórios a tributação dos rendimentos provenientes do exterior.

A última fase de desenvolvimento do conceito de EE inicia-se, segundo Caliendo (2005 *apud* Pires, 2011:229)¹⁷, com a Convenção de 1963 e vem até aos dias de hoje. O autor denomina-a de fase de difusão do conceito. Na verdade, o conceito estabelecido no Modelo de Convenção da OCDE (MC OCDE), nascido em 1963, foi revisto posteriormente em diversas ocasiões, mas não se lhe vislumbraram alterações significativas, estando nos dias de hoje perfeitamente difundido e sendo utilizado por um número significativo de países, quer ao nível das convenções internacionais, quer ao nível do direito interno¹⁸.

Todavia, recentemente, no âmbito do Plano para o Combate à Erosão da Base Tributária e à Transferência de Lucros (*Base Erosion and Profit Shifting* - BEPS) desenvolvido pela OCDE, foi discutido o conceito de EE, nomeadamente no âmbito da acção 7, de forma a implementar alterações que possam prevenir a ocorrência de abusos na sua interpretação instigadores de situações de erosão da base tributária e à transferência de lucros.

Mais à frente neste trabalho abordaremos o resultado dos trabalhos desenvolvidos no âmbito da acção 7.

À parte da evolução da definição de EE, é útil reconhecer que o conceito consagrado na CM OCDE está longe de se adaptar às necessidades dos países em desenvolvimento, que na sua qualidade de importadores de capital e fonte de rendimentos empresariais, vêem substancialmente limitado o seu poder de tributação. Assim, outras organizações internacionais, reconhecendo a inadequação dos modelos de convenção existentes, procuraram fomentar soluções diferentes. Este foi o caso, nomeadamente, da Organização das Nações Unidas (ONU), que publicou o seu modelo de convenção em 1980, ou dos países do

¹⁷ CALIENDO, Paulo – *op. cit.*

¹⁸ No caso Português é evidente a influência do texto do MC OCDE na actual redacção do artigo 5º do CIRC (Estabelecimento Estável), no qual se encontram poucas diferenças para o artigo 5º do Modelo de Convenção.

Pacto Andino, que adoptaram convenções com base no modelo do México. Deste modo, a Convenção Modelo da ONU (CM ONU) adopta um arquétipo mais aberto à tributação na fonte em comparação com a OCDE, enquanto no Pacto Andino a existência de um EE não é um critério decisivo à tributação da fonte, por ser considerado demasiado restritivo.

Em suma, podemos concluir que a evolução do conceito de EE ao longo dos tempos demonstra uma tendência no favorecimento dos países exportadores de capital, pela prevalência da tributação na residência. Por outro lado, os princípios base do EE, apesar de centenários, mantiveram-se sem sofrer grandes alterações. As transformações que, de facto, têm ocorrido operam no sentido de adaptar as regras base ou da construção de ficções de forma a abranger os problemas decorrentes do desenvolvimento dos negócios, da sociedade e da globalização. Foi este o caso das cláusulas respeitantes à permanência de estaleiros de construção, ou das interpretações introduzidas a propósito do comércio electrónico, de que falaremos no capítulo 4.1.2.

Estabelecido o enquadramento e a evolução do conceito de EE ao longo dos tempos e reconhecendo-se a sua difusão na utilização internacional, estamos agora em condições de aprofundar o seu estudo. Desta forma, admitindo que a concepção de um EE pode apresentar diferentes vestes dependendo da convenção bilateral em que é utilizado, vamos basear-nos na definição vertida no MC OCDE por, reconhecidamente, ser a base para os mais recentes acordos para evitar a dupla tributação e pelas óbvias coincidências com o conceito consagrado na legislação portuguesa.

2.2.2.2 Estabelecimento estável no Modelo de Convenção da OCDE

Nesta fase será útil referir que na definição do conceito de EE apresentam-se duas orientações (Pires, 1984:732; Xavier, 2009:337): a teoria da realização e a teoria da pertença económica. De acordo com a teoria da realização, só são EE as instalações que «obtenham ou realizem directamente um lucro, isto é que tenham carácter produtivo» (Pires, 1984:733). Pelo que, ao abrigo desta linha de pensamento, se excluem os estabelecimentos que não contribuem directamente para os proveitos da empresa. Por outro lado, a teoria da pertença económica, considerando que os estabelecimentos fazem parte do todo numa estrutura empresarial e por essa via contribuem para a actividade, sustenta que basta para a existência de um EE que a sua actividade se insira na economia de um país, «independentemente do seu carácter imediatamente produtivo» (Xavier, 2009:337).

A definição de EE presente na CM OCDE segue os princípios da teoria da pertença económica, embora acomodando algumas das ponderações típicas da teoria da realização, como veremos ao longo da sua análise.

Na CM OCDE encontramos o conceito de EE plasmado no artigo 5º ao longo de sete pontos.¹⁹ O artigo começa por apresentar a regra geral no primeiro ponto, passando à

¹⁹ O artigo 5º da CM OCDE, apresenta a seguinte redacção:

1. Para efeitos da presente convenção, a expressão «estabelecimento estável» significa uma instalação fixa através da qual a empresa exerce toda ou parte da sua actividade.

2. A expressão «estabelecimento estável compreende, nomeadamente:

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

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

4. Não obstante as disposições anteriores do presente Artigo, a expressão «estabelecimento estável não compreende:

- a) as instalações utilizadas unicamente para armazenar, expor ou entregar bens ou mercadorias pertencentes à empresa;
- b) um depósito de bens ou mercadorias pertencentes à empresa, mantido unicamente para os armazenar, expor ou entregar;
- c) um depósito de bens ou mercadorias pertencentes à empresa, mantido unicamente para serem transformados por outra empresa;
- d) uma instalação fixa mantida unicamente para comprar bens ou 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 uma qualquer combinação das actividades referidas nas alíneas a) a e), desde que a actividade de conjunto da instalação física resultante desta combinação seja de carácter preparatório ou auxiliar.

5. Não obstante o disposto nos números 1 e 2, quando uma pessoa – que não seja um agente independente, a que é aplicável o número 6 – actue por conta de uma empresa e tenha e habitualmente exerça num Estado contratante poderes para concluir contractos em nome da empresa do outro Estado contratante será considerado que esta empresa tem um estabelecimento estável no primeiro Estado mencionado relativamente a qualquer actividade que essa pessoa exerça, a não ser que as actividades de tal pessoa se limitem às indicadas no n.º4, 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 actividade nesse Estado por intermédio de um corretor, de um

(continua)

exposição de vários exemplos de locais que se podem integrar na definição de EE no ponto dois. No terceiro ponto é apresentado o que alguns autores definem como EE projecto e no ponto quatro temos novamente uma lista, desta feita negativa, na qual se enumeram excepções ao conceito de EE descrito nos pontos um a cinco. Os números cinco e seis referem-se ao que, vulgarmente, se designa por EE agência e finalmente o número sete esclarece a situação das subsidiárias e respectivas sociedades mãe na definição de EE.

Partindo da definição constante da CM OCDE há autores, como Xavier (2009:312), que determinam a existência de uma distinção principal entre EE reais (instalações fixas) e pessoais (mandatários com representação). Outros autores, como Pires (2011:239), fazem a distinção entre EE por natureza (nos números 1 e 2 do artigo 5º da CM OCDE) e EE por ficção (previstos nos números 3, 5 e 6 do artigo 5º CM OCDE). Na jurisprudência do Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD)²⁰, aquando da avaliação de existência de um EE é frequente distinguir-se entre EE instalação física (números 1 e 2 do artigo 5º CM OCDE), EE projecto (n.º 3 do artigo 5º CM OCDE) ou EE agência (números 5, 3 e 6 do artigo 5º CM OCDE). Na nossa análise iremos seguir a definição de EE estabelecida no MC OCDE e aprofundada exhaustivamente nos respectivos comentários, o que coincidirá com a linha de análise do CAAD, distinguindo entre EE instalação fixa, EE projecto e EE Agência.

2.2.2.2.1 Estabelecimento Estável Instalação Fixa

O n.º 1 do artigo 5.º da CM OCDE dispõe que a regra geral para aferirmos a presença ou não de um estabelecimento estável é a existência de uma instalação fixa através da qual a empresa exerce toda ou parte da sua actividade. Esta definição geral contém o núcleo estrutural do conceito e as listagens dos números dois e quatro representam as aplicações pretendidas pela definição geral.

Da regra geral depreende-se, em consonância com o parágrafo dois dos comentários à CM OCDE, que é exigido o preenchimento de três requisitos cumulativos para estarmos na

comissário-geral ou de qualquer outro agente independente, desde que essa pessoa actue no âmbito normal da sua actividade.

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 actividade 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 (OCDE, 2008:37).

²⁰ Veja-se, a este respeito, os acórdãos referentes aos processos 1/2013-T de 14 de Maio de 2013 e 84/2013-T de 31 de Outubro de 2013.

presença de um EE: (i) a existência de uma instalação, (ii) a instalação deve ser fixa e (iii) que actividades sejam executadas através desta (OCDE, 2008:35).

Os parágrafos seguintes dos comentários esclarecem o preenchimento destes requisitos:

A existência de uma instalação refere-se à existência de um local de negócios, entendido como sendo o local ou bens ao dispor da empresa para a prossecução da sua actividade. É entendida como uma presença física e, nalguns casos, pela presença de maquinaria e equipamentos num determinado local específico. É irrelevante que a propriedade seja da empresa ou, que exista algum vínculo jurídico formal sobre a instalação, contudo é necessário que a empresa detenha um controlo efectivo do espaço.

A instalação deve ser fixa, no sentido em que deve ser estabelecida num local determinado geograficamente, com um certo grau de permanência sob o ponto de vista temporal. A permanência a que nos referimos é entendida em dois sentidos: geográfico e temporal. No sentido de permanência geográfica quando se refere à necessidade de ligação entre um uma instalação física e um espaço geográfico²¹. No sentido de permanência temporal quando se exige a sua continuidade durante um período de tempo considerável. Ora, esta é uma definição um pouco subjectiva: afinal de quanto tempo se faz um período considerável? O parágrafo seis dos comentários à CM OCDE introduz alguma luz na questão, referindo que, à partida, uma actividade que não seja exercida num país por mais de seis meses, não será permanente. Todavia o comentário ressalva a existência de excepções à regra, pois há actividades de curta duração, que pela sua natureza específica, são exercidas por curtos períodos, concluindo que a análise terá necessariamente de ser circunstancial. Mais se acresce, referindo-se que esta permanência deve-se entender como regularidade, uma vez que é conciliável com interrupções pontuais na actividade.

Por fim, é necessário que através desta instalação fixa, seja executada total ou parcialmente uma ou várias actividades da empresa, o que significa que é necessário que a instalação esteja ao dispor da empresa, que o pessoal que depende da empresa possa servir-se do local. Mas, não é necessário que as actividades tenham carácter produtivo, entendendo-se, de acordo com a teoria da pertença económica, que todos os elementos de uma empresa contribuem para a produtividade do conjunto.

²¹ Embora, segundo o parágrafo cinco dos comentários à CM OCDE, não seja necessária a implantação no solo.

Além da definição geral, os números 2 e 4 do artigo 5º do MC OCDE apresentam uma enumeração de casos. No n.º 2, encontra-se o que a doutrina denomina de lista positiva, com o propósito de esclarecer ou ampliar os casos indicados no n.º 1 e, por sua vez no n.º 4, é elencada uma lista negativa com o objectivo de delimitar os casos cobertos pela definição geral de EE.

O parágrafo doze dos comentários à CM OCDE esclarece que os exemplos apresentados na lista positiva não são exaustivos, acrescentando ainda que – de qualquer forma - devem ser sempre considerados à luz dos critérios definidos no primeiro número do artigo. Ou seja, qualquer um dos exemplos, para ser considerado EE, terá de satisfazer as condições de existência de uma instalação, que esta seja fixa e que através dela sejam executadas actividades da empresa.

A lista negativa, apresentada no n.º 4, apresenta excepções à definição geral apresentada no n.º 1. Se analisarmos as situações previstas, damos conta que todas se referem a actividades de carácter preparatório ou auxiliar. No parágrafo 24 dos comentários reconhece-se que, por vezes, poderá não ser fácil distinguir entre actividades que têm um carácter preparatório e auxiliar das que não têm, pelo que novamente se direcciona o leitor para uma análise caso a caso. Todavia, é mencionado que o critério decisivo «consiste em apurar se as actividades da instalação física constituem em si mesmas uma parte essencial e significativa das actividades da empresa, no seu conjunto.» (OCDE, 2008:145)

2.2.2.2.2 Estabelecimento Estável Projecto

Aos tipos de EE estável previstos no número 3 e no número 5 do artigo 5º da CM OCDE, Pires (2011:246) designa de EE por ficção, baseando-se na terminologia usada nos trabalhos de Arvid Skaar. A autora entende que estes tipos de EE surgiram como forma de ultrapassar a rigidez do conceito determinado no n.º 1 do artigo que é insuficiente para abarcar actividades económicas significativas no Estado da fonte. Segundo a autora, «[a] estratégia parece ser a de proceder a uma espécie de interpretação adaptativa dos elementos do n.º 1 do artigo 5º de forma a enxertar as realidades no conceito de E.E., i.e., fazem-se as cedências necessárias para compreender as realidades no conceito de EE» (Pires, 2011:247).

Assim, o n.º 3 do artigo 5º da CM OCDE determina a existência de EE no caso de estaleiros de construção ou projectos de instalação ou de montagem cuja duração exceder os doze

meses²². Voltando às palavras de Pires (2011:248), «observa-se a existência de uma ficção de fixidez, de uma ficção de permanência, uma vez que o critério “instalação fixa” é substituído por uma cláusula temporal». Para efeitos de contagem deste prazo, esclarecem os comentários que o início coincide com o começo dos trabalhos, onde se incluem os trabalhos preparatórios realizados no Estado onde decorrerá a construção, a montagem ou instalação. As interrupções (sazonais ou momentâneas) não afectam a contagem do prazo, nem tão-pouco o recurso a subempregadas e deslocações dos estaleiros inerentes à própria actividade. O final do prazo coincidirá com o término dos trabalhos e o abandono do estaleiro²³.

Em suma, podemos justificar a existência deste tipo de EE, que demonstra uma maior flexibilidade de aplicação dos critérios base, por se tratar de situações em se pretende fazer face a abusos por interpretações restritas que concluíam pela inexistência de EE e, consequentemente, de ausência de tributação no Estado da fonte.

2.2.2.2.3 Estabelecimento Estável Agência

Em continuidade com o que apresentámos no ponto anterior, quando falamos em estabelecimentos estáveis do tipo agência (igualmente designados de pessoais), os critérios base apresentados têm de ser sujeitos a alguma adaptação, pois trata-se de uma ficção com o intuito de superar a existência de uma instalação física. Em substituição, exige-se a habitualidade da actividade do agente, reforçando desta forma o elemento da permanência.

O EE agência, previsto nos números 5 e 6 do artigo 5.º da CM OCDE, existe se uma pessoa singular ou colectiva, que será intitulada como agente, actuar habitualmente por conta de uma empresa não residente e com poderes para concluir contractos em seu nome. Neste caso, também existem requisitos cumulativos a preencher que decorrem da leitura da norma. Então, para uma pessoa singular ou colectiva poder ser considerada como agente deve actuar em representação da empresa não residente e em dependência desta. Mais, como refere Xavier (2009:322), «[é] ainda necessário que a representação seja habitual, ou seja, que o exercício dos poderes se dê, de modo regular e constante [...]», preenchendo o critério de permanência, tal como anteriormente referimos.

²² No caso do CIRC, o prazo previsto para a existência de um EE projecto é de apenas seis meses. Este entendimento, defendido por Portugal no âmbito das negociações que levaram à elaboração da CM OCDE, faz parte da reserva constante do parágrafo 47 dos comentários.

²³ Na legislação interna portuguesa, nomeadamente no CIRC, foi introduzido na letra da lei a inclusão no conceito de EE das actividades de coordenação, fiscalização e supervisão, além da consideração de subempregadas, desde que haja conexão com os projectos de construção, instalação ou montagem.

Os critérios apontados para avaliar a dependência do agente prendem-se com a verificação de uma dependência legal ou económica.

A dependência legal do agente é avaliada pela sua relação contratual com a empresa, se este estiver vinculado a instruções pormenorizadas e a um controlo por parte da empresa que representa, então preencherá este requisito. A acção livre e autónoma em relação à empresa determina a sua independência e o afastamento da aplicação do n.º 5 do art.º 5º da CM OCDE.

A dependência económica implica a consideração da repercussão dos riscos do negócio. Um agente independente assume o risco do negócio, podendo receber comissões, e suporta os encargos gerais da sua actividade. O agente dependente recebe uma remuneração fixa (mesmo que existam comissões extras como prémios de produtividade) e é reembolsado pelos seus encargos gerais. Neste caso, o risco do negócio nunca corre sob a sua responsabilidade, é preocupação exclusiva da empresa que o contrata.

É no n.º 6 do artigo 5.º da CM OCDE que se enquadram os casos dos agentes independentes, dispondo que não se considera que uma empresa tem um EE num Estado quando a actividade da empresa é exercida através de um corretor, um comissário geral ou por um outro agente independente²⁴.

Acrescentamos ainda, a respeito do EE agência, que o parágrafo 35 dos comentários à CM OCDE vem esclarecer que o número 5 do artigo 5º traz apenas uma alternativa à definição geral, aplicável somente se nenhum dos pontos anteriores do artigo o for.

2.2.2.2.4 A situação dos Grupos de sociedades

No que tange aos grupos de sociedades, o número 7 do artigo 5º da CM OCDE vem fechar a redacção do artigo com uma explicação sobre a situação destes. Neste ponto é, dir-se-ia, aclarado que uma sociedade que faça parte de um grupo de sociedades, não é por si só um

²⁴ Ao contrário do previsto na CM OCDE, que exclui à partida os agentes independentes desde que actuem no âmbito da sua actividade – tal como definido no número 7 do artigo 5º -, o CIRC só os exclui no caso de estes assumirem os riscos do negócio (Cf. números 5, 6 e 7 do artigo 5º do CIRC).

Uma outra diferença relevante entre a CM OCDE e as opções encontradas na legislação nacional é a consideração, no n.º 9 do artigo 5º do CIRC, de que os sócios de uma sociedade transparente, sem sede ou direcção efectiva em território nacional, obtêm os rendimentos imputados através de estabelecimento estável situado em território nacional.

Em conclusão, apesar de a definição de EE utilizada pelo legislador português seguir, nos aspectos essenciais a CM OCDE, é óbvia – pelas diferenças apontadas - a conclusão de se pretendeu alargar o âmbito do conceito.

estabelecimento estável de outras sociedades do grupo. Em concordância, refere o parágrafo 40 dos comentários que

[i]sto decorre do princípio que, do ponto de vista fiscal, esta afiliada constitui uma entidade jurídica independente. O próprio facto da actividade da afiliada ser dirigida pela sociedade-mãe não faz da afiliada um estabelecimento estável desta (OCDE, 2008:157).

Para que a afiliada constitua um estabelecimento estável, é pois necessário que preencha os requisitos exigidos no n.º 5 do artigo.

2.2.2.3 Conclusões sobre o conceito de EE

A análise do conceito de EE vertido na CM OCDE leva-nos a constatar que os critérios de aferição da existência de um estabelecimento estável passam sempre pela avaliação da existência física, da permanência e da habitualidade de exercício de uma actividade económica, independentemente do tipo de EE de que tratamos, embora estes devam ser avaliados de acordo com as necessárias adaptações.

Pires (2011:252) considera que, ao abrigo da CM OCDE, a principal característica para a existência de um EE é a sua “fisicalidade”. É portanto perceptível, da análise do artigo 5º, que a presença de um EE apenas se concretiza de forma «corpórea, palpável e perceptível ao olhar humano» (*idem*:253). Segundo a autora, esta característica está também presente no caso das ficções: EE projecto e EE Agência. No EE projecto, as actividades que podem cair na definição são visíveis e fisicamente evidentes: a construção e montagem. No caso do EE agência, a fisicalidade é encontrada no agente, que ao exercer a actividade habitualmente num território, «já de alguma forma “fisicaliza” a actuação, integrando-a numa jurisdição específica» (*ibidem*).

Esta será certamente uma característica que decorre da evolução histórica do conceito, de que tratámos anteriormente. Será seguro afirmar que no início do século XX não seria perceptível a necessidade de que o conceito abrangesse realidades incorpóreas. Por outro lado, tratando-se o EE de uma concessão dos Estados exportadores de capital à tributação de rendimentos empresariais nos Estados da fonte, não existe à partida por parte destes, interesse em alargar o âmbito do conceito, perpetuando desta forma características obsoletas em fase da actual realidade.

Outra das características da figura do EE, sublinhada por Pires (2011:254), é a prevalência da substancia sobre a forma. Da construção de todo o artigo 5º da CM OCDE e especialmente da leitura dos comentários, ricos em exemplos e em esclarecimentos detalhados, denotamos um cuidado na concentração do foco da análise na essência da realidade observada,

procurando evitar manipulações abusivas que possam evitar a consideração da existência de um EE.

A questão do requisito de permanência da actividade, intimamente relacionado com a habitualidade, vai de encontro a necessidades práticas de gestão da tributação, evitando a consideração de actividades transitórias ou actos isolados, evita-se a necessidade de implementação do respectivo sistema tributário de controlo e acompanhamento dessas situações. No mesmo sentido, o conceito de EE recusa a inclusão de actividades não significativas, sem impacto económico expressivo, como actividades preparatórias ou auxiliares, a análise deverá assim recair na avaliação do carácter nuclear da actividade, o que determinará a existência de EE.

Todavia, a ponderação de todas estas características essenciais ao conceito de EE e a apreciação de múltiplas realidades em constante mutação, induzem a uma análise que terá de ser inevitavelmente casuística, como temos vindo a assinalar ao longo desta exposição. Pires (2011:256) realça que «[o] casuístico da análise gera uma insegurança indesejada pelos Estados», embora se reconheça que face à realidade existente, não é possível outra solução.

No excuro do presente trabalho, em capítulo posterior, retomaremos ao conceito de estabelecimento estável para entender de que forma a evolução tecnológica e a globalização vieram a pôr em causa a sua definição.

Mas antes faremos uma incursão pelas características e impactos da economia digital, na sociedade e na tributação.

3. A economia digital

O rápido desenvolvimento e disseminação das Tecnologias de Informação e Comunicação (TIC) tem impulsionado as empresas a criar novos modelos de negócio e influenciado o comportamento dos consumidores. A conectividade tem estimulado o despontar de novas oportunidades, reflectidas na optimização da venda de produtos e serviços, mas também no incremento e optimização da produção, da gestão e da logística. A influência das TIC encontra-se, desta forma, na economia, mas também no modo como as pessoas comunicam e se relacionam, e naturalmente na governação dos países.

Segundo Sousa Franco (1999:11), «o novo ambiente digital à escala global, incluindo em Portugal, traz novas formas de produção e de circularização de informação e uma radical alteração de paradigmas», colocando-se a questão na capacidade do DFI na adequação dos seus meios de intervenção aos desafios da economia digital.

Reconhecendo que a economia digital pode ser definida como o resultado de um processo transformativo em todos os sectores trazido por avanços tecnológicos²⁵, vamos ao longo deste capítulo abordar a sua evolução e identificar as suas principais características o que levará à identificação dos desafios inerentes à tributação do rendimento.

3.1 A globalização e o impacto das Tecnologias de Informação e Comunicação

A globalização não é um fenómeno dos nossos tempos. No seu estudo, que temos vindo a acompanhar, Pires (2011:40) identifica, no que concerne ao fenómeno da globalização, três eras distintas, datando o seu início no século XV, com a chegada de Cristóvão Colombo ao novo mundo²⁶. Esta primeira fase, tendo decorrido até cerca de 1800, foi marcada «pela força

²⁵ Ou, usando a definição veiculada pela OCDE (2015a:11),

[t]he digital economy is the result of a transformative process brought by information and communication technology (ICT) which has made technologies cheaper, more powerful, and widely standardised [sic], improving business processes and bolstering innovation across all sectors of the economy.

²⁶ Pires baseou esta sua análise no trabalho de Thomas Friedman, premiado jornalista americano. Como diria António Aleixo, somos produto do meio onde fomos educados. Por conseguinte, estamos em crer que esta delimitação para o início do fenómeno de globalização estará desta forma influenciada. Fossem de origem lusa as fontes do estudo da professora Rita Pires e certamente encontraria exemplos anteriores de globalização na expansão marítima portuguesa dos séculos XIV e XV. Da mesma forma, se alargássemos o escopo da análise a outros períodos da história e outras (continua)

dinâmica dos Estados, utilizando as descobertas para aproximar os povos, as distâncias e os benefícios para os estilos de vida» (Pires, 2011:40)

A segunda fase, de 1800 a 2000, no entendimento da ilustre autora, corresponde à fase da expansão empresarial, onde o aproveitamento da tecnologia permitiu o aumento de dimensão, a especialização e o alargamento da actividade para novos mercados.

Sendo que a terceira fase, que vivemos actualmente, «é marcada pelo redescobrir do cada vez maior potencial e poder dos indivíduos, que colaboram e competem globalmente» (Pires, 2011:41).

A novidade da globalização, nesta última fase e no passado recente, será o desenvolvimento científico e tecnológico dos últimos anos, sobretudo ao nível das tecnologias de informação e comunicação que encurtaram as distâncias em tempo e em espaço.

Podemos, na nossa humilde opinião, sucintamente afirmar que tudo começa em 1969 quando, nos Estados Unidos da América, é utilizada a primeira rede de comunicação a que podemos designar de *internet*: a ARPANET (Leiner *et al.*, 1997). Esta primeira tentativa de melhorar e desenvolver uma rede de comunicação e partilha foi desenvolvida no meio universitário e utilizada inicialmente apenas nos meios académicos e militares, de onde surgiram os fundos necessários à investigação e desenvolvimento. A partilha promovida pelas universidades, em acesso livre e de forma mais expedita que os meios tradicionais (*e.g.* publicações académicas), de informação e conhecimentos pela rede, assumiu desde logo um papel preponderante no desenvolvimento e disseminação da própria *internet*, fomentando a sua evolução.

Afirma-se pertinente referir que, ao mesmo tempo que as redes de comunicação se desenvolviam, no início da década de 80, a invenção do computador pessoal (*personal computer* – PC) e, posteriormente, a sua comercialização a larga escala a preços acessíveis, permitiu às famílias e aos pequenos negócios o acesso a tecnologias até então restritas a outros meios.

A partir daí assistimos a um desenvolvimento sem precedentes das tecnologias de informação e comunicação, estas tornaram-se menos dispendiosas e cada vez mais fáceis de utilizar para o cidadão comum. O ritmo de integração das economias e mercados tem conhecido, conseqüentemente, uma aceleração considerável, para o qual muito contribuiu, nos anos 90, a chegada da *World Wide Web* (WWW), que tornou mais fácil a utilização de soluções

geografias, encontraríamos influências mais ou menos globais de nações que deixaram marcas indeléveis na sociedade, no conhecimento e na cultura dos povos que influenciaram.

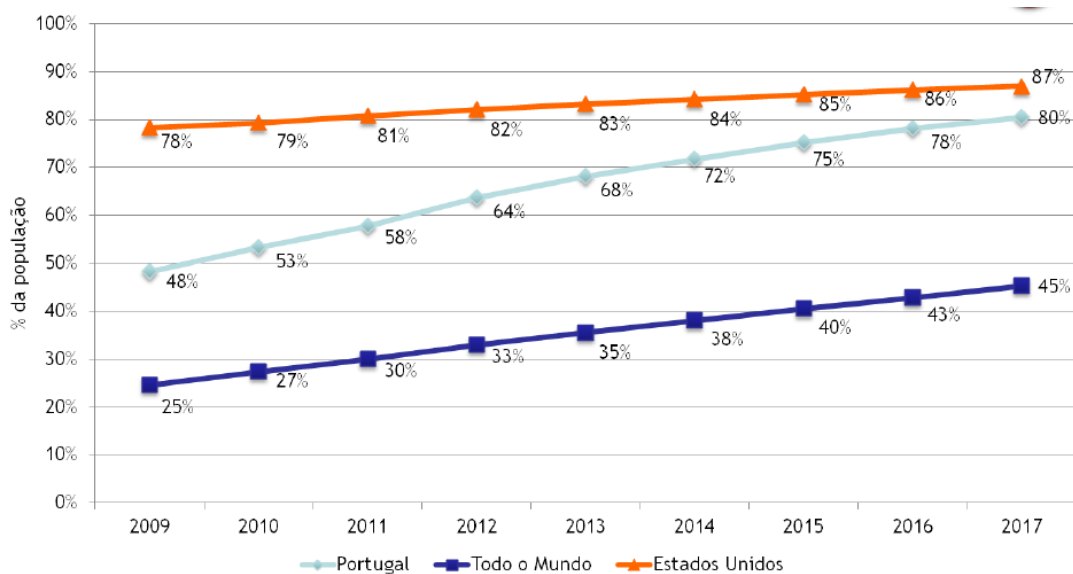
tecnológicas cada vez mais sofisticadas, nomeadamente na publicação e difusão de informação sem existência de barreiras geográficas (ANACOM, 2004:18).

Em resultado da evolução das Tecnologias de Informação e Comunicação (TIC), foram adoptados novos métodos de trabalho, desenvolvidos novos modelos de negócios e construídas novas oportunidades. No fundo assistimos ao desenvolvimento da economia digital, uma revolução nascida no final do século XX, com repercussões, somente, comparáveis às da Revolução Industrial. A Economia Digital é assim definida como «*an umbrella term that includes not only E-Commerce but also the digitization of businesses in general though technology*» (OCDE, 2012:15). E, a coberto deste “chapéu”, encontramos já inúmeros sectores da sociedade, desde o entretenimento, à educação, à saúde, ao relacionamento com o sector financeiro ou com a administração pública. No seguimento deste entendimento constatamos que a economia digital faz de tal forma parte das nossas vidas que já é praticamente impossível dissociá-la do nosso quotidiano. Os avanços tecnológicos permitiram melhorar a produtividade, aumentar o acesso aos mercados e reduzir custos operacionais em todos os sectores da economia. Hoje em dia, as TIC não são só uma forma de negócio, mas fazem parte de todas as tomadas de decisão empresariais, quer pelo modo como cada empresa se relaciona no mercado, quer pelas decisões de localização das diversas áreas de actividade, quer pelas escolhas de desenvolvimento de produtos e serviços.

Isto mesmo, e a título meramente exemplificativo, se extrai dos dados publicados pela Associação do Comércio Electrónico e Publicidade Interactiva (ACEPI); segundo esta, em 2012, existiam 2,5 mil milhões de internautas em todo o mundo, os quais foram responsáveis por 850 mil milhões de euros de compras *on-line*. (IDC/ACEPI, 2014). O Quadro 3.1 abaixo ilustra a percentagem do número de utilizadores de *internet* no total da população, comparando os dados de Portugal e dos Estados Unidos com o agregado mundial²⁷.

²⁷ Os dados provêm de uma apresentação da ACEPI de 2014, pelo que os valores apresentados para 2014, 2015, 2016 e 2017 consistem numa projecção desenvolvida com base no crescimento previsto para o rendimento *per capita* da população portuguesa e respectiva penetração da *internet* em Portugal.

Quadro 3.1 - Utilizadores de *Internet*



Fonte: Apresentação da ACEPI (IDC/ACEPI, 2014)

Afigura-se pertinente aqui referir que se continuará a assistir a uma tendência de crescimento do acesso à *internet*, e conseqüentemente da influência da “rede” na Sociedade.

O reconhecimento de que a inovação tecnológica e expansão dos mercados levantam desafios à capacidade do DFI em tratar as novas estruturas de negócio de uma economia em mutação, levou a que a problemática ultrapassasse os muros da academia e entrasse nas agendas políticas dos países, nomeadamente ao nível das organizações internacionais como a OCDE e a União Europeia (UE).

Em 1996, o Comité dos Assuntos Fiscais (*Committee on Fiscal Affairs – CFA*) da OCDE encetou discussões acerca das implicações fiscais do desenvolvimento das TIC, levando à organização de uma conferência sobre o comércio electrónico que teve lugar em Novembro de 1997 na Finlândia. Este encontro, organizado pela OCDE, pelo governo Finlandês, em cooperação com a, agora, UE e com o governo Japonês, permitiu a adopção de uma série de propostas que viriam a servir de base à conferência ministerial sobre comércio electrónico que teve lugar em Ottawa em Outubro de 1998.

De Ottawa, com a participação de vinte e nove líderes governamentais, saiu a aprovação de princípios fiscais, que orientam a tributação do comércio tradicional e que se considerou serem de aplicar ao comércio electrónico. Falamos dos princípios da neutralidade, da

eficiência, da certeza e simplicidade, da eficácia e justiça e, finalmente, da flexibilidade²⁸ (OCDE, 2014a:163).

A temática do comércio electrónico entra assim, definitivamente, nas preocupações do Comité dos Assuntos Fiscais da OCDE, integrando os programas de trabalho dos diversos grupos consultivos técnicos (*technical advisory groups* – TAG), em áreas relacionadas especificamente com a tributação (impostos sobre o consumo, rendimento, tratados internacionais) ou em áreas especializadas em TIC ou em tratamento de dados.

Destes grupos de trabalho resultaram vários estudos, os quais vieram a permitir a introdução, em 2003, de alterações aos comentários da CM OCDE, visando a interpretação das regras existentes face às novas realidades potenciada pelo comércio electrónico.

Quando em 2013, no âmbito da OCDE, se desenvolvem as discussões em volta do relatório BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*) e são definidos os planos de acção, o reconhecimento de que a erosão da base tributária e a transferência de lucros são preocupações no contexto da economia digital, vem a lançar as bases para o desenvolvimento da Acção 1, intitulada “Abordar os desafios da economia digital”. O relatório preliminar para discussão pública veio a ser divulgado em Março de 2014 e, com base nos *inputs* apresentados, foi emitido novo relatório em Setembro do mesmo ano. Porém, neste último foi reconhecida a existência de interligações importantes entre as diversas áreas em análise no âmbito do projecto BEPS, tendo-se afirmado a necessidade de acompanhar os trabalhos das restantes acções BEPS de forma a estudar os impactos na tributação da economia digital. Neste sentido, o relatório final veio a ser publicado em 2015.

Entretanto em Outubro de 2013, no seio da União Europeia, a Comissão Europeia criou um grupo de trabalho reunindo um conjunto de especialistas, com o intuito de estudar o impacto da economia digital na tributação. O relatório final dos trabalhos desenvolvidos foi publicado em Maio de 2014. Neste relatório, foram não só objecto de estudo os desafios à tributação

²⁸ A tributação deverá ser neutra, no sentido de não influenciar as escolhas de negócio, não distinguindo comércio tradicional de comércio electrónico. Contribuintes, perante situações e transacções semelhantes, devem estar sujeitos a níveis similares de tributação. A tributação deve ser eficiente, procurando minimizar os custos de cumprimento para os contribuintes e os custos administrativos para as autoridades fiscais. A tributação deve seguir o princípio da certeza e simplicidade, pelo que as regras fiscais devem ser claras e de simples compreensão, permitindo aos intervenientes no mercado antecipar as implicações fiscais do negócio. A tributação deve ser justa e eficaz, produzindo a quantidade necessária de imposto e promovendo a diminuição do potencial de fuga e evasão. Os sistemas de tributação devem ser flexíveis e dinâmicos de modo a assegurar o acompanhamento da evolução tecnológica e comercial (OCDE, 2014a:163).

levantados pela digitalização da economia, defendendo a participação activa e a uma só voz da UE nas discussões em curso na OCDE, como foi igualmente dado ênfase às oportunidades de aproveitamento das TIC no âmbito do desenvolvimento económico europeu e do aumento da eficiência das administrações.

Apresentada, de forma sucinta a evolução do tratamento da problemática da tributação da economia digital, no capítulo seguinte propomo-nos abordar as principais características da economia digital, acompanhando de perto as conclusões dos trabalhos da OCDE no âmbito do Plano para o Combate à Erosão da Base Tributária e à Transferência de Lucros.

3.2 As principais características da economia digital

A economia está a tornar-se digital. Começa assim o relatório do grupo de peritos da Comissão Europeia sobre a tributação da economia digital. E esta é a ideia difundida ao longo de todo o relatório da acção 1 do projecto BEPS da OCDE. No aludido documento acrescenta-se que a digitalização é o processo de difusão de uma tecnologia de fins gerais, sendo que o último fenómeno similar que presenciámos foi o da electrificação (Comissão Europeia, 2014:5).

Releve-se que nos trabalhos desenvolvidos quer no seio OCDE, quer nos promovidos junto da Comissão Europeia, tornou-se claro que a economia digital não poderia ser tratada como um sector autónomo para efeitos de tributação. Todavia, do labor, resultou a percepção de que existe uma série de características que são cada vez mais importantes na economia digital e que se apresentam potencialmente relevantes do ponto de vista fiscal. Estas características não estarão todas presentes ao mesmo tempo em todos os negócios realizados, mas constituem-se, em si mesmo, como um vector importante na caracterização da economia digital.

Decorre do referido relatório do grupo de peritos da Comissão Europeia, a identificação de três características principais da economia digital: a mobilidade, os efeitos de rede e a importância da informação.

No relatório da acção 1 do BEPS, a que acima já fizemos referência, retira-se ainda, e em acrescento àquelas um segundo grupo de características, igualmente essenciais, como sejam: a existência de modelos de negócios multifacetados, a tendência para o monopólio/oligopólio e a volatilidade.

Com efeito, considerando a sua importância no desenvolvimento do objecto deste estudo, a elas dedicaremos alguma atenção nos próximos pontos.

3.2.1 A mobilidade

Uma das questões evidenciada, e que tem sido particularmente discutida por diversos autores, prende-se com o efeito da digitalização, em especial a forma como permite um nível nunca antes percebido de mobilidade. E esta é reconhecida a vários níveis, observando-se no aumento de importância dos bens intangíveis - nos quais a economia digital se baseia fortemente -, na dispersão dos intervenientes, dos produtos e dos meios de produção ou áreas de actividade das empresas.

O desenvolvimento e difusão das TIC, com efeito, permitiu que os bens intangíveis se tornassem tão ou mais importantes do que os conexos com a produção física. Este desenvolvimento decorre tanto da digitalização de bens materiais como da criação de novos produtos e serviços. Por conseguinte, no contexto da economia digital e no quadro do nosso estudo, a desmaterialização refere-se à transformação de qualquer objecto material em algo virtual. É o caso de livros, jornais, revistas, filmes, música, programas televisivos. No entanto, avanços noutras áreas, como a impressão 3D, permitem transformar tangíveis em intangíveis, pela comercialização dos desenhos, licenças ou especificações que permitem a impressão remota (Li, 2015:424). Por outro lado, tal como aponta Li (*ibidem*), a desmaterialização também chegou aos serviços, como a publicidade, a banca, os seguros, as viagens, e até o relacionamento com as entidades públicas, casos em que a forma tradicional (presencial) de acesso vai tendo cada vez menos significado. Surgem ainda novos serviços, como a disponibilização de “nuvens” que permitem o alojamento de recursos virtuais, dados ou *software*, no que habitualmente se designa por *cloud computing*.

Uma vez criado o produto ou serviço, a sua distribuição ou disponibilização opera-se a custos mínimos ou mesmo sem qualquer custo. O valor permanece com os direitos à sua reprodução (seja pela utilização da patente, marca comercial ou direito de autor) e é facilmente cedido, vendido ou transferido entre empresas associadas. No final, a detenção legal dos bens pode ser facilmente dissociada das actividades das quais resultaram o seu desenvolvimento (OCDE, 2014a:85).

A intangibilidade dos bens resulta também na sua mobilidade geográfica e na capacidade das empresas chegarem a novos mercados, oferecendo os seus produtos e serviços a clientes dispersos pelo globo, com custos reduzidos (Comissão Europeia, 2014:11).

Aliás, a própria mobilidade dos consumidores pode se apresentar como um desafio à tributação. Se considerarmos, à luz das clássicas regras de incidência dos impostos sobre o rendimento ou a sobre despesa, o exemplo de um consumidor residente em Portugal que compra num *site* americano, durante uma escala aérea nos Emirados Árabes Unidos, numa viagem com destino a Singapura, um jogo online para o seu telemóvel, utilizando-o durante a restante viagem, facilmente nos deparamos com um enredo de interpretações da lei fiscal de no quadro de várias jurisdições.

Ainda no que diz respeito à mobilidade, não podemos olvidar que o desenvolvimento das TIC permitiu e continua a fomentar a transformação de modelos clássicos de negócios, possibilitando uma maior fragmentação das funções das empresas, facilitando desta forma a sua deslocação. O custo e dificuldade de organização das actividades empresariais à distância têm vindo a diminuir progressivamente. Ou seja, é cada vez mais fácil deslocalizar a produção para espaços territoriais que se apresentem economicamente mais vantajosos, mantendo o centro de decisões noutra espaço territorial e eventualmente apostar em vendas em diversos mercados dispersos por todo o mundo, sem aí precisar de manter qualquer estrutura física de apoio.

3.2.2 Os efeitos de rede

Conexo com a característica da mobilidade estão os denominados efeitos de rede, identificados nos modelos de negócio da economia digital, em que as decisões de um utilizador podem reflectir benefícios para outro utilizador. Exemplo clássico dos efeitos de rede é o do telefone. Quanto mais pessoas possuírem um telefone, mais valioso este se torna para todos os proprietários. É criada, desta forma, uma externalidade positiva. Ou seja, o bem-estar de uma pessoa é melhorado pelas acções de outras pessoas sem que estas tenham tido essa intenção ou que obtenham compensação (OCDE, 2014a:91). Na economia digital, os efeitos de rede são um importante componente do negócio, tome-se como exemplo as redes sociais *online: sites* como o Twitter²⁹ ou o Facebook³⁰ tornam-se mais atraentes à medida que ganham utilizadores. Outro exemplo interessante, que exprime a ideia subjacente, é o de um sistema operativo adoptado por um elevado número de utilizadores, o que incentivará o

²⁹ O Twitter, nascido em 2006 nos Estados Unidos é uma rede social *on-line* onde os usuários colocam e lêem mensagens curtas de 140 caracteres chamadas "*tweets*".

³⁰ O Facebook, criado em 2004 por estudantes universitários nos Estados Unidos, é uma rede social *on-line* que permite a partilha de todo o tipo de informação através de texto, imagem ou vídeo.

desenvolvimento de *software* para essa plataforma, que por sua vez resulta numa maior utilidade do sistema (OCDE, 2014a:91).

Ora, do exposto no parágrafo anterior, resulta que as empresas dedicadas a este tipo de negócios vêem o seu valor de mercado aumentado pelo aproveitamento dos denominados efeitos de rede, sejam estes potenciados apenas pela adesão gratuita de novos utilizadores, seja pela implementação de políticas que incentivam interações. Em ilustração desta ideia tomemos o exemplo de um serviço de vendas *online*, este pode atribuir descontos ou outras vantagens em contrapartida da avaliação dos produtos efectuada por consumidores. Esse *feedback* é utilizado para atrair novos clientes, beneficiando a empresa e os novos utilizadores que podem efectuar as suas escolhas com acesso a mais informação. Assistimos nestes casos à formação de valor, dificilmente quantificável e com potenciais beneficiários não identificados. Isto leva-nos a outra característica importante da economia digital: a importância da informação.

3.2.3 A importância da informação

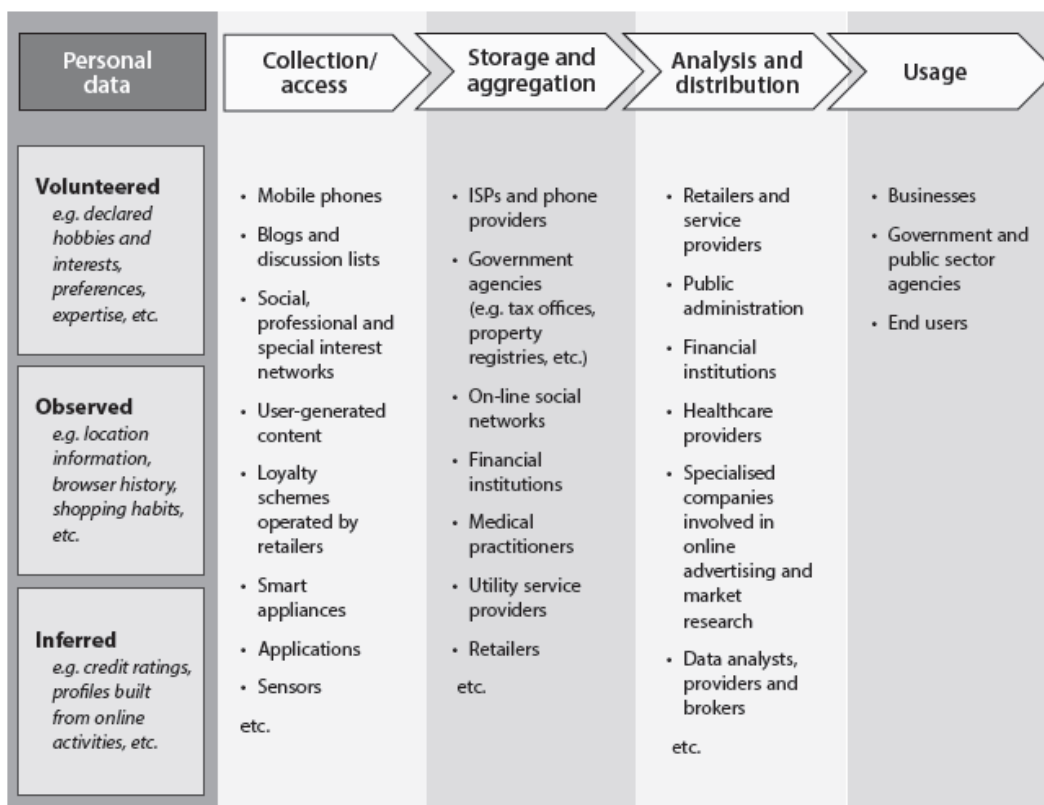
A informação assume, inegavelmente, hoje em dia, uma importância crescente. Num tema directamente relacionado com a tecnologia, é premente a afirmação de Bill Gates: *«How you gather, manage, and use information will determine whether you win or lose. [...] Information flow is the life blood of your company because it enables you to get the most out of your people and learn from your customers»*. (Gates, 1999). Daqui se depreende que a recolha de dados, a sua organização e interpretação é fundamental na descoberta e introdução de novas tecnologias, exploração de oportunidades de investimento e na planificação de toda a actividade de uma empresa. Aliás, segundo Li (2015:422), *«[i]n a digital economy, knowledge and information (data) is considered a main production factor, in addition to the three major production factors of an industrial, capitalist society — labour, capital and land.»*

Se além do mais tivermos em consideração que, numa economia e numa sociedade cada vez mais informatizada, o montante de informação que todos os dias disponibilizamos, de forma gratuita e mais ou menos consciente é incomensurável, facilmente concluímos que o tratamento e utilização destes dados³¹ é uma poderosa ferramenta de tomada de decisões.

³¹ Associado a esta matéria aparece frequentemente o termo “*big data*”, que embora possamos traduzir para português como “meta dados”, não encontra assim uma definição suficiente, já que o seu entendimento é muito mais amplo, traduzindo-se na possibilidade e nas ferramentas usadas para armazenar, agregar e combinar dados para utilização em análises direccionadas, que eventualmente se (continua)

Para melhor ilustrar esta questão, é particularmente clara a esquematização retratada no Quadro 3.2 - Dados Pessoais, o qual apresenta da esquerda para a direita as diversas fases por onde passam os dados recolhidos e quem são os potenciais utilizadores / beneficiários.

Quadro 3.2 - Dados Pessoais



Fonte: (OECD, 2015a:40)

Embora o uso de dados não seja exclusivo da economia digital, a facilidade de tratamento e análise tem sido potenciada pelos desenvolvimentos tecnológicos e pela diminuição dos custos de armazenamento da informação. Desta forma, a digitalização permite às empresas o aumento da sua competitividade, satisfazendo as necessidades individuais de forma mais precisa (Comissão Europeia, 2014:13)

Pode, portanto, concluir-se que as interligações entre as necessidades de informação, a sua utilização e os efeitos de rede potencializados pelas TIC, conduzem à existência de modelos de negócio multifacetados.

traduzem na criação de valor. Para mais informação sobre esta matéria, nomeadamente a criação, utilização e gestão de *big data*, assunto que extravasa o âmbito deste trabalho, pareceu-nos interessante o estudo de Manyika *et al.* (2011).

3.2.4 Os modelos de negócio multifacetados

De acordo com a definição da OCDE (2014a:92), um negócio multifacetado é aquele que é baseado

on a market in which multiple distinct groups of persons interact through an intermediary or platform, and the decisions of each group of persons affects the outcome for the other groups of persons through a positive or negative externality. In a multi-sided business model, the prices charged to the members of each group reflect the effects of these externalities. If the activities of one side create a positive externality for another side (for example more clicks by users on links sponsored by advertisers), then the prices to that other side can be increased.

Neste caso, o exemplo da publicidade, a par do exemplo de vendas *online* de que falámos anteriormente, pode ilustrar a definição de negócio multifacetado. A disponibilização de um serviço livre, numa plataforma digital, para os utilizadores de um país, no qual estes estão sujeitos a anúncios periódicos, cria receita pela utilização do espaço para fins publicitários, e cria um valor acrescentado pela recolha de informação dos cliques efectuados pelos utilizadores que poderá posteriormente ser utilizada para redireccionar a oferta de produtos. Este é o negócio dos motores de busca, das redes sociais e de outros serviços gratuitos disponibilizados *online*. E aqui, a dispersão geográfica pode ser absoluta, pois todos os intervenientes podem estar localizados em jurisdições diferentes: os utilizadores, a empresa que adquire o espaço publicitário, a que o vende, a que gere o *site* e os respectivos dados de acesso, *etc.*

Como nota Li (2015:427), os consumidores na economia digital desempenham um papel relevante como contribuidores no processo de criação de valor, quer como uma fonte de informação (no sentido de *big data*³²), quer como parte de uma relação simbiótica com o fornecedor. Esta relação pode-se traduzir, por exemplo, na possibilidade de criar conteúdos (avaliações de produtos, vídeos faça você mesmo) e partilhar informação nas redes sociais, disseminando informação e provocando novas interacções com outros utilizadores.

3.2.5 A tendência para monopólio

Os negócios baseados no aproveitamento das TIC de forma inovadora, em que o objectivo não é o aumento da produção, mas a sua diferenciação, valendo-se dos efeitos de rede e da utilização eficiente dos dados conseguem, por vezes, a obtenção de posições dominantes no

³² Ver nota 31.

mercado, frequentemente pela criação de uma procura que não existia antes. Esta posição será potenciada pelo registo de patentes ou da propriedade intelectual, criando barreiras de entrada a novos operadores e desenvolvendo situações de monopólio. Desta forma, estas empresas conseguem um rápido desenvolvimento, gerando receitas significativas num curto espaço de tempo (Comissão Europeia, 2014:25).

Porém, este é um mercado extremamente dinâmico em que a novidade de hoje está desactualizada amanhã. O que nos conduz à última característica a estudar da economia digital: a volatilidade.

3.2.6 A volatilidade

Apesar da tendência para o monopólio, não obstante o referido, a realidade é que esta é uma posição, decorrente das características atinentes à natureza da economia digital, difícil de manter pelas empresas; poucas o têm conseguido e, não poucas vezes, o caminho prosseguido tem perpassado pela aquisição de empresas (ou negócios) concorrentes, ou potencialmente concorrentes.

De facto, o progresso tecnológico conjugado com a difusão das TIC tem permitido uma redução dos custos de utilização dos meios necessários à entrada no mercado. O próprio acesso à rede caminha tendencialmente para a gratuidade, o que torna os custos de produção e o investimento de capital inicial, em algumas áreas de negócio, bastante reduzidos, dependentes essencialmente do capital humano criativo.

A economia digital é, como vimos, extremamente dinâmica, com barreiras mínimas de entrada ao desenvolvimento de novos modelos de negócios e à inovação (OCDE, 2014a:94).

Em suma, a economia digital, sendo parte integrante da economia, apresenta algumas características relevantes para efeitos de tributação. Nestas incluem-se a mobilidade, potenciada pela proliferação de intangíveis, pelo fácil acesso aos mercados internacionais e pela possibilidade de fraccionar geograficamente diversas áreas de negócio. Igualmente própria da economia digital é a importância da recolha e tratamento de informação, conseguida através de negócios multifacetados, baseados em efeitos de rede. Acresce que estas características acabam por levar a uma tendência para o monopólio em certos negócios, embora contraposta a uma volatilidade natural de uma realidade em rápida mutação, em que as barreiras de entrada no mercado são reduzidas.

Face a esta caracterização, cabe então investigar, em que medida a economia digital promove oportunidades de erosão da base tributável e deslocalização de lucros. Tarefa a que nos propomos dedicar nos pontos seguintes.

3.3 A economia digital como promotora de oportunidades de erosão da base tributável e deslocalização de lucros

Cumprir lembrar que a OCDE veio afirmar que as oportunidades de existência de erosão da base tributável e deslocalização de lucros (BEPS) são levantadas por situações em que o lucro tributável pode ser artificialmente segregado das actividades que o geram. Estas situações podem debilitar os sistemas fiscais e pôr em causa a obtenção de receitas e o cumprimento de metas orçamentais (OCDE, 2014a:100), desafiando a equidade e neutralidade da tributação.

Ora, salvo mais douda opinião, percebemos que, na sua génese, as estratégias de planeamento fiscal das empresas não diferem muito consoante estejam mais ou menos integradas na economia digital. De todo o modo, saliente-se que, as características que estudámos no capítulo anterior são por si só potenciadoras de algumas formas de erosão de base tributável e de deslocalização dos lucros, agravando os riscos de abuso no âmbito da fiscalidade directa ou indirecta.

Assim, importa aqui dar nota que, para os efeitos deste trabalho académico, recortamos da Fiscalidade, o ramo da Fiscalidade Directa, no quadro do qual será objecto a análise das várias implicações da economia digital.

O relatório, supra referido, da OCDE sobre a economia digital (acção 1) dedica o seu capítulo cinco à identificação das oportunidades BEPS da economia digital, apresentando no anexo B algumas estruturas de negócios observadas em que está patente a possibilidade de planeamento fiscal abusivo. Estas estruturas operam de várias formas, (I) pela eliminação ou redução de tributação nos países de mercado, evitando uma presença tributável, reduzindo a receita alocada a funções, activos e riscos aí localizados ou maximizando as deduções; (II) pela escolha de localizações que permitem evitar retenções na fonte; (III) pela eliminação ou redução de tributação num país intermediário ou (IV) pela eliminação ou redução da tributação no país da residência da patente (OCDE, 2014a:101).

Analise-se, então, cada uma destas estruturas.

3.3.1 Eliminando ou reduzindo o imposto no país de mercado

No âmbito da economia digital é comum uma empresa interagir com clientes em todo o mundo através de uma presença virtual, por exemplo num *site* na internet. Significa tal que a presença física num determinado local se torna desnecessária para conduzir o negócio. Um bom planeamento numa actividade que seja facilmente fragmentável permite que possam ser distribuídas funções da empresa, para que esta não se qualifique como uma presença tributável em locais onde as taxas de imposto são mais elevadas, como poderá ser o caso dos países do mercado de venda. Este comportamento aproveita a actual definição de estabelecimento estável (e as suas excepções) presente na convenção modelo da OCDE, não poucas vezes usada como base de tratados e convenções internacionais sobre dupla tributação.

Voltando a considerar a importância dos activos intangíveis na economia digital, relembramos que a sua natureza potencia a sua mobilidade. A deslocalização de um intangível diferenciado entre empresas relacionadas, pode ser virtualmente efectuada pelo valor mais conveniente para o negócio, que não será necessariamente o real, pois a aplicação de normas relativas a preços de transferência é de extrema complexidade na inexistência de comparáveis. A transferência para uma filial, sita numa localização fiscalmente mais favorável, permite que mais tarde lhe seja atribuída grande parte do lucro, uma vez que formalmente lhe pertence a propriedade legal do intangível gerador dos rendimentos do grupo (OCDE, 2014a:102).

Note-se que, estruturas deste tipo permitem igualmente a redução dos lucros das filiais sitas nos países de mercado, pela maximização do valor pago a outras empresas do grupo, a título de juros, *royalties*, taxas de serviço, *etc.*

3.3.2 Evitando imposto retido na fonte

Não será incomum uma empresa não residente em determinado país estar sujeita a retenções na fonte referentes a certos pagamentos efectuados por contribuintes residentes, respeitantes por exemplo a juros ou *royalties*. Para fazer face a este tipo de situações é usual observar-se a criação de empresas em países que mantenham com o primeiro, tratados de tributação mais favoráveis no tratamento de tais pagamentos. O enfoque, nesta estrutura, propende para, fruto do desenvolvimento das tecnologias de informação e comunicação, maior facilidade na criação de empresas de fachada cujo propósito finalístico é o de reconduzir lucros minimizando os custos fiscais. Genericamente, esta realidade subsume-se às situações de abuso de tratados, comumente designadas de *treaty shopping*.

3.3.3 Eliminar ou reduzir impostos no país intermediário

A eliminação ou redução de impostos em países em que existem empresas que servem apenas de intermediárias pode ser feita pela combinação de qualquer uma das fórmulas descritas anteriormente, ou ainda pelo recurso a *hibrid mismatch arrangements*, ou seja, pelo aproveitamento das diferenças de tratamento fiscal de determinados factos tributários, instrumentos financeiros, tipo de entidades ou transferências.

3.3.4 Eliminação ou redução da tributação no país da residência da patente

De modo geral as mesmas técnicas usadas para reduzir a tributação no país de mercado, podem ser usadas para o mesmo efeito no país de residência da patente.

Além disso, as empresas podem se furtrar a suportar uma maior carga fiscal, se o país tem um sistema de isenção ou diferimento de receita de origem estrangeira e ou não tem um regime de controlo de empresa estrangeira controlada (*Controlled Foreign Corporation - CFC*), regime que se aplica a rendimentos auferidos por corporações estrangeiras controladas, ou tem um regime com cobertura inadequada de determinadas categorias de rendimento passivo ou altamente móvel, como é o caso dos rendimentos referentes a bens intangíveis (OCDE, 2014a:106).

3.3.5 Acções do relatório que têm relevância nas oportunidades de BEPS da economia digital

Apesar das estratégias de planeamento fiscal de que tratamos neste capítulo poderem ser potenciadas pelas características particulares da economia digital, não lhe são únicas.

Atento a esta realidade e no âmbito do plano para o combate à erosão da base tributável e à transferência de lucros da OCDE (2013), estão previstas uma série de acções que se podem revelar determinantes na estratégia a desenvolver no combate a estes esquemas. Pela sua relevância, elencam-se as seguintes:

- a acção 2 – Neutralizar os efeitos dos instrumentos híbridos – pelo desenvolvimento de disposições relativas à elaboração de normas nacionais para neutralizar os efeitos dos instrumentos e entidades híbridos;
- a acção 3 – Fortalecer as regras de *Controlled Foreign Corporation - CFC rules*.
- a acção 4 – Limitar a erosão da base tributária através da dedução de juros e outras compensações financeiras – pelo desenvolvimento de recomendações relativas às boas

práticas para a elaboração de normas que evitem o uso de transacções financeiras entre partes relacionadas com o objectivo de deduções excessivas e redução da base tributável;

- a acção 5 – Combater de modo mais eficaz as práticas tributárias prejudiciais, tendo em conta a transparência e a substancia – pela criação de medidas com foco na transparência, troca de informação e exigência de substancia sempre que as subsidiárias beneficiem de regimes fiscais privilegiados;
- a acção 6 – Prevenir o uso abusivo de tratados – promovendo alterações ao modelo de convenção da OCDE e recomendações em torno de regras fiscais domésticas, de forma a esclarecer que as convenções não são destinadas a gerar a dupla não-tributação;
- a acção 7 – Prevenir que a determinação de estabelecimento estável (EE) seja artificialmente evitada – desenvolvendo alterações à definição de EE;
- as acções 8 a 10 – Garantir que os resultados dos preços de transferência estejam alinhados com a criação de valor – pela reavaliação das regras existentes no que diz respeito aos activos intangíveis, ao capital e a outras transacções de alto risco.

No decorrer deste estudo, fomos fazendo referência a alguns dos trabalhos que foram desenvolvidos em diversas áreas que, pelo seu objecto e importância são susceptíveis de ter repercussões na tributação de negócios com forte influência das tecnologias de informação e comunicação. Contudo, existem desafios a nível da política fiscal que são inerentes à progressiva digitalização da economia. Desafios que se analisará com mais detalhe no próximo capítulo.

4. Os principais desafios da economia digital à tributação do rendimento

Em termos gerais, na área da fiscalidade directa, a doutrina tem comungado de alguma unanimidade na identificação dos principais desafios políticos levantados pela economia digital. Sistematizando estes em três grandes categorias temos: a adaptabilidade do elemento de conexão, a importância da valoração dos dados e a caracterização dos rendimentos de novos negócios (OCDE, 2014a:125). Estas categorias congregam em si a dificuldade em definir uma jurisdição para efeitos de tributação, o problema de atribuição de valor à informação e dados gerados gratuitamente pelos utilizadores das redes digitais, e a complexidade de enquadramento dos rendimentos emergentes da economia digital numa determinada categoria (Hadzhieva, 2016:16).

Nos pontos seguintes teremos a oportunidade de analisar com maior proficuidade cada um destes desafios.

4.1 A adaptabilidade do elemento de conexão

Na análise da caracterização da economia digital, fizemos referência ao facto de que os novos modelos de negócios estão cada vez menos dependentes de uma presença física significativa em determinada jurisdição e, pelo aproveitamento de efeitos de rede, geram relações com os clientes que dificultam a adaptação das actuais regras de determinação de um elemento de conexão para efeitos de tributação.

Conforme abordámos anteriormente, o princípio da residência e o princípio da fonte fundamentam o poder de tributação dos Estados, concretizando-se nos designados elementos de conexão do DFI: residência e fonte. Em termos de extensão do poder de tributação, segundo o princípio da residência, a obrigação do imposto incide sobre os rendimentos obtidos globalmente e de acordo com o princípio da fonte, a obrigação fiscal dos não residentes é circunscrita ao montante dos rendimentos obtidos no território. Reconhecendo-se a legitimidade de ambos os elementos de conexão, a repartição do poder de tributação entre os Estados depende de entendimentos internacionais, nomeadamente através da celebração de convenções. Estas procuram obviar a existência de situações de dupla tributação internacional, em que um mesmo facto tributário esteja sujeito a tributação em duas jurisdições diferentes.

No entanto, é bom notar que no actual estágio de evolução do DFI, no que concerne às CDT assinadas entre Estados outorgantes, predominam as que seguem o modelo da OCDE.

Ora, os dois princípios acima referidos, pela sua relevância importa que sejam analisados autonomamente, quanto à sua aplicabilidade no quadro da economia digital.

4.1.1 A residência

A determinação da residência tem, de acordo com Pereira (2010:99)

uma importância fundamental no DFI, tendo em conta tanto o papel do princípio da residência na atribuição aos Estados do poder de tributar, como o modo específico de funcionamento das CDT, assente na distinção entre o Estado de residência e o “outro Estado”.

De facto, como já referimos anteriormente, o DFI atribui a primazia de tributação ao Estado de residência, ao qual se concede a possibilidade de tributação com base no rendimento global, e ao qual caberá o ónus de eliminação da dupla tributação internacional, aplicando os mecanismos previstos para o efeito, compreendendo-se desta forma a importância na determinação da residência, para a aplicação das regras presentes nas convenções.

Cabe então referir qual a definição de residente preconizada na CM OCDE. Percorrendo o seu conteúdo, verifica-se que no n.º 1 do seu art.º 4º, a definição de residente é remetida para os conceitos determinados nos ordenamentos jurídicos nacionais³³ dos outorgantes, limitando-se a fornecer alguns exemplos orientadores, como: domicílio, residência e local de direcção (ou qualquer outro critério de natureza similar).

A técnica de remissão para as ordens jurídicas nacionais, traduz-se na existência de inúmeras definições estabelecidas para o mesmo critério, conduzindo necessariamente a conflitos relativos às pretensões tributárias dos Estados outorgantes, nomeadamente na existência de situações de dupla residência. Mas a questão não se extingue na concorrência entre Estados, já que a inexistência de critérios uniformes permite, tal como salienta Courinha (2011:15), que a uma empresa economicamente racional seja apresentada a opção entre «eliminar os laços de residência com os ordenamentos (de elevada carga tributária)», ou obter a qualidade de

³³ A redacção do art.º 4º, n.º 1 é a seguinte: «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» (OCDE, 2008:36).

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» (Courinha, 2011:15).

A possibilidade supra referida, não foi ignorada no âmbito da CM OCDE. Esta apresenta a solução para o problema, resultante de eventual conflito, decorrente da existência de duplas residências. Na determinação de regras de desempate ou preferência (*tie-breaker rules*), devem as partes ter em consideração aquelas «que dão prevalência a determinadas ligações ou determinados elementos de ligação» (Pires, 2011:214). Estas regras estão identificadas nos números 2 e 3 da CM OCDE. Os preceitos referentes à residência de pessoas singulares, presentes no número 2 do artigo 4º, consistem numa listagem hierarquizada de vários critérios. Mas, para as sociedades, o único critério apresentado, no n.º 3 do art.º 4, é o da direcção efectiva³⁴.

Diferente é a problemática associada ao conceito de direcção efectiva, porquanto não está expressamente densificado no texto da convenção, e até à versão de 2000, também não se encontrava referido nos comentários. Todavia, perante a discussão doutrinária face à inexistência de uma previsão expressa, foi introduzido o parágrafo 24 aos comentários, no intuito de estabelecer uma interpretação para o critério.

Antes ainda de nos debruçarmos sobre o §24, vejamos quais as contribuições à interpretação do n.º 3 do art.º 4º da CM OCDE, que trazem os restantes parágrafos que lhe são dedicados.

O §21 começa por clarificar que o n.º 3 do art.º 4º não se refere apenas a empresas, no sentido de sociedades legalmente constituídas, mas a todas as pessoas colectivas (ou não singulares)

³⁴ Redacção dos números 2 e 3 do artigo 4º da CM OCDE:

2. Quando, por virtude do disposto no n.º 1, uma pessoa singular for residente de ambos os Estados contratantes, a situação será resolvida como segue:

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.

3. 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 (OCDE, 2008:36).

sujeitas a imposto num determinado Estado. O mesmo parágrafo esclarece que, embora seja rara a ocorrência de conflitos de residência, é possível dois Estados darem importância diferenciada dois critérios, como por exemplo o local de registo e a direcção efectiva, resultando numa dupla residência, estabelecendo-se assim a necessidade de existência de regras de preferência.

O §22, por outro lado, determina que um critério puramente formal, como o local de registo, não é uma solução adequada, pois o que se pretende é dar importância ao local onde a empresa é efectivamente gerida, reconduzindo a análise no sentido de focalizar a atenção na substância em detrimento da forma. Tal como salienta Courinha (2011), este parágrafo vem introduzir uma salvaguarda no sentido de que não possam ser adoptados, para efeitos de verificação da residência nas CDT, critérios puramente formais, privilegiando-se uma «conexão substantiva real» (Courinha, 2011). Ou seja, procura-se obstar que uma empresa que não apresenta ligações substanciais com um determinado Estado possa ser ali considerada residente, por mera ligação formal, e desta forma usufruir de vantagens fiscais ao abrigo de uma convenção. Assim, «à luz de uma dada CDT, o sujeito não será residente convencional, ainda que tal qualidade lhe seja reconhecida pelo Estado contratante» (*ibidem*)

O § 23 vem referir que a formulação de um critério de preferência teve em especial atenção a tributação de rendimentos provenientes de transporte marítimo, fluvial e aéreo, casos em que os Estados tendem a adaptar critérios de residência diferenciados.

Chegamos assim ao §24, introduzido inicialmente em 2000, mas com alterações posteriores, resultantes da contínua discussão, sobretudo pela consideração do impacto dos desenvolvimentos nas tecnologias de comunicação³⁵, sobre o conceito de direcção efectiva – única *tie-breaker rule* prevista na CM OCDE para os casos de dupla residência de pessoas não singulares. Na sua actual redacção, o comentário vem afirmar que a direcção efectiva de uma empresa está localizada onde as decisões de gestão e comércio, fundamentais à condução do negócio na sua globalidade, são tomadas. No entanto, para a determinação do local de direcção efectiva, indica-se que devem ser tomados em conta todos os factos e circunstâncias

³⁵ Salienta-se neste sentido a apresentação pela OCDE, em Fevereiro de 2001, do relatório para discussão pública “*The impact of the communications revolution on the application of “place of effective management” as a tie breaker rule*”.

relevantes. De acordo com Pires (2011:218) esta formulação leva-nos a considerar o necessário carácter casuístico da análise.

No mesmo sentido segue o parágrafo 24.1, ao considerar que as situações de dupla residência são raras, apresenta a possibilidade dos Estados contratantes solucionarem os possíveis conflitos, derivados do uso das tecnologias de comunicação, caso a caso. Para tal, e na eventualidade de risco de utilização indevida das convenções, são apresentados possíveis elementos de interpretação para o conceito de direcção efectiva como

o local onde têm normalmente as reuniões do respectivo conselho de administração ou órgão equivalente, o local onde o presidente do conselho de administração e demais quadros superiores exercem as suas actividades, 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 (OCDE, 2008)

Aqui chamando à colação as características estudadas da economia digital (ponto 3.2), sustentamos que os estes elementos de interpretação poderão ser facilmente iludíveis, ou simplesmente de difícil localização. Senão vejamos: o conselho de administração pode reunir por videoconferência, os seus diversos intervenientes podem estar deslocados em diversas jurisdições, sendo, ou não, aí (eles próprios) residentes. O mesmo acontece em relação aos quadros superiores e aos intervenientes na gestão corrente da empresa. E, convenhamos, nas actuais circunstâncias, a sede de uma empresa pode-se localizar em qualquer parte do mundo, sem que tal se torne num obstáculo à gestão eficiente da actividade³⁶. Na verdade, tal como afirma Pires (2011:223), há «uma tendencial incapacidade do conceito de direcção efectiva em indicar efectivamente o local da residência das sociedades envolvidas nos negócios electrónicos».

Do referido retira-se que o elemento conexão associado à residência encontra sérias dificuldades de operacionalização face às características da economia digital. Do exposto admitimos de igual forma que o desenvolvimento das TIC e das consequentes novas formas de organização dos negócios e das empresas é apenas um dos factores que tem vindo a questionar a aplicação do conceito tradicional de residência. Além do desenvolvimento dos meios de comunicação, factores como o afrouxamento das complexidades burocráticas associadas à criação de empresas multinacionais, o alargamento e diversidade da rede de

³⁶ O mesmo pode se dizer sobre o local onde são mantidos os registos contabilísticos.

convenções e o acesso a zonas de baixa tributação, permitem às empresas equacionar um maior número de possibilidades de planeamento fiscal mais ou menos lícito (Courinha, 2011). Pelo que, os sucessivos ajustamentos do critério da residência demonstram que o conceito tradicional «não tinha capacidade para fazer face a uma série de transformações operada na vida económica dos sujeitos da relação jurídica, transformações de aproveitamento fiscal» (Pires, 2011:225).

Aqui chegados, podemos concluir que o elemento de conexão residência encontra-se em dificuldades, e a economia digital, longe de constituir o único factor disruptivo, é decerto um catalisador, exacerbando as dificuldades de aplicação do conceito. Não obstante, concordamos com Pires (2011:226), quando afirma que «[o] importante parece ser procurar o que verdadeiramente sustenta a tributação do rendimento na residência, e não o teste que especificamente deve ser aplicado». Ou seja, o princípio da residência, como fundamento do direito à tributação de um Estado é válido, contudo, os critérios que determinam a residência de um determinado sujeito passivo, precisam de ser avaliados à luz de critérios valorativos.

4.1.2 A fonte

O critério da fonte, como elemento de conexão no DFI, representa o poder de tributação que emerge para o Estado onde se geram os rendimentos. E, no acompanhamento do supra referido, a abrangência do poder tributário do Estado da fonte é seriamente limitado pelo princípio da territorialidade. Ou seja, como bem nota Pires (2011:227), «[a]o Estado onde se geram/produzem os rendimentos apenas faz sentido corresponder o poder de tributar os rendimentos que a esse território estão ligados». Neste sentido, no que à tributação dos lucros das sociedades diz respeito, a tributação na fonte depende de uma ligação territorial com uma determinada jurisdição que se consubstancie num estabelecimento estável.

Relembrando o estudado no ponto 2.2.2, vamos de encontro à definição de estabelecimento estável no artigo 5º da CM OCDE. Esta norma sujeita a consideração da existência de EE a uma presença física substancial no país em causa (incluindo estaleiros de construção) ou, eventualmente, à permanência de um agente dependente. Todavia exclui, no seu n.º 4, a consideração de algumas instalações, como armazéns, depósitos de mercadorias e outras instalações físicas que apresentem apenas um carácter preparatório ou auxiliar. Em suma, a base do conceito determina a necessidade de uma existência física e permanente e, ainda assim, exclui algumas realidades.

Mas, no contexto da economia digital existem empresas que, não congregam em si nenhum dos dois elementos de conexão: nem são residentes, nem têm presença física substancial, o que não invalida que possam ter, de facto, um peso significativo na economia, num determinado sector. Importa lembrar que as TIC têm permitido o aumento da capacidade de realizar actividades remotamente, eliminando as distâncias como barreiras ao comércio ou aos negócios. As escolhas das localizações das actividades empresariais tornaram-se mais flexíveis. Ora, como se viu, é possível a actuação de uma empresa num mercado, obtendo daí rendimentos substanciais sem que, alguma vez caía no conceito de EE.

Reconhecendo a necessidade de interpelar estes novos desafios, em 2000, a OCDE procurou, com a introdução de comentários adicionais à redacção do artigo 5º da CM OCDE, abordar a problemática da tributação na fonte do comércio electrónico. Neste sentido foram introduzidos os parágrafos 42.1 a 42.10.

Aspecto importante, já referido, mas que não é demais dar a devida importância, é o facto de o comércio electrónico ser a faceta mais visível da economia digital. Em Portugal foi oficialmente definido no Documento Orientador da Iniciativa Nacional para o Comércio Electrónico, como referindo-se «a todas as formas de transacções comerciais que envolvam quer organizações quer indivíduos e que são baseadas no processamento e transmissão de dados por via electrónica, incluindo texto, som e imagem» (Presidência do Conselho de Ministros, 1999). A nível europeu, o Eurostat define comércio electrónico como «*the trading of goods and services over computer mediated networks; the payment and/or delivery of the products may or may not be made over such a network*» (Eurostat, 2002:6).

Retomando a temática atinente, somos a dar conta de que os novos esclarecimentos dos parágrafos 42.1 a 42.10 versam essencialmente a questão de aferir se a utilização de equipamento informático situado num determinado país para a realização de transacções de comércio electrónico pode constituir um estabelecimento estável. Desta forma, começa-se por distinguir entre equipamento físico, designado por “*hardware*”, e os dados ou suporte programacional, designado por “*software*”, salientando-se a tangibilidade do primeiro em relação à incorporalidade do outro. Desta distinção desenvolve-se necessariamente a conclusão de que um sítio *web*, pela sua imaterialidade, não pode por si só constituir um estabelecimento estável. Porém, o servidor (*hardware*) onde o sítio *web* está armazenado pode constituir uma instalação física identificável como EE. Importa dar realce das condições concretas 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 objecto principal (o comércio). Assim, em relação aos servidores, apesar de se reconhecer que não seria necessária a existência de intervenção humana para que pudessem constituir um EE, só assim poderiam ser considerados – dependendo de uma avaliação casuística - em casos muito particulares, dependendo das funções que eventualmente possam exercer.

Discorrendo os parágrafos dos comentários é ainda analisada a possibilidade de um Fornecedor de Serviços via Internet (FSI)³⁷ poder ser considerado agente dependente, para efeitos de aplicação do n.º 5 do artigo 5º da CM OCDE. Contudo considerando que geralmente os FSI apenas asseguram o serviço de armazenagem dos sítios *web* de outras empresas, dificilmente apresentam as características necessárias para poderem ser considerados agente, nomeadamente a possibilidade de celebração de contractos em nome dessas empresas, reconhecendo-se maioritariamente a sua independência.

Em suma, pode concluir-se que os comentários à CM OCDE, acrescidos em 2000, não trouxeram soluções viáveis à tributação do comércio electrónico, nem tão pouco lançam alguma luz no propósito de enfrentar os desafios à tributação resultantes do desenvolvimento da economia digital.

Neste sentido orienta-se Pires (2011:257) quando refere que o principal problema advém da tentativa de subordinar uma realidade intangível/virtual/incorpórea, inerente à economia digital, a conceitos de tributação que, por razões históricas (e políticas), se baseiam em conceitos de tangibilidade e corporeabilidade que só encontram aplicação viável num mundo físico e delimitado territorialmente.

Pires (2011:259) segue analisando cada uma das características do EE por comparação à realidade observável no comércio electrónico, demonstrando o desajustamento do conceito.

Seguindo o mesmo raciocínio, ao considerarmos os EE instalação fixa, teremos de ter em conta a necessidade do preenchimento de três requisitos: (i) a existência de uma instalação (ii) fixa, (iii) através da qual sejam executadas as actividades da empresa.

Ora, como já disso demos nota, na economia digital não existe a necessidade de implementação física num determinado território (no sentido de local, material ou instalação utilizados pela empresa) para que aí seja desenvolvida uma actividade – logo o elemento “fiscalidade” é de difícil adaptação.

³⁷ Ou se quisermos utilizar a terminologia anglo-saxónica: *Internet Service Provider* (ISP).

No que diz respeito ao elemento “fixidez”, a dificuldade advém da mobilidade e volatilidade reconhecida aos novos negócios, que à partida põe em causa tanto o elemento temporal como o elemento geográfico da definição. Pires (2011:260) vai mais longe nesta análise, afirmando que o tempo e a geografia no comércio electrónico têm diferentes medidas, em comparação com comércio tradicional. A autora sustenta esta asserção referindo que as lojas virtuais não têm horário de funcionamento, estão sempre acessíveis, a qualquer hora a partir de qualquer local, e as entregas, com base em produtos ou serviços intangíveis, são imediatas. Avaliar a permanência temporal num estabelecimento virtual, teria portanto de ter em conta a velocidade e a continuidade das operações. Da mesma forma, a ausência de fronteiras no mundo virtual, limita a asserção de um local. Tal como refere Pires (*ibidem*), no espaço virtual não existem jurisdições, o espaço é unitário, logo a formação territorial na *internet* é incomparável com o mundo real.

Mas mesmo que estes elementos fossem determinados, considerando a existência de um EE instalação fixa e, conseqüentemente, tributando o rendimento na fonte, seria necessário que as actividades exercidas não se enquadrassem na lista negativa apresentada no n.º 4 do artigo 5 da CM OCDE. Ou seja, é necessário que as actividades não possam ser enquadradas como preparatórias ou auxiliares. Porém, as características da economia digital, como a mobilidade e a tendência para existência de modelos de negócios multifacetados e/ou fragmentados, também dificultam a superação desta limitação. Se considerarmos a possibilidade de, num determinado negócio, o aproveitamento das novas tecnologias de comunicação possibilitar a distribuição geográfica das diversas funções que constituem a actividade de uma empresa, facilmente podemos concluir, que à luz da definição prevista no MC OCDE, nenhuma das funções, consideradas isoladamente pela sua dispersão geográfica, constitui um EE, pois tenderão a ser consideradas actividades preparatórias ou auxiliares.

Neste quadro, a OCDE (2014a:129) veio a reconhecer no Relatório BEPS - Acção 1, a possibilidade de as mudanças na forma de organização dos negócios possam ter levado a que, certas actividades que antes eram consideradas preparatórias ou auxiliares (beneficiando das excepções à definição de EE), possam agora fazer parte do *core business* das empresas.

No que diz respeito ao EE agência, os esforços desenvolvidos pela OCDE, quando promoveu as alterações aos comentários do artigo 5º do MC OCDE, culminaram numa significativa restrição quanto à possibilidade de se considerarem os FSI como agentes. Mas, se todavia, fosse nosso desiderato adaptar o conceito de agente à realidade virtual, esbarraríamos com a

evocação no número 5 do mesmo artigo do vocábulo “pessoa”³⁸, o qual leva a interpretações que excluem a possibilidade de considerar uma página *web*, ou qualquer outra realidade virtual, um agente para efeitos de preenchimento dos requisitos de estabelecimento estável. Pires (2011:262) faz, neste caso, uma interpretação mais abrangente do conceito “pessoa”, afirmando a possibilidade de incluir outras realidades. Ao invés, aponta como principal problema a «questão da exigência de actuação de alguém/algo num determinado território» (*ibidem*). Ou seja, coloca a tónica na questão da necessidade de localização física do agente, enfatizando novamente a crescente dispensabilidade de presença física das empresas num determinado mercado, para aí desenvolver a sua actividade. Assim, dificilmente reconhecemos um agente, nos termos previstos no número 5 do artigo 5º, num intermediário tecnológico, pois estes – sejam ou não “pessoas” - actuam como prestadores de serviços independentes, fornecendo plataformas através das quais as empresas desempenham algumas funções, sejam estas auxiliares, preparatórias ou apenas parcialmente relacionadas com a actividade principal.

Face ao exposto, perante as novas realidades, o conceito de EE, tal como é aceite actualmente, será insuficiente para evitar situações de dupla não-tributação.

Mas, no acompanhamento das nossas conclusões, no que diz respeito ao princípio da tributação na residência, teremos igualmente de salientar que não será o princípio de tributação na fonte que se encontra em causa, mas ao invés a sua operacionalização. Por outras palavras, são as regras que determinam a tributação na residência ou na fonte que estão em causa, e não a legitimidade do poder de tributação de um ou outro estado.

Estas regras, que estudamos nos pontos anteriores, concretizadas nos elementos de conexão, são herança de outras eras, tempos distintos em que a presença física, a materialidade e a permanência eram a base da economia e da sociedade. Mas são também a imposição do poder político e económico, numa eterna distinção entre os tradicionais países importadores e exportadores de capital, os quais são agora também importadores e exportadores de tecnologia, *know-how* e *software*. Importando aos primeiros a perpetuação de regras de tributação na fonte de difícil concretização de forma a assegurar a possibilidade de tributação exclusiva na residência. Contudo, como vimos anteriormente, também o elemento residência se encontra em dificuldades, pelo que questionamos se não será este o tempo de encontrar consensos.

³⁸ Na acção do artigo 3º, n.º 1 a) da CM OCDE: «[o] termo pessoa compreende uma pessoa singular, uma sociedade e qualquer outro agrupamento de pessoas» (OCDE, 2008:35).

A OCDE, no âmbito do projecto BEPS, reconheceu a necessidade de cooperação internacional de forma a assegurar a efectiva tributação dos rendimentos gerados pelas empresas. Esperamos que na operacionalização deste projecto se reconheça, de igual modo, a necessidade de assegurar a justa repartição do poder tributário dos estados.

4.2 Valorização dos dados

Já antes demos nota da importância da informação e da recolha de dados na economia digital. Referimos igualmente que as tecnologias actuais permitem a recolha, armazenamento e utilização de dados, a grande velocidade e, virtualmente, a partir de qualquer lugar. A utilização desta informação pode, após o devido tratamento ser usada com fins económicos.

O aproveitamento e tratamento de dados, no sentido dado pela expressão anglo-saxónica “*big data*”³⁹, pode criar valor para as empresas de diversas formas, permitindo efectuar estudos de mercado, possibilitando direccionar ofertas e racionalizar a produção melhorando o desenvolvimento de produtos ou serviços e aperfeiçoando as tomadas de decisão. Logo, à informação não deve apenas ser associado o custo da sua recolha, armazenamento e análise, mas deve-lhe ser reconhecido o potencial para gerar rendimentos futuros.

Se recordarmos que um activo se define como um recurso controlado pela empresa potencializador de benefícios económicos futuros, compreendemos que podemos enquadrar informação como activo, pois nas características que observámos referentes ao tratamento e utilização de *big data*, encontramos a mesma definição: os dados e informação obtidos por uma empresa podem potenciar a criação de valor. Assim, a informação ao se integrar nos factores que fomentam a obtenção de ganhos, pode ser vista como um activo intangível.

No entanto, de acordo com um estudo conduzido pela consultora londrina *Centre for Economics and Business Research*, intitulado *Data on the Balance Sheet*, apesar da crescente importância da informação nas empresas, ainda não encontramos reflexos deste activo nas suas demonstrações financeiras (Mohamed e Hogan, 2013:1).

Ignorar a relevância da informação nos activos das empresas pode levar, segundo Mohamed e Hogan (2013:3), a significativas discrepâncias entre o valor de mercado de um negócio e o valor reportado através das suas demonstrações financeiras. Como exemplo os autores referem o caso do Facebook, que na oferta pública inicial foi avaliado pelo mercado por 104

³⁹ Ver nota 31.

mil milhões de dólares, quando os seus activos contabilizados apenas atingiam 6,3 mil milhões de dólares. Da mesma forma a LinkedIn, uma rede social direccionada a promover relações profissionais, em 2012 apresentava nas suas contas activos de 1,38 mil milhões de dólares, mas um valor de mercado estimado em 20 mil milhões de dólares. Ou seja, estas empresas que baseiam o seu negócio na obtenção e gestão de informação, não vêem espelhado, nas suas demonstrações financeiras, o seu verdadeiro valor.

Todavia, a determinação do valor da informação não é uma tarefa fácil. Embora a maior parte das normas contabilísticas internacionais reconheçam uma série de condições que permitem o registo de intangíveis, onde se pode incluir o *big data*, não apresentam solução prática para a sua valorização.

Se, por um lado, à informação adquirida a outra empresa se pode atribuir o valor de aquisição, à informação recolhida e tratada dentro da organização, é mais difícil atribuir um valor, ademais se considerarmos a provável tendência em manter a exclusividade da detenção dos dados, o que afasta a avaliação de mercado. Acresce que as actuais normas contabilísticas tendem a determinar a atribuição de um valor a um intangível apenas quando os benefícios futuros são expectáveis e podem ser estimados com razoável certeza, e esta condição, no caso de dados recolhidos num ambiente digital, não é facilmente alcançável.

Mohamed e Hogan (2013:5) apontam uma série de factores que dificultam a avaliação da informação obtida por uma empresa. Vejamos alguns.

Em primeiro lugar é necessário reconhecer que o valor da informação é heterogéneo, dependendo do comportamento da concorrência e dos clientes, da influência das normas legais (nomeadamente quanto à utilização de dados pessoais) e dos factores tecnológicos e humanos necessários ao seu tratamento e desenvolvimento. Mesmo considerando que os dados quando vendidos são valorizados, a determinação de tal valor é extremamente subjectiva, dependendo em primeiro lugar na capacidade do adquirente para a sua análise e rentabilização.

Por outro lado, os custos de obtenção da informação podem ser difíceis de desassociar dos restantes gastos da empresa. Exemplo disto é a informação das preferências dos consumidores a qual é obtida aquando cada venda. Mesmo conseguindo a atribuição de um valor, teremos igualmente de reconhecer a sua depreciação, pois a informação obtida num determinado momento é passível de desactualização, desvalorizando. Por outro lado, há dados que com o tempo se tornam mais valiosos, especialmente se forem sujeitos a acréscimos e a actualizações, exemplo disso são os dados clínicos ou estatísticos referentes a alterações climáticas. Por

fim, a informação só terá o valor que lhe for atribuído pelo factor humano, pois só a interpretação dos dados, a percepção da sua importância num determinado fim e a compreensão de quais os elementos chave a obter de um universo é que possibilita a utilização lucrativa deste *input*.

Novos desafios têm-se colocado, e o da problemática da valorização dos dados é especialmente relevante quando consideramos operações que ultrapassam as fronteiras de uma determinada jurisdição e a existência de empresas relacionadas. Sendo possível a uma empresa recolher dados num determinado território sem aí manter uma presença física, podemos nos questionar se o valor da informação recolhida não deveria ser atribuível ao território de onde é originária. E, no caso de a empresa manter um estabelecimento no território, surgem dúvidas quanto à estimativa do preço comparável de mercado aplicável na difusão para o restante grupo empresarial, ou em que termos se determina a atribuição de lucros, considerando que esta depende da análise das funções executadas, dos activos utilizados e dos riscos assumidos por cada subsidiária (OCDE, 2015a:103).

Concluindo, a importância crescente da informação (especialmente dos dados pessoais), decorrente da utilização de tecnologias de informação e comunicação cada vez mais eficientes, levanta desafios fiscalmente relevantes sobre a atribuição de valor a este activo, à localização dos rendimentos criados pela sua utilização e até quanto à caracterização destes rendimentos.

4.3 Caracterização dos rendimentos de novos negócios

A CM OCDE prevê, como temos vindo a afirmar, que o Estado da fonte possa tributar os rendimentos empresariais de uma empresa não residente, contando que estes sejam alocados a um estabelecimento estável no território. Ao fazê-lo através de retenção na fonte, possibilita a dedução do imposto pago no Estado de residência, de acordo com as possibilidades acordadas em ADT⁴⁰. Mas, em compensação, a CM OCDE determina que só ao Estado da residência cabe a tributação de *royalties* (a menos que relacionados com um EE)⁴¹ e em relação a outras

⁴⁰ Conforme artigo 7º da CM OCDE.

⁴¹ Tal como prevê o artigo 12º da CM OCDE.

categorias de rendimentos, como dividendos, juros ou mais valias, estabelece regras diferenciadas no que diz respeito à repartição do poder de tributação dos Estados⁴².

É evidente, pelo exposto, que a determinação do poder tributário dos Estados, para aplicação das convenções, depende, *prima facie*, da caracterização dos rendimentos, pois a diferentes naturezas de rendimento são aplicados diferentes regras de localização e regimes de tributação.

Temos, a um outro aspecto, vindo a dar destaque, o uso das TIC potencializa a criação novos produtos, novos serviços e até de novas formas de organizar os negócios. Está hoje especialmente interiorizado que todas estas “novidades” colidem com as formas tradicionais de tributação dos rendimentos, nomeadamente os empresariais, pois as distinções entre tipos de rendimentos esvanecem-se, dificultando a sua individualização. Uma determinada transacção pode ser caracterizada como uma venda de um produto, um serviço ou a utilização de um activo intangível. Senão, vejamos.

Já nos referimos anteriormente aos modelos de negócios multifacetados e aos efeitos de rede, acrescentamos agora que, aproveitando estas características, as relações entre o fornecedor e cliente podem-se desenvolver além do momento específico da transacção. E, essa interacção permanente com os clientes pode aumentar o valor de uma empresa particular para outros potenciais clientes, como é o exemplo, já referido, dos clientes que deixam um feedback num *site* de compras para o benefício de outros. Agora, se considerarmos que é possível que esta opinião não seja dada a título gratuito, mas que tem como contrapartida um qualquer benefício para quem a disponibiliza, como um desconto futuro, um brinde ou qualquer outro incentivo valorizável, então assistimos a uma troca de papéis entre fornecedor e cliente, consistindo numa nova situação potencialmente relevante para efeitos fiscais.

O desenvolvimento de novos produtos digitais ou meios de prestação de serviços cria outras incertezas em relação à caracterização adequada dos rendimentos. Consideremos, por exemplo, a disponibilização de um serviço de *cloud computing*. Tais rendimentos podem ser tratados como *royalties* (particularmente no âmbito de tratados em que a definição de *royalties* inclui pagamentos de alugueres de equipamento comercial, industrial ou científico), taxas de serviços técnicos (em virtude de tratados que contêm uma disposição específica a esse respeito), ou lucros das empresas (OCDE, 2014a:132).

⁴² Os artigos 6º a 21º da CM OCDE determinam as regras a aplicar para cada categoria de rendimentos.

Outro exemplo interessante, que ilustra igualmente as dificuldades de caracterização de rendimentos provenientes de novos negócios baseados em TIC, é o do desenvolvimento e aumento do uso de impressão 3D. Imaginemos que, ao invés do fornecedor enviar o bem ao cliente (ou vendê-lo numa localização física tradicional), ele evolui para a emissão de uma licença de projectos para impressão remota directamente. Neste caso, como podemos classificar esta transacção? Deixamos de ter a venda de um bem? Os rendimentos que daí advêm podem ser classificados como *royalties*? Ou será apenas um serviço técnico?

Por fim, teremos que concordar com Bird (2005:19), quando afirma que «*[u]nder present conditions, distinguishing a 'royalty' from a 'service fee' from 'interest' from 'dividends' from a 'management fee' is often an exercise in futility, with the best lawyer and accounting firm winning*». Reconhecendo desta forma a necessidade premente na clarificação da aplicação das regras existentes para novos modelos de negócio.

No relatório apresentado pela OCDE referente aos desafios da economia digital são apresentadas algumas opções para fazer face a estas questões. No capítulo seguinte faremos a sua análise.

5. Como tributar efectivamente a economia digital?

Face aos desafios e dificuldades em tributar os rendimentos provenientes da economia digital, pelas razões estudadas nos capítulos anteriores, os Estados, as organizações internacionais e a academia têm vindo a apontar diversas soluções.

Importa, portanto, começar por analisar algumas das soluções propugnadas.

A OCDE, no âmbito dos trabalhos desenvolvidos no contexto do projecto BEPS, tem-se apresentado na linha da frente no que concerne ao estudo do problema e apresentação de soluções, aqui se realçando a análise desenvolvida na *Action 1: Address the tax challenges of the digital economy*.

Importa dar nota que os principais desafios à tributação levantados pela economia digital, não se reconduzem exclusivamente à denominada *Action 1*, são, atentos à sua importância e especificidades igualmente objecto de análise e tratamento no âmbito de outras acções BEPS, como já apontámos no ponto 3.3.5. Aliás, no âmbito da análise que se tem vindo a desenvolver, tornou-se claro que os problemas de erosão da base tributável e de deslocalização de lucros detectados no âmbito da economia digital não lhe são únicos, mas apenas exacerbados pelo aproveitamento das suas características. No relatório final da acção 1 é reconhecido que muitas das questões abordadas serão mitigadas no âmbito de outras acções, incluindo os trabalhos desenvolvidos no âmbito da reformulação das regras para *controlled foreign corporation* (CFC) – Acção 3 - Regras CFC -, ou na área da prevenção para que se evite artificialmente o reconhecimento de Estabelecimento Estável – Acção 7 -, ou ainda no campo dos preços de transferência – Acções 8 a 10.

Não podemos contudo esquecer que estamos na presença de uma realidade dinâmica, caracterizada, como referido, pela sua grande volatilidade. Atento a este pressuposto, nos trabalhos desenvolvidos (e que continuam a ser aprofundados) sobre os preços de transferência, não pôde deixar de se ponderar a forte dependência em intangíveis que caracteriza a realidade das empresas num contexto de economia digital, e bem assim, a enorme facilidade com que estes activos podem ser transferidos para subsidiárias localizadas em regimes fiscais mais favoráveis, para onde posteriormente podem ser alocados rendimentos substanciais. Assim, reiterou-se a necessidade de se dedicar maior atenção às análises da cadeia de valor e dos métodos de divisão do lucro, revendo-se as orientações sobre intangíveis e salientando-se a necessidade de abordar as situações em que a disponibilidade de comparáveis é limitada (EY, 2015).

Do mesmo modo, nos trabalhos referentes à acção 3 assinala-se a disparidade de regras CFC existentes nas diversas jurisdições, reconhecendo-se que os rendimentos provenientes da transacção de bens ou serviços digitais, pela sua mobilidade e pela ausência de intervenção humana substancial, escapam frequentemente ao escrutínio das regras existentes actualmente. A acção 3 do BEPS resultou em diversas recomendações que ao serem implementadas na reformulação das actuais regras CFC podem resultar na sujeição de rendimentos provenientes da economia digital na jurisdição da empresa-mãe e limitar o uso de estruturas *offshore*, populares no âmbito da economia digital, construídas com o objectivo de diferir indefinidamente a tributação no Estado de residência (EY, 2015).

Voltando à acção 1, a qual tem servido de linha condutora do nosso trabalho, damos conta que, no seu âmbito, foram publicados vários relatórios, começando pelo incentivo à discussão pública em 2013⁴³, seguido de um relatório publicado em Setembro de 2014⁴⁴ que apresenta e analisa as propostas recebidas entre as várias medidas e soluções possíveis e, finalmente, a disponibilização do relatório final em Outubro de 2015⁴⁵, onde se considera o impacto nesta acção das decisões tomadas nas restantes.

Neste sentido é de realçar que, no âmbito das opções estudadas no relatório da acção 1, quanto à forma de abordar a tributação do rendimento considerando os principais desafios decorrentes da economia digital (estudados no capítulo anterior), existem algumas diferenças entre os relatórios disponibilizados em 2014 e 2015. No relatório de 2014 são consideradas algumas opções, incluindo (i) modificações às excepções ao conceito de EE previstas na CM OCDE, (ii) a introdução de um novo nexos, baseado na existência de uma presença digital significativa, (iii) substituir o conceito de EE por presença significativa, (iv) criação de uma retenção na fonte para transacções digitais e, finalmente (v) a introdução de um “*bit tax*”. Contudo o relatório final da acção 1 apresenta uma abordagem diferente, prevendo: (i) a introdução de um novo nexos baseado no conceito de presença económica significativa, (ii) a criação de uma taxa de retenção na fonte para transacções digitais, (iii) a introdução de um

⁴³ OCDE - **Combate à Erosão da Base Tributária e à Transferência de Lucros**. Paris : OCDE Publishing, 2013. ISBN 9789264201248.

⁴⁴ OCDE - **Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, OECD/G20 Base Erosion and Shifting Project, Action 1: 2014 Deliverable**. Paris : OECD Publishing, 2014. ISBN 9789264202719.

⁴⁵ OCDE - **Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 - 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting**. Paris : OECD Publishing, 2015. ISBN 9789264218789.

imposto de equiparação, e (iv) alterações às excepções previstas no conceito de EE, sendo que remete o desenvolvimento desta última para o relatório da *Action 7 – Preventing the artificial Avoidance of Permanent Establishment Status*.

No contexto deste estudo procuraremos abordar, neste capítulo, aquelas, que entendemos serem as mais relevantes, opções de abordagem aos principais desafios à tributação levantados pela economia digital apresentadas no relatório final da acção 1 do projecto BEPS, incluindo as modificações às excepções do conceito de EE da CM OCDE, o que nos levará, de igual modo, à análise do relatório final da acção 7.

No relatório final referente à acção 1, reconhece-se que os principais desafios da economia digital à tributação do rendimento (a adaptabilidade do elemento de conexão, a dificuldade de valorização dos dados e a dificuldade de caracterização dos rendimentos), por apresentarem características que se sobrepõem, não devem ser considerados individualmente, procurando-se ao invés soluções que tenham como foco não só a possibilidade das empresas na economia digital obterem rendimentos de vendas num país onde não mantêm uma presença física, como a possibilidade de retirarem vantagens económicas das contribuições dos clientes, fazendo estes parte da sua cadeia de valor⁴⁶ (OCDE, 2015a:106). Como se disse, desta forma, as opções apresentadas para fazer face aos desafios à tributação do rendimento levantados pela economia digital foram repensadas. Assim, a ideia do *bit tax* foi abandonada e as restantes soluções redesenhadas de forma a poderem ser vistas de forma conjunta, ponderando-se a sua interacção.

Mas antes de passarmos à análise das soluções que chegaram aos relatórios finais da acção 1 e 7, detenhamo-nos um momento pela opção de introdução de um *bit tax*.

5.1 O *bit tax*

A ideia de um *bit tax* surgiu pela primeira vez através de Arthur Cordell e Thomas Ide, num relatório do Clube de Roma datado de Novembro de 1994 (Soete e Kamp, 1996). Um imposto desta natureza incidiria sobre a utilização da largura de banda usada por determinado *website*, sendo que teria por base a quantidade de *bytes* usados.

⁴⁶ Isto pode acontecer pela venda de dados a terceiros, pela utilização dos dados no incremento do próprio negócio, pela individualização da publicidade, ou de qualquer outra forma.

Esta opção veio ao longo dos anos a ser discutida chegando a fazer parte das recomendações de investigação do Grupo de Especialistas de Alto Nível da Comissão Europeia, num relatório publicado em 1997⁴⁷.

Embora o *bit tax* tenha a seu favor uma simplicidade inegável, encontrou diversas críticas, especialmente no que diz respeito à ausência de neutralidade na sua aplicação. Senão vejamos, por um lado, permitiria o tratamento diferenciado de transacções ocorridas em rede e transacções no âmbito da economia tradicional, mesmo tratando-se de negócios semelhantes.

Por outro lado, a aplicação de tal imposto não teria em consideração o tipo de informação transmitida ou o valor económico da transacção. O que resultaria na tributação de comunicações pessoais da mesma forma que vendas de *software*. E, mesmo considerando apenas transacções *on line*, não teria em consideração a sua substância, ou real valor. Tal poderia resultar em, por exemplo, a Amazon⁴⁸, ao concluir uma venda pelo seu sistema *one-click*⁴⁹, pagaria o equivalente a uma unidade de imposto enquanto a Spotify⁵⁰ ao fornecer conteúdo que exige a transmissão de um volume elevado de informação, pagaria milhares de unidades de imposto (Hadzhieva, 2016:39).

No relatório da acção 1 de 2014, a OCDE (2014a:146) apresenta algumas sugestões para as questões levantadas, como uma forma de não penalizar os pequenos utilizadores, considerando-se que a tributação através de *bit tax* teria de apresentar natureza progressiva e seria aplicada somente acima de determinado limiar. Por outro lado, a fim de manter a equidade entre as empresas digitais e empresas tradicionais, considerou-se, igualmente, que um imposto com esta natureza teria de ser considerado como crédito no cálculo final do imposto sobre o rendimento. Diferentemente do plano teórico, na prática não foram apresentadas opções que se mostrassem viáveis para a sua implementação.

No que toca especificamente à actuação dos Estados Membros notamos que a Hungria tentou em Outubro de 2014 introduzir um *bit tax*. De facto, o primeiro-ministro Viktor Orbán

⁴⁷ COMISSÃO EUROPEIA - **Building the European information society for us all**. Luxemburg : Office for Official Publications of the European Communities, 1997. ISBN 92-828-0706-1.

⁴⁸ A Amazon, empresa Norte Americana fundada em 1994 é reconhecida como a maior retalhista *on-line*.

⁴⁹ Este sistema permite, que após a primeira compra, o utilizador clique apenas num botão para novas aquisições, sendo assumidos os dados usados anteriormente para pagamento e envio, sem necessidade de novas interacções com o *site*.

⁵⁰ A Spotify nasceu na Suécia em 2008, fornece *on-line* conteúdos digitais relacionados com música, incluindo áudio, vídeos e outras transmissões relacionadas.

anunciou a implementação de um imposto que taxaria todas as transmissões de dados efectuadas através de um FSI, aplicando uma taxa de 150 florins (0,49 euros) por *Gigabyte*. O imposto teria um máximo mensal de 700 florins (2,27 euros) por utilizador privado e 5000 florins (16,23 euros) por empresa e, segundo o governo húngaro, as verbas recolhidas seriam investidas no melhoramento da rede de banda larga nacional. Apesar do imposto estar previsto ser da obrigação dos FSI, as inúmeras vozes de protesto que se seguiram ao seu anúncio, temiam a inevitável transferência do encargo para o consumidor final, elevando os custos do acesso à rede a níveis in comportáveis. No seguimento da elevada contestação interna e lidando com críticas provenientes da Comissária Europeia para a Agenda Digital (Neelie Kroes), que afirmou temer pelo impacto negativo do imposto no crescimento económico por via da limitação de acesso à *internet*, o governo húngaro abandonou o projecto (BBC News, 2014; Euronews, 2014; Harris, 2014; Oltermann, 2014; The Guardian, 2014).

Em suma, o *bit tax* não passou igualmente o teste da implementação prática.

Por outro lado, no seio da OCDE, parece ter sido abandonada a hipótese já que, como referimos anteriormente, o *bit tax* não consta nas propostas para enfrentar os desafios fiscais levantados pela economia digital apresentadas no relatório final da acção 1 do BEPS.

Nos capítulos seguintes procuraremos expor as opções apresentadas pela OCDE para enfrentar os grandes desafios determinados pela economia digital, à tributação do rendimento.

5.2 Modificações às excepções do conceito de EE da CM OCDE

Os tratados internacionais existentes para evitar a dupla tributação, em especial os baseados na CM OCDE, determinam que os lucros de uma empresa não residente só serão tributados num Estado na medida em que sejam atribuídos a um estabelecimento estável aí situado. Mas, como vimos anteriormente, o conceito de estabelecimento estável encontra algumas dificuldades operacionais, quando confrontado com novas formas de conduzir negócios e novas realidades económicas.

A OCDE, no âmbito dos trabalhos desenvolvidos no projecto BEPS, dedicou a *Action 7 – Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status* ao estudo e análise das dificuldades apontadas à operacionalidade do conteúdo do conceito de EE, incluindo igualmente as questões levantadas, na esfera da acção 1 (nomeadamente no relatório preliminar de 2014), a respeito da adaptabilidade do conceito aos modelos de negócio

decorrentes da economia digital. As conclusões finais foram disponibilizadas em Setembro de 2015, no relatório final da acção 7.

Um ano antes, no relatório preliminar da acção 1, foram abordadas várias opções de alteração do artigo 5º (Estabelecimento Estável) da CM OCDE, de forma a tentar evitar o uso de estratégias que permitam às empresas contornar o enquadramento na definição de EE.

Reconhecendo que as estratégias utilizadas passavam pelo aproveitamento das reservas previstas no n.º 4 do artigo 5º da CM OCDE⁵¹, foi apresentada a hipótese de modificar ou eliminar as excepções referentes às actividades preparatórias e auxiliares. Do ponto de vista da comissão de estudo defendia-se que a evolução da economia permitiu que algumas das actividades previstas nas alíneas a) a d) do n.º 4, que antes eram consideradas preparatórias ou auxiliares podem ter-se tornado funções básicas de determinados negócios, como por exemplo nas vendas efectuadas através de *website*, onde a manutenção de um armazém é um elemento base do negócio. Diversas variações desta opção foram igualmente consideradas. A mais radical seria simplesmente eliminar o n.º 4. Outra seria eliminar as alíneas a) a d), ou em alternativa só permitir a sua utilização perante comprovação de que a actividade conduzida é de facto de carácter preparatório ou auxiliar e não uma das actividades principais da empresa em questão. Para além da construção das várias hipóteses elencadas, uma das soluções propugnadas seria eliminar a palavra "entrega" no artigo 5º, n.º 4, alíneas a) e b) a fim de excluir a partir desses parágrafos, certos tipos de armazéns (OCDE, 2014a:143).

O relatório final da acção 7 distingue, e dá particular ênfase, a duas estratégias utilizadas para prevenir a existência de EE: a utilização de contractos de comissão⁵² e a exploração das excepções previstas no n.º 4 do artigo 5º da CM OCDE. Embora reconheçamos que a utilização de contractos de comissão possa ser facilitada pelos avanços das TIC, daremos maior visibilidade no âmbito deste estudo, aos trabalhos desenvolvidos no que diz respeito à exploração das excepções previstas no número 4 do artigo 5º da CM OCDE, por nos parecer a área de maior influência da economia digital. Dito isto, seguindo os trabalhos da OCDE, parece-nos que aqui se revela pertinente a realização de uma pequena abordagem à primeira alteração proposta ao conceito de EE.

O conceito de contractos de comissão integra na sua definição a existência de um acordo no qual uma pessoa (física ou jurídica) vende produtos num Estado, em seu nome mas por conta

⁵¹ Ver nota 19, para redacção do artigo 5º da CM OCDE.

⁵² No original "*commissionnaire arrangements*".

de uma empresa não residente que é proprietária dos produtos. Através destes contractos, um não residente consegue vender os seus produtos num Estado sem constituir um estabelecimento estável ao qual sejam atribuíveis os lucros das vendas. Isto porque a entidade que conclui as vendas não é proprietária dos produtos e, logo, não será tributada pelas vendas, mas apenas pela comissão que auferir do serviço que presta. Por outro lado, a fornecedora dos produtos evita a existência de EE, contornando o enquadramento no n.º 5 do artigo 5º da CM OCDE, ao manter a independência do comissionista, pois este não vinculará formalmente a empresa fornecedora em quaisquer contractos que conclua com os compradores. Consegue-se assim, pela alteração de termos de um contracto, evitar a tributação no Estado da fonte, sem que na realidade existam alterações substanciais no negócio desenvolvido (OCDE, 2015b:10).

A solução apontada no relatório final da acção 7 para fazer face à existência de contractos de comissão implica a alteração dos números 5 e 6 do artigo 5º da CM OCDE, modificando as regras respeitantes a agentes independentes e a inclusão de comentários adicionais sobre o tema. As alterações propostas traduzem-se num alargamento da aplicação da definição de agente dependente, resultando na consideração de EE num maior número de situações, abrangendo os casos de existência de contractos de comissão.

Estas alterações encontraram algumas vozes dissonantes entre os que a estas matérias dedicam o seu estudo. Os críticos apontam a hipótese de uma acrescida possibilidade de constituição de EE em situações em que as empresas mantêm contractos de comissão, não para evitar abusivamente a existência de EE, mas devido a obrigações regulamentares ou legais para o exercício da actividade no país. Aponta-se, aliás, que esta alteração trará substanciais custos administrativos e de cumprimento às empresas multinacionais, sem que na realidade possam ser atribuídos a estes “novos” EE lucros significativos (Chartered Institute of Taxation (CIOT), 2015; Clifford Chance, 2015; Deloitte, 2015).

No que diz respeito à exploração das excepções previstas no número 4 do artigo 5º da CM OCDE, é possível identificar uma maior influência das características inerentes à economia digital. Em sequência das matérias abordadas anteriormente, recordamos que actividades que em tempos seriam facilmente enquadradas como auxiliares ou preparatórias no âmbito da actividade económica de uma empresa, podem agora apresentar características que as determinam como centrais no negócio desenvolvido. Por outro lado, novas formas de condução de negócios permitem a alteração das estruturas empresariais de forma a fragmentar tarefas e operações, permitindo argumentar que cada parcela conduz apenas uma actividade

auxiliar ou preparatória, enquadrável numa das excepções previstas no n.º 4 do artigo 5º da CM OCDE.

De forma a fazer face a estes desafios, o relatório da acção 7 do BEPS propõe duas soluções. A primeira passa pela alteração do n.º 4 do artigo 5º da CM OCDE e pela introdução de comentários adicionais, de forma a assegurar que cada uma das excepções descritas é efectivamente restrita a actividades com carácter preparatório e auxiliar. A segunda consiste na introdução de uma regra anti fragmentação (OCDE, 2015b:10).

Todavia, no texto do relatório atesta-se a ausência de consenso em relação às alterações propostas ao n.º 4 do artigo 5º, com a indicação de que alguns Estados as terão considerado desnecessárias, face à introdução da regra de anti fragmentação⁵³ (OCDE, 2015b:28).

Importa, em qualquer caso reter que as alterações propostas à redacção do n.º 4 do artigo 5º da CM OCDE incidem sobre a eliminação da menção às actividades preparatórias e auxiliares nas alíneas e) e f), acrescentando essa referência no final do número 4, de forma a abranger todas as alíneas⁵⁴. Isto acontece porque, atento à forma actual da redacção do citado artigo, certas instalações, como as que constam das alíneas a) a d), que sirvam de armazenagem, exposição e entrega de bens, beneficiam automaticamente da exclusão, não constituindo EE. A proposta pretende alterar a redacção do artigo para que as actividades referidas naquelas

⁵³ Esta ressalva é assegurada com a introdução do parágrafo 30.1. aos comentários, referindo-se a possibilidade dos Estados optarem por outra redacção.

⁵⁴ A redacção proposta é a seguinte (com indicação das respectivas alterações), tal como conta do relatório da acção 7 do BEPS:

4. Notwithstanding the preceding provisions of this Article, “permanent establishment” shall be deemed not to include:

a) the use of facilities solely for the purpose of storage, display or delivery of goods or merchandise belonging to the enterprise;

b) the maintenance of a stock of goods or merchandise belonging to the enterprise solely for the purpose of storage, display or delivery;

c) the maintenance of a stock of goods or merchandise belonging to the enterprise solely for the purpose of processing by another enterprise;

d) the maintenance of a fixed place of business solely for the purpose of purchasing goods or merchandise or of collecting information, for the enterprise;

e) the maintenance of a fixed place of business solely for the purpose of carrying on, for the enterprise, any other activity of a preparatory or auxiliary character;

f) the maintenance of a fixed place of business solely for any combination of activities mentioned in subparagraphs a) to e), provided that the overall activity of the fixed place of business resulting from this combination is of a preparatory or auxiliary character,

provided that such activity or, in the case of subparagraph f), the overall activity of the fixed place of business, is of a preparatory or auxiliary character (OCDE, 2015b:29).

alíneas só possam ser excluídas se de facto forem preparatórias ou auxiliares. As extensas alterações aos comentários procuram não só acomodar as alterações à redacção do artigo, como clarificar os conceitos de actividades preparatórias e auxiliares, nomeadamente através de exemplos.

Num sentido objectivo, com esta técnica de alguma densificação, buscou-se que não sejam excluídas do conceito de EE instalações que servem novos modelos de negócios, em que as actividades descritas representam um valor significativo na sua cadeia de valor, como sejam por exemplo as redes de distribuição das vendas *online*.

Procura-se, importa salientar, com a introdução da regra de anti fragmentação, com a junção de um novo número ao artigo, reforçar o objectivo de impedir a exclusão fraudulenta de estatuto de EE, completando as alterações introduzidas ao n.º 4. Assim, apesar da existência, na redacção actual dos comentários (especificamente no final do comentário 27.1), de uma salvaguarda impedindo que uma empresa fragmente «um conjunto coerente em diversas operações de pequena dimensão com o propósito de argumentar que cada uma delas apresenta um carácter meramente preparatório ou auxiliar» (OCDE, 2008:148), reconhece-se que existe uma crescente facilidade na instalação de subsidiárias. Deste modo, as alterações pretendem que a salvaguarda se aplique, não só em casos em que a mesma empresa mantém diversas instalações num mesmo território, mas também nos casos em que as instalações pertencem a empresas diferentes, mas relacionadas⁵⁵. Desta forma, pela consideração do conjunto de actividades levadas a cabo por várias empresas relacionadas⁵⁶ em diversos locais

⁵⁵ A redacção proposta para o novo número (4.1) é a seguinte:

Paragraph 4 shall not apply to a fixed place of business that is used or maintained by an enterprise if the same enterprise or a closely related enterprise carries on business activities at the same place or at another place in the same Contracting State and

a) that place or other place constitutes a permanent establishment for the enterprise or the closely related enterprise under the provisions of this Article, or

b) the overall activity resulting from the combination of the activities carried on by the two enterprises at the same place, or by the same enterprise or closely related enterprises at the two places, is not of a preparatory or auxiliary character,

provided that the business activities carried on by the two enterprises at the same place, or by the same enterprise or closely related enterprises at the two places, constitute complementary functions that are part of a cohesive business operation (OCDE, 2015:39).

⁵⁶ A definição de empresas relacionadas a considerar será a introduzida na alínea b) do número 6 do artigo 5º da CM OCDE, nas alterações referentes aos contractos de comissão e a que se referem também os parágrafos 38.8 a 38.10. dos comentários. Em suma e simplificando, consideram-se relacionadas as empresas em que uma está sob o controlo de outra, ou ambas sobre o controlo das mesmas pessoas ou empresas. Em qualquer dos casos, existirão empresas relacionadas quando uma detiver directa ou indirectamente, mais de 50% do capital ou votos na outra (OCDE, 2015b:17).

(ou no mesmo local), tenta-se impedir que estas, actuando em conjunto, segreguem actividades para que se caracterizem como auxiliares ou preparatórias e fiquem abrangidas pela exclusão prevista no n.º 4.

À semelhança do que apontámos anteriormente em relação às alterações propostas referentes aos contractos de comissão, também no que diz respeito às modificações introduzidas em relação a actividades preparatórias e auxiliares denotamos um alargamento do conjunto de situações que indiciam a existência de estabelecimentos estáveis.

De sublinhar que as críticas que apontamos anteriormente, concernentes às alterações propostas aos contractos de comissão, são em grande medida comuns às que se encontram em relação às alterações relativas às excepções previstas no n.º 4 do artigo 5º da CM OCDE. Ou seja, reconhecendo que serão afectadas diversas multinacionais e variados ramos negócio, apontam para a possibilidade de serem consideradas EE estruturas que foram constituídas, não necessariamente por motivações de planeamento fiscal, mas por diversas outras razões comerciais ou regulatórias (Clifford Chance, 2015; Lam, 2016). Estas análises acrescentam ainda que um maior alcance da definição de EE poderá acarretar não só maiores custos de cumprimento e de administração dos negócios, os quais ao se constituírem como EE em várias jurisdições, poderão ficar sujeitos a variadas obrigações e numerosas legislações nacionais. Por outro lado, realçam que poderá ocorrer um maior número de disputas entre autoridades tributárias, nomeadamente para resolução de questões relacionadas com a alocação de lucros aos EE (Lam, 2016). A este respeito acrescenta-se que o facto de uma entidade deter um EE num determinado Estado, não significa, necessariamente que venha a incrementar o montante de imposto aí devido. O imposto local será pago apenas em proporção ao montante de lucro da empresa não residente, atribuído àquele EE. (Clifford Chance, 2015). E, quanto a esta questão, o relatório final da acção 7 é omissivo, remetendo a questão da atribuição de lucros aos EE para novo relatório a apresentar até ao final de 2016. Será aliás dentro do mesmo prazo que a OCDE prevê concluir a negociação referente ao instrumento multilateral (acção 15) que permitirá aos países actualizar os seus tratados em sede de tributação de forma mais eficiente, possibilitando a implementação das propostas do projecto BEPS, desta e das restantes acções (OCDE, 2015b:45).

Escalpelizadas as opções de abordagem aos desafios levantados pela economia digital presentes na acção 7, retomaremos o foco na acção 1 para análise das restantes alternativas apresentadas no âmbito do projecto BEPS desenvolvido pela OCDE.

Importa que se dê nota que as hipóteses de tratamento desta questão, consideradas no relatório preliminar de 2014, foram redesenhadas sendo, no relatório final, apresentado um novo conceito de elemento de conexão para a tributação, com o intuito de reflectir situações onde uma empresa actua regularmente na economia de um determinado Estado sem estabelecer uma presença física permanente (presença económica significativa). O relatório propõe ainda outros dois caminhos: a aplicação de uma retenção na fonte sobre transacções digitais ou um imposto de equiparação⁵⁷, os quais podem ser aplicados como medidas autónomas, mas preferencialmente em complemento com o estabelecimento de um novo elemento de conexão baseado numa presença económica significativa.

5.3 Um novo elemento de conexão baseado no conceito de presença económica significativa

Na base do desenvolvimento de um novo nexos que permita a tributação do rendimento está a reconhecida dificuldade dos elementos de conexão actuais lidarem com situações em que as empresas, por via do desenvolvimento das tecnologias de informação e comunicações, conseguem por um lado, actuar num país, sem necessidade de manter uma presença física significativa ou prolongada e, por outro, obter receitas decorrentes de negócios multifacetados, onde os intangíveis desempenham um papel primordial.

Neste sentido, o relatório final da Acção 1, apresenta como uma opção viável a criação de um elemento de conexão que garanta a tributação num país quando uma empresa não residente aí apresentar uma presença económica significativa, com base em factores que demonstrem uma interacção determinada e sustentada com a economia desse país através da tecnologia e de outras ferramentas automatizadas (OCDE, 2015a:107).

O relatório identifica um conjunto de factores que, decididamente, devem ser ponderados, na determinação de uma presença económica significativa: (i) um factor de receita ou rendimento, (ii) um factor ligado às plataformas digitais utilizadas e ainda (iii) um factor relacionado com os utilizadores dessas plataformas.

Importa que concretizemos, pela análise dos factores mencionados, de que forma se propõe a abordagem ao novo elemento de conexão: presença económica significativa.

⁵⁷ Tradução nossa do original: *equalization levy*, no Relatório Final da Acção 1 do BEPS.

Em primeiro lugar será de considerar o factor receita, pois um dos indicadores mais evidentes de uma presença económica significativa de uma empresa num determinado Estado será a produção de rendimentos de forma sustentada nesse território. Mesmo considerando a existência de negócios multifacetados, dependentes de efeitos de rede e largamente sustentados na recolha e utilização dos dados de clientes ou utilizadores dos serviços, é natural presumir que quanto mais informação for recolhida, maior será a probabilidade de que o seu tratamento e utilização no desenvolvimento do negócio, traga resultados positivos no incremento dos rendimentos no mesmo território fonte dos dados. Ou seja, utilizando as palavras do relatório: *«because user data serves to enhance the value of services an enterprise offers, a strong user network (and the attendant user data) is likely to result in enterprises either selling more or enterprises charging more for its core products/services, or both»* (OCDE, 2015a:107).

Como se verá, para que possa ser considerado o rendimento como um factor de avaliação de existência de presença económica significativa é necessário ter em conta algumas apreciações técnicas. Será necessário não só determinar quais as transacções a considerar, como a possibilidade de estabelecimento de um limiar de tributação, assim como a forma de o administrar.

Começando pela ponderação das transacções a considerar, o relatório sugere que se incluam, como ponto de partida, apenas as receitas geradas a partir de transacções digitais concluídas através da plataforma digital de uma empresa, com clientes dentro de um Estado, especificamente nos casos em que a transacção (ou contrato) é efectuada através de sistemas automatizados. Todavia, reconhecendo que este tipo de abordagem pode levar a que as empresas promovam a conclusão dos contractos de outra forma⁵⁸, a fim de evitar o estabelecimento de um nexo para tributação, sugere-se que o âmbito de análise do factor rendimento seja muito mais vasto, incluindo todas as transacções efectuadas por uma empresa não residente com clientes dentro de um determinado estado. Desta forma, seria garantido que negócios semelhantes e a funcionar em condições análogas, não sejam tratados de forma diversa. Mas, o alargamento da base de incidência que daqui advém cria necessariamente problemas a nível de gestão quer para os Estados, quer para as empresas, pelo aumento dos custos administrativos e dos custos de cumprimento associados (OCDE, 2015a:108).

⁵⁸ Ou seja, ao invés de optar por sistemas completamente automatizados seria possível que as empresas passassem a concluir as transacções ou contractos por via de centrais de chamadas ou por correspondência.

Consciente desta realidade, são propostas medidas susceptíveis de ser adoptadas, no quadro do relatório da acção 1. Designadamente o estabelecimento de um limiar de tributação, que se pretende o suficientemente elevado de forma a minimizar a possibilidade de se constituir um nexo de tributação nos casos em que a possível receita fiscal cobrada apresente valores materialmente irrelevantes. No entanto, na definição deste limiar é igualmente necessário ponderar a mobilidade e facilidade de fragmentação dos negócios baseados na economia digital, pelo que se torna essencial a consideração de uma regra anti fragmentação⁵⁹(*ibidem*).

Por seu turno, a administração deste limiar não é, todavia, isenta de dificuldades. Senão vejamos: a definição de um limiar de receita depende não só da percepção da dimensão e natureza das transacções que ocorrem com base em plataformas digitais, como da capacidade de identificação dos seus intervenientes. O relatório apresenta como possível solução a este desafio a introdução de um registo obrigatório para as empresas que, preenchendo os factores apresentados, constituem uma presença económica significativa. Nesse sentido, atendendo quer às dificuldades das administrações fiscais na identificação dos vendedores remotos, quer às dificuldades das empresas na identificação do país de residência dos clientes, propõe-se a consideração de aproveitamento dos regimes introduzidos para assegurar o cumprimento das regras dos impostos indirectos sobre as transacções (como o Imposto sobre o Valor Acrescentado (IVA) ou outro *Goods and Services Tax* (GST))⁶⁰ (OCDE, 2015a:108).

Após a consideração do factor receita (ou rendimento), na avaliação da existência de uma presença económica significativa, o relatório da Acção 1 propõe a ponderação de um factor digital. Reconhecendo que o desenvolvimento de um negócio depende do estabelecimento de uma plataforma de interacção com os clientes, seja esta física no caso dos negócios tradicionais de “pedra e cal”, seja virtual no caso de negócios *on-line*, a sua identificação poderá permitir reconhecer uma relação da empresa com um Estado e ajudar a determinar uma presença económica significativa.

⁵⁹ À semelhança da regra anti fragmentação prevista na acção 7, na avaliação de existência de EE, o factor rendimento seria aplicável a grupos relacionados e não às entidades artificialmente separadas.

⁶⁰ A OCDE (2015a:126) propõe, como forma de resolver o problema da cobrança do IVA no país de destino, no caso das transacções de serviços electrónicos ou intangíveis, de empresas para particulares (*businesses to consumers* – B2C), a criação de um sistema de registo simplificado para as empresas, onde se reconheça a necessidade de equilíbrio entre a indispensabilidade de informação para administrações fiscais e a minimização de custos de cumprimento para as empresas.

Ao concluir pela necessidade da existência de um factor digital, a ponderar na determinação deste novo elemento de conexão, a OCDE propõe a identificação do nome de domínio, assim como da plataforma digital utilizada e dos meios de pagamento locais. Vejamos de que forma se propõe a análise destes elementos.

Uma empresa não residente que intente aceder ao mercado de um determinado país tende a aproximar a sua abordagem aos potenciais clientes. Em termos de nome de domínio, tal poderá significar a opção por um endereço electrónico que identifique o país como “.pt”, “.es” ou “.com”. Esta opção não só estabelece uma proximidade com o cliente alvo, como permite à empresa assegurar a exclusividade de utilização de um domínio que identifique claramente uma marca, protegendo o nome comercial da empresa. Assim, é natural assumir que uma multinacional que pretenda promover transacções substanciais num determinado país, enverede nos esforços necessários para protecção dos seus produtos e marcas, adquirindo o domínio específico desse território. Mas, embora este seja um sinal a considerar, para que a proposta surta o efeito útil pretendido, não se revela *de per se* suficiente, na medida em que por um lado não é certo que a tendência de usar domínios identificativos de território perdure, e por outro, tratando-se de mercados de menor dimensão a empresa poderá manter uma presença significativa sem considerar a necessidade de investir num domínio diferenciado⁶¹ (OCDE, 2015a:109).

No entanto, como reconhece a própria OCDE, interligada com a questão do domínio, deverá igualmente ser ponderada a existência de uma plataforma digital local. Densificando o conceito, entende que deverá englobar, nomeadamente, um *site* que apresente uma ligação a um determinado território, através da utilização da língua oficial, das preferências culturais locais ou da utilização de termos e condições específicos de um determinado contexto comercial e legal localmente identificável. A utilização deste tipo de plataformas diferenciadas é, para as empresas baseadas num ambiente digital, a forma de estabelecer uma relação mais próxima ao mercado alvo. Mas, tal como anteriormente, este nível de investimento, não será necessariamente dirigido a todos os mercados nacionais com os quais as empresas se relacionam, nem estará forçosamente limitado às fronteiras políticas existentes (*ibidem*).

Outra questão a considerar perpassa pela consideração do conjunto de opções de pagamento disponíveis para os clientes. Tal como no caso da escolha do domínio ou da plataforma digital,

⁶¹ A Amazon, por exemplo, utiliza apenas seis domínios na Europa (Espanha, França, Alemanha, Reino Unido, Holanda e Itália), no entanto não nos parece discutível que deterá uma presença económica significativa em muitos outros países europeus.

também as opções de pagamento disponíveis tendem a ter em conta o mercado que se pretende alcançar. Estas reflectem-se na apresentação dos preços na moeda local, na inclusão de impostos e taxas específicas do território e na consideração dos meios de pagamento disponíveis no país. A inclusão desta diversidade de opções locais demonstra a preocupação de investimento num determinado mercado que poderá inferir a existência de uma presença económica significativa da empresa. Reconhecendo-se que no caso do mercado único europeu esta distinção é inviável, já em países com regulamentos bancários rigorosos, controlo apertado da moeda ou baixa penetração de cartões de crédito, a existência de opções de pagamento locais pode se mostrar bastante relevante (*ibidem*).

Por último, neste núcleo de propostas, para aferir da existência de uma presença económica significativa, o relatório da acção 1 do BEPS, faz ainda referência à necessidade de serem valorizados os denominados factores baseados nos utilizadores. Esta opção baseia-se no reconhecimento de que os efeitos de rede e a importância da informação são relevantes características da economia digital a ter em conta aquando da avaliação da presença de uma empresa num determinado mercado. Pretende-se assim avaliar o nível de interacção dos utilizadores com uma determinada empresa, tendo em conta o número mensal de utilizadores activos, o número de contractos concluídos *on-line* e a quantidade de informação recolhida.

Um indicador que pode reflectir o nível de penetração de uma empresa na economia de um país é o número de utilizadores mensais activos na plataforma digital gerida pela empresa. Esta análise mede a base de clientes num Estado, considerando não só o seu número, como o grau de interacção com a empresa.

Outro indício a examinar será a celebração regular de contractos *on-line*. No relatório da acção 1 é apresentado como exemplo a necessidade frequente de aceitar “termos de serviço”, mesmo quando se trata da prestação de serviços gratuitos. A concordância do utilizador perante as condições apresentadas pela plataforma informática constitui a celebração de um acordo juridicamente vinculativo. O número de acordos celebrados com utilizadores dentro de um determinado estado, pode ser uma importante medida da presença de uma empresa.

Por fim, e não menos importante, um outro factor a considerar, relacionado com os utilizadores, diz respeito ao volume de dados recolhidos (dados pessoais, preferências, revisões de produtos, pesquisas, *etc.*), através de uma plataforma digital, proveniente de utilizadores num determinado país (OCDE, 2015a:110).

Note-se que a utilização dos factores baseados nos utilizadores não é isenta de constrangimentos, a começar pela dificuldade de obtenção dos dados necessários, quer quanto ao número de utilizadores de uma determinada plataforma e ao número de contractos assinados, quer quanto ao volume de dados obtidos destes. Mesmo sendo possível a obtenção desta informação é necessário que esta seja identificável com um determinado território, sendo igualmente necessário determinar, a partir de que limiar, de cada um dos factores, a presença de uma empresa num Estado é significativa.

Apresentados individualmente os factores considerados relevantes para a determinação de uma presença económica significativa que accione a tributação de uma empresa num determinado país, o relatório sugere a sua utilização conjunta para uma melhor aplicação do elemento de conexão. Ou seja, para ser uma medida apropriada de participação na vida económica de um país, o factor receita poderia ser combinado com os outros factores (digitais ou baseados nos utilizadores) que indicam uma interação intencional e sustentada com a economia do Estado em questão (OCDE, 2015a:111).

Mas, mesmo após assentes os critérios para o desenvolvimento de um novo elemento de conexão baseado numa presença económica significativa, novos desafios se levantam na determinação do rendimento atribuível a tal presença. Esta dificuldade decorre da dificuldade de adaptação das normas actualmente aceites de repartição de rendimentos, baseadas na avaliação das funções, activos ou riscos associados a uma presença física ou pessoal de uma empresa num território. Daqui se conclui a necessidade de, também nesta área, se desenvolverem novas regras para aferir a distribuição dos lucros.

5.4 Criação de uma retenção na fonte sobre transacções digitais

Na senda das propostas apresentadas no relatório preliminar da acção 1, publicado em Setembro de 2014, o relatório final vem igualmente sugerir a imposição de um imposto retido na fonte sobre certos pagamentos feitos por residentes de um país (ou EE locais) em relação a bens ou serviços adquiridos *on-line* a um fornecedor não residente.

Tal retenção na fonte pode constituir uma disposição autónoma para responder às preocupações de que é possível manter uma actividade económica substancial num mercado sem aí constituir uma presença física que determine a consideração de EE, ou pode também ser usada em complemento da opção antes apresentada. Ambas as abordagens suscitam questões no que se refere ao âmbito das operações cobertas e à cobrança do imposto devido.

Além disso há a considerar, no seio da UE, a provável incompatibilidade desta opção com os desígnios previstos nos tratados (OCDE, 2015a:113).

No que diz respeito às operações abrangidas por uma retenção na fonte construída nos moldes propostos, isto é sobre transacções *on-line*, o principal desafio será a construção de um âmbito o mais claro e simples possível, a fim de reduzir as incertezas quer para as administrações fiscais, quer para os sujeitos passivos evitando disputas de classificação. Todavia a simplicidade e clareza da definição terão de ser conjugadas com a necessidade de transparência e equilíbrio de aplicação, o que exigirá a adopção de uma definição mais geral das operações cobertas, alargando a base tributável mas evitando o tratamento de operações semelhantes de forma diferenciada. Neste sentido, o relatório propõe como exemplo a aplicação de uma retenção na fonte às transacções de bens ou serviços encomendados *on-line* ou a todas as operações de venda concluídas remotamente com não residentes. Se considerarmos a possibilidade da retenção na fonte ser conjugada com a determinação de uma presença económica significativa, então uma elevada abrangência do conceito poderia ser contrabalançada com a existência de um limiar de tributação (OCDE, 2015a:113).

A situação é contudo diferente, no que tange à cobrança do imposto, na medida em que levanta questões sobretudo a nível da determinação do agente responsável pela tarefa. Sendo a responsabilidade da retenção geralmente atribuída a um interveniente da operação que mantém um vínculo de residência com o país, como o cliente final ou um intermediário, no caso em estudo há a considerar a potencial dificuldade de obtenção das informações essenciais sobre a natureza da transacção, para uma correcta aplicação da retenção. Este obstáculo será diminuto no caso de operações entre duas empresas, mas substancial quando o adquirente não apresentar a qualidade de sujeito passivo de imposto. Neste caso, para evitar a exigência de retenção na fonte por consumidores individuais, uma hipótese a ser considerada seria exigir a retenção às instituições financeiras envolvidas nesses pagamentos. Com efeito, esta solução, apesar de prática não será isenta de problemas. Senão vejamos. Para uma correcta aplicação de uma retenção na fonte, estes intermediários têm de conhecer a natureza da transacção, incluindo a identificação e localização dos intervenientes. Uma alternativa seria construir um sistema de registo obrigatório para empresas não residentes, forçando os vendedores remotos a designar uma conta bancária através da qual recebessem todos os pagamentos e na qual fosse aplicada a retenção. Mas, existindo intermediários não residentes, dificilmente se lhes conseguirá impor obrigações de conformidade deste carácter (OCDE, 2015a:114).

Por fim, na ponderação de utilização de uma retenção na fonte para transacções *on-line* há a considerar a legislação da UE. Ora, como base de funcionamento da UE encontram-se as

quatro liberdades fundamentais: livre circulação de mercadorias, de serviços, de pessoas e de capitais. E, associados a estes fundamentos essenciais ao mercado único, encontram-se diversas imposições que impedem o tratamento diferenciado de empresas residentes e não residentes. Da mesma forma, produtos e serviços adquiridos a fornecedores fora do Espaço Económico Europeu (EEE), não podem em regra ser sujeitos a tratamento menos favorável que os adquiridos dentro do EEE.

Atendendo aos constrangimentos identificados à utilização do mecanismo de retenção na fonte como uma solução por si só, o relatório da acção 1 do BEPS, acaba por concluir que a opção mais viável será utilizá-lo em conjugação com o elemento de conexão definido pela determinação de uma presença económica significativa. E, em complemento, considerar a retenção na fonte, não como uma imposição definitiva, mas como um pagamento por conta do imposto devido final, nos casos em que as empresas não residentes escolham pelo registo e declaração das suas operações (OCDE, 2015a:115).

5.5 Introdução de um imposto de equiparação (*equalization levy*)

Por fim, de forma a evitar as dificuldades resultantes das opções anteriores, o relatório final da acção 1 propõe a consideração de introdução de um imposto de equiparação (ou taxa de compensação). A ideia base é garantir a igualdade de tratamento de fornecedores estrangeiros e nacionais, ou seja pretende-se encontrar uma solução semelhante à já usada em alguns países com referência ao sector dos seguros⁶².

Todavia, os autores do relatório defendem que, à semelhança das indicações propostas para a aplicação de uma retenção na fonte, a definição de um imposto de equiparação terá maior sucesso se conjugado com a determinação de uma presença económica significativa. Pois só assim poderão se evitar encargos excessivos para pequenas empresas e para os Estados na administração do imposto.

⁶² Em alguns Estados, de forma a solucionar a disparidade de tratamento entre fornecedores internos de seguros – sujeitos à normal tributação sobre os lucros –, e fornecedores estrangeiros - que ao fornecer o mesmo serviço não seriam tributados sobre os lucros obtidos nem no estado dos clientes, nem no da residência – foi introduzido um imposto especial sobre este serviço, com base no valor dos prémios brutos pagos (OCDE, 2015a:115).

Assim, na implementação de um imposto desta natureza, propõem-se duas alternativas, dependendo do objectivo a atingir.

Num quadro de formulações concretas, se o objectivo for tributar as transacções celebradas à distância com clientes no mercado interno, uma hipótese seria limitar o âmbito de aplicação às operações que envolvam a celebração de contractos de venda de bens e/ou serviços através de sistemas automatizados numa plataforma digital. Embora se reconheça que desta forma se pode criar um incentivo para escolher meios não digitais de condução das transacções, a verdade é que o foco estaria nos tipos específicos de transacções que geram maiores preocupações. De qualquer forma é sempre preferível a construção do imposto de modo a que mantenha um âmbito alargado, permitindo uma maior flexibilidade e adaptabilidade a evoluções futuras. O imposto deverá assim ser aplicado ao valor bruto dos bens ou serviços fornecidos por empresas não residentes a clientes num determinado Estado e a sua cobrança poderá ser assegurada através de um sistema de registo simplificado ou através de intermediários locais (OCDE, 2015a:116).

Mas se, por outro lado, o objectivo for sujeitar a tributação o valor considerado como contribuição dos clientes e utilizadores (através da disponibilização de dados pessoais, preferências, opiniões, *etc.*) poderá ser imposta uma taxa sobre os dados recolhidos junto destes dentro de um país. Para este efeito podem-se escolher várias opções. Uma seria impor uma taxa indexada ao número mensal médio de utilizadores activos. Mas como vimos anteriormente, uma abordagem por esta via apresenta alguns desafios⁶³, a começar pela dificuldade no cálculo dos utilizadores existentes e do montante da imposição a estabelecer, em especial pela dificuldade de estabelecer um valor para os dados recolhidos⁶⁴. Mesmo se a opção passar por basear a taxa no volume de dados recolhidos, já vimos que o valor da informação depende do seu conteúdo, mas especialmente da finalidade que se lhe pretende atribuir (OCDE, 2015a:116).

⁶³ Tal como apresentamos aquando da análise dos factores a tomar em conta para a determinação de uma presença económica significativa, especificamente os factores relacionados com utilizadores (ver ponto 5.3).

⁶⁴ Ver ponto 4.2 para valorização dos dados.

Seja qual for a alternativa escolhida, a aplicação de um imposto de equiparação, no seio da UE, encontraria o mesmo tipo de obstáculos que observamos na possibilidade de introdução de uma retenção na fonte sobre transacções digitais⁶⁵.

Mas, dependendo da estrutura do imposto a criar, uma opção a ser considerada seria tratar da mesma forma empresas residentes e não residentes. Contudo esta abordagem exigiria a criação de um mecanismo que permitisse mitigar o impacto da sua aplicação nas empresas que ficariam sujeitas simultaneamente ao imposto de equiparação e ao imposto sobre o rendimento.

Mesmo fora da UE, a aplicação de um imposto de equiparação pode levar a que empresas que a este ficassem sujeitas num determinado território, sejam igualmente sujeitas a imposto sobre os mesmos rendimentos, no país de residência. Tal poderá ocorrer por ser improvável que a aplicação de um imposto na fonte desta natureza possa ser considerado como crédito no cálculo do imposto sobre o rendimento no país de residência. Assim, na construção de uma imposição desta espécie, seria necessário estruturar a legislação para que a incidência ocorra apenas nos casos em que os rendimentos de facto não serão tributados na residência, ou a ser, o são por taxas muito baixas (OCDE, 2015a:117).

5.6 Conclusão

Pese embora estas quatro opções apresentadas: (i) a introdução de um novo nexos baseado no conceito de presença económica significativa, (ii) a criação de uma taxa de retenção na fonte para transacções digitais, (iii) a introdução de um imposto de equiparação, e (iv) alterações às excepções previstas no conceito de EE; tenham sido estudadas e consideradas, na avaliação final da sua possível utilização, refira-se que, nenhuma das três primeiras foi recomendada, mantendo a OCDE uma posição, por muitos considerada, conservadora no que diz respeito às actuais regras de DFI, evitando rupturas substanciais com o *status quo* existente, justificando esta posição na crença de que a implementação das propostas das restantes acções do projecto BEPS seja solução suficiente para os problemas identificados.

Mas apesar desta posição, admitindo o interesse demonstrado por alguns Estados na adopção de opções não recomendadas, o relatório 1 não advoga a sua repressão, mas aponta para a

⁶⁵ Ver no ponto 5.4, sobre legislação da UE.

necessidade de respeitar as obrigações dos tratados existentes, ou da inclusão das medidas nos tratados bilaterais (OCDE, 2015a:137).

De qualquer forma, reconhece-se que a adopção destas medidas no direito interno exige alguma calibragem das opções, a fim de proporcionar uma clareza adicional sobre os pormenores, bem como uma certa adaptação para assegurar a coerência com os compromissos jurídicos internacionais existentes. E, neste sentido, a adopção destas medidas por alguns estados poderá resultar na recolha de informação útil a novos estudos e a futuras discussões, podendo determinar a necessidade de prosseguir os trabalhos neste domínio (*ibidem*).

No capítulo seguinte abordaremos de que forma os trabalhos da OCDE resultaram como catalisador na acção dos Estados na tentativa de tributar rendimentos provenientes da economia digital.

6. Estudo de caso

O trabalho da OCDE sobre as questões fiscais na economia digital continuará tanto com o acompanhamento da implementação das diversas acções do projecto BEPS relacionadas com esta matéria, como com a monitorização dos desenvolvimentos da economia digital.

No entanto, não é alheio que escândalos sucessivos como os *Lux Leaks*, *Swiss Leaks* ou *Panamá Papers*⁶⁶, têm influenciado a consciencialização pública, no rescaldo de uma crise económica global, para os fenómenos de evasão fiscal e planeamento fiscal abusivo, influenciando os governos a tomar medidas nacionais no que diz respeito ao tratamento tributário das actividades na economia digital.

Neste sentido, temos vindo a observar um maior escrutínio das actividades de diversas empresas multinacionais, como a Google⁶⁷, a Amazon⁶⁸, a Apple⁶⁹ ou o Facebook⁷⁰, reconhecendo-se que o sector digital é frequentemente associado à prática de planeamento fiscal agressivo.

Ao nível da UE, a Comissão tem levado a cabo diversas investigações dirigidas aos “gigantes” digitais, nomeadamente com o lançamento de investigações no âmbito de práticas que possam ser consideradas como auxílios de estado⁷¹. Na opinião de Hadzheva (2016:21), embora estas

⁶⁶ Em Novembro de 2014, o *International Consortium of Investigative Journalists* (ICIJ), revelou a existência de acordos entre o governo luxemburguês e cerca de 340 multinacionais que permitia a essas empresas poupanças fiscais consideráveis. Em Fevereiro de 2015, através do ICIJ, veio a público a acção da filial suíça do gigante bancário HSBC, a qual permitiu ocultar mais de 100 mil milhões de dólares americanos em contas secretas *offshore*. A divulgação dos *Panamá Papers* pela ICIJ em 2016, veio revelar a acção de uma sociedade de advogados sediada no Panamá. Os onze milhões de documentos divulgados demonstram a actuação da sociedade na construção e utilização de esquemas complexos de planeamento fiscal agressivo que permitiram a poupança de milhões de euros aos seus clientes, em prejuízo dos orçamentos nacionais (Hadzheva, 2016:20).

⁶⁷ A Google Inc. é uma empresa multinacional de serviços *online* e *software*, fundada em 1998 nos Estados Unidos. A empresa oferece uma série de serviços e produtos na *internet* gerando lucro principalmente através da publicidade.

⁶⁸ Ver nota 48.

⁶⁹ A Apple Inc., fundada em 1976 nos Estados Unidos, é uma multinacional dedicada ao desenvolvimento e venda de consumíveis electrónicos, *software* e serviços digitais *online*.

⁷⁰ Ver nota 30.

⁷¹ O Tratado de Funcionamento da União Europeia estabelece no seu artigo 107.º que «são incompatíveis com o mercado interno, na medida em que afectem as trocas comerciais entre os Estados membros, os auxílios concedidos pelos Estados ou provenientes de recursos estatais, independentemente da forma que assumam, que falseiem ou ameacem falsear a concorrência, favorecendo certas empresas ou certas produções» (Rocha, 2013).

acções constituam um passo importante da Comissão contra a actuação das grandes multinacionais é apenas uma solução temporária que não apresenta dimensão suficiente para fazer face ao problema. Segundo o autor, a própria Comissão admite as limitações da sua actuação, pelo que os Estados devem igualmente assumir a sua quota-parte de responsabilidade no tratamento desta questão.

Nesta senda, no Reino Unido entrou em vigor o *diverted profits tax*, em 1 de Abril de 2015 e em Itália o governo propôs o lançamento de um imposto digital em 01 de Janeiro de 2017. Mas fora da Europa assistimos igualmente a reacções unilaterais para fazer face aos desafios da economia digital: a Austrália reviu as suas regras anti abuso, publicando em Maio de 2015 o *Tax Integrity Multinational Anti-Tax Avoidance Law*, desenhado para prevenir o uso de esquemas complexos utilizados para redução dos impostos devidos no país. E, na Índia foi implementado um imposto de equiparação, em vigor desde 1 de Junho de 2016 (Avi-Yonah, 2016; PwC, 2016).

No capítulo seguinte iremos analisar o imposto de equiparação implementado na Índia. Escolhemos a apresentação da solução encontrada por este país por se basear numa das opções apresentadas no relatório final da acção 1 do projecto BEPS, ainda que não se trate de uma solução recomendada no âmbito da OCDE, é uma opção que visa directamente abordar os desafios à tributação levantados pela economia digital.

6.1 Um imposto de equiparação na Índia

A tributação do rendimento na Índia obedece às disposições da Lei do Imposto sobre o Rendimento de 1961 (no original: *Income Tax Act* (ITA)). A ITA é alterada anualmente por via de Leis de Finanças propostas pelo Ministério das Finanças, incluindo as actualizações de taxas e impostos que permitam cumprir os orçamentos anuais. Antes da entrada em vigor da proposta de Lei, esta é apresentada à câmara baixa do Parlamento e após aprovação segue para ratificação pelo Presidente da República (Varanasi e Nagappan, 2016:550).

A ITA prevê a tributação dos residentes com base nos seus rendimentos globais e a tributação dos não residentes com base nos rendimentos obtidos no território indiano. Os rendimentos dos não residentes serão, todavia, tributados segundo a disposição que lhes seja mais favorável, seja esta o normativo presente na ITA ou as disposições acordadas por via de CDT (Varanasi e Nagappan, 2016).

Reconhecendo a dificuldade em tributar os negócios baseados na economia digital, o governo indiano, na apresentação do orçamento de 2016, veio anunciar a implementação de várias medidas em linha com as discussões encetadas na OCDE no âmbito do projecto BEPS, onde se inclui o lançamento de um imposto de equiparação (em referência à acção 1), a criação de um regime *patente box* (baseado na acção 5) e o desenvolvimento da troca de informações com outros estados (*country-by-country reporting*, em conformidade com a acção 13) (Agrawal, 2016:324).

O imposto de equiparação foi incluído nas alterações à Lei das Finanças⁷², entrando em vigor em 1 de Junho de 2016 (Kluwer International, 2016; PwC, 2016). Este novo imposto alicerça-se numa das opções apresentadas no relatório da acção 1 do projecto BEPS, fugindo à caracterização como imposto directo sobre o rendimento ou indirecto sobre o consumo, ergue-se numa intenção clara em se direccionar especificamente a determinadas actividades desenvolvidas por não residentes, mas que geram rendimentos em território indiano. Esta “inovação legislativa” surge como uma tentativa de nivelar o impacto da tributação de residentes e não residentes em determinados negócios desenvolvidos *online*. A própria nomenclatura utilizada (“*equalization*”) pretende estabelecer uma referência à necessidade de garantir a neutralidade fiscal entre negócios conduzidos através de modelos tradicionais e negócios baseados nas novas tecnologias de informação e comunicação (Agrawal, 2016:323).

Mas antes de explorarmos mais pormenorizadamente a nova legislação implementada na Índia, alguns aspectos devem, porém, ser elencados no que concerne ao processo que levou à escolha desta opção.

6.1.1 Porquê um imposto de equiparação?

A Índia é o segundo país mais povoado do mundo, apresentando uma população jovem, com uma média de idades a rondar os 28 anos. Estabelecendo-se em sétimo lugar quando considerada a área geografia ocupada, o seu PIB atingiu em 2015 os 2.091 biliões de dólares (aproximadamente 2.000 biliões de euros), sendo considerada uma economia em desenvolvimento, integrada no denominado grupo BRICS⁷³, apresenta taxas de crescimento anuais superiores a 7% (Central Intelligence Agency, 2016). Este é o retrato de um país e de uma economia que rapidamente se está a adaptar à *internet* e às novas tecnologias: é um

⁷² Referimo-nos ao *Finance Act* 2016 (n.º 28 de 2016) (Republic of India, 2016).

⁷³ Os países designados por BRICS são o Brasil, a Rússia, a Índia, China e a África do Sul.

mercado imenso e apetecível para qualquer empresa, inclusivamente para as gigantes multinacionais do sector digital.

Ora, à semelhança do que acontece em muitas outras jurisdições, as grandes multinacionais estabelecem no país estruturas que minimizam o impacto fiscal no negócio. Neste sentido, empresas como a Google ou a Facebook, actuando no mercado da publicidade, estabelecem uma representação na Índia que actua em contacto directo com os clientes mas o contracto final é firmado com as suas congéneres fixadas noutros territórios, não raras vezes em regimes fiscais mais favoráveis. À subsidiária local é apenas atribuído um rendimento que cobre os custos incorridos e permite uma margem de lucro mínima, pelo que consequentemente o montante de imposto sobre o rendimento devido em território indiano é reduzido.

No contexto da legislação fiscal indiana, os rendimentos provenientes do comércio electrónico encontram três principais possibilidades de caracterização que determinam o seu enquadramento para efeitos de tributação. Falamos da classificação dos rendimentos como *royalties*, remunerações de serviços técnicos e rendimentos empresariais. Neste sentido, são considerados *royalties* os rendimentos respeitantes à transferência ou utilização de propriedade intelectual ou à prestação de informação ou serviços conexos com propriedade intelectual, e são consideradas remunerações de serviços técnicos os rendimentos referentes a serviços de gestão, assistência técnica ou de consultoria. Acresce porém, que segundo a jurisprudência estabelecida, os serviços técnicos, para assim serem classificados, requerem a existência de um elemento técnico além do simples fato de serem fornecidos através de um meio envolvendo tecnologia, sendo que aos serviços automatizados, sem intervenção humana, não é reconhecida tal característica (Rao, 2016:28).

As CDT assinadas pelo Estado Indiano seguem, na sua maioria, as provisões da CM OCDE, com alguns elementos do MC ONU. Pelo que, em respeito aos *royalties*, a Índia não acompanha o disposto no artigo 12º da CM OCDE, que determina a tributação destes rendimentos no Estado da residência, mas antes os sujeita a taxas de tributação entre os 10 e 15%. A semelhante tratamento são sujeitas as remunerações de serviços técnicos. Os rendimentos empresariais, por seu turno, são tributados na Índia caso exista uma ligação empresarial⁷⁴ ao seu território ou, aplicando-se uma CDT, em conformidade com o artigo 5º da CM OCDE, isto é, se a actividade for exercida através de EE (Rao, 2016:35). Ainda assim,

⁷⁴ Segundo Rao (2016:37), o conceito de “ligação empresarial” apesar de não se apresentar legalmente determinado é jurisprudencialmente considerado um conceito mais abrangente do que o de EE.

é pertinente apontar a existência de reservas por parte do governo indiano aos comentários do artigo 5º da CM OCDE, no sentido de que este considera – em determinadas circunstâncias – a possibilidade de um *website* constituir um EE⁷⁵ (Rao, 2016:38).

Decorre desta breve incursão pelo sistema tributário indiano a reiteração de uma realidade que já antes tínhamos constatado: a caracterização dos rendimentos decorrentes da economia digital é uma das principais dificuldades à sua tributação. No caso indiano tal realidade encontra reflexo na jurisprudência emanada pelos Tribunais Tributários, que quando confrontados com litígios decorrentes da caracterização de rendimentos desta natureza, tendem a não conceder procedência à argumentação da administração tributária.

O problema coloca-se quando a administração fiscal indiana promove a liquidação do imposto considerando que os pagamentos efectuados a entidades não residentes, em referência à transmissão de bens ou prestação de serviços digitais⁷⁶, caem na categoria de rendimentos passivos, nomeadamente *royalties* – por considerarem a existência de transmissão de algum direito sobre a propriedade intelectual - ou remunerações de serviços técnicos, ambos sujeitos a tributação na fonte.

Vários autores⁷⁷ apontam em particular um caso, decorrente das dificuldades de caracterização de rendimento e de alocação do poder tributário do Estado, que terá sido especialmente relevante na decisão de implementação de um novo imposto, falamos no caso *Right Florist*⁷⁸. Neste processo, o sujeito passivo exerce a actividade de florista e efectuou pagamentos às empresas Google US⁷⁹ e Yahoo US⁸⁰ por serviços de publicidade *online*. De acordo com o contrato entre as partes, ambos os *websites* disponibilizaram espaço publicitário *online*, de forma a que determinadas buscas efectuadas pelos utilizadores resultassem na apresentação da publicidade da florista junto com os resultados das pesquisas. O sujeito passivo não efectuou

⁷⁵ Ver ponto 4.1.2, sobre a possibilidade de um *website* poder constituir um EE.

⁷⁶ Para melhor ilustrar o termo utilizado, podemos falar em “bens ou serviços digitais” quando nos referimos, por exemplo, à transmissão em formato digital de livros, música ou *software*, ou à prestação de serviços online de segurança informática, alojamento de informação ou publicidade.

⁷⁷ Tais como: Agrawal (2016), Basak (2016), Kluwer International (2016), Rao (2016), Wagh (2016) e Varanasi e Nagappan (2016).

⁷⁸ A Identificação do processo é a seguinte: Right Florist Pvt. Ltd., Kolkata vs Department Of Income Tax, ITA 1336/Kol./2011; e o acórdão pode ser consultado em: <https://indiankanoon.org/doc/98785989/>

⁷⁹ Ver nota 67.

⁸⁰ A Yahoo é uma empresa norte-americana, fundada por Jerry Yang em 1994, que fornece serviços de internet através de um portal de pesquisa.

qualquer retenção na fonte de imposto, assumindo que o rendimento não seria sujeito a tributação na Índia, posição que se mostrou contrária à análise da administração fiscal (Wagh, 2016:546).

O Tribunal, avaliando a caracterização dos rendimentos decorrentes dos serviços prestados, considerou que estes não se enquadravam na definição de serviços técnicos uma vez que se tratavam de serviços automatizados sem qualquer intervenção humana. A caracterização como *royalties*, também não foi sancionada, pois o Tribunal entendeu que os serviços prestados não envolveram a utilização de qualquer direito relacionado com propriedade intelectual ou industrial. E, por último, o Tribunal também não considerou que os rendimentos pudessem ser atribuídos a EE localizado na Índia, pois pese embora as reservas do governo indiano quanto à determinação do conceito – nomeadamente no que diz respeito à possibilidade de um *website* poder ser considerado um EE -, o tribunal seguiu a definição reflectida na CM OCDE⁸¹, o que aliado à localização extraterritorial dos servidores utilizados, impossibilita o estabelecimento de qualquer conexão para efeitos de imposto sobre o rendimento (Varanasi e Nagappan, 2016).

Face a esta conjuntura, o governo indiano vê, com a publicação do relatório da acção 1 do BEPS, uma oportunidade para implementar uma nova estratégia no sentido de tributar no território os rendimentos provenientes da economia digital, especificamente os provenientes de serviços publicitários. Para tal cria o Committee on Taxation of E-Commerce, o qual fica encarregue de estudar as opções propostas no relatório da acção 1 do BEPS e propor uma solução.

Em sentido oposto à posição defendida no relatório, o Committee on Taxation of E-Commerce, (2016:83) considera que os trabalhos desenvolvidos no âmbito das várias acções do projecto BEPS não serão suficientes para atenuar os desafios à tributação inerentes à economia digital. Ao contrário, o comité defende que é necessária uma acção imediata que resulte na escolha de uma das opções apresentadas no relatório: a criação de um novo elemento de conexão, a criação de uma retenção na fonte sobre transacções digitais ou a introdução de um imposto de equiparação. Mais acrescenta que não é viável, para a Índia, esperar pelo desenvolvimento de novos trabalhos ou pela revisão das soluções prevista para 2020.

⁸¹ Como vimos no ponto 4.1.2, a CM OCDE esclarece, no texto dos comentários ao artigo 5º, a impossibilidade de se considerar um *website* como EE.

Aliás, se reconhecermos o facto de que as discussões em torno da alocação dos direitos de tributação dependem das preferências e posições de cada Estado, num eterno debate entre os importadores e exportadores de capital (ou países da fonte e os da residência), é compreensível que países como a Índia aproveitem a possibilidade de adoptar uma das soluções apresentadas no relatório, pois pese embora nesta fase nenhuma seja recomendada, é deixada em aberto a possibilidade da sua adopção, como vimos anteriormente.

No processo que levou à escolha do imposto de equiparação, o comité analisou as restantes opções e a sua aplicabilidade.

Ponderando o acolhimento de um novo elemento de conexão baseado no conceito de presença económica significativa, o comité reconheceu que, apesar dos méritos desta opção, a principal dificuldade decorre da necessidade de revisão das regras de atribuição dos lucros às entidades, as quais não são ainda o suficientemente claras, nem tão pouco uniformemente aceites pela comunidade internacional, o resultaria em constrangimentos aquando da negociação e discussão necessárias à alteração das CDT, inviabilizando a sua aplicação. (Committee on Taxation of E-Commerce, 2016:72).

A criação de uma retenção na fonte sobre transacções digitais foi igualmente considerada, sendo-lhe reconhecida a vantagem da simplicidade de aplicação, especialmente por não diferir substancialmente das retenções na fonte já aplicadas a rendimentos de *royalties*, juros e serviços técnicos. A aplicação de uma retenção na fonte foi julgada como uma forma prática de reclamar direitos de tributação, ainda que parciais, em relação a rendimentos da economia digital. Todavia, não pôde deixar de ser observado que a aplicação desta solução só seria viável se incluída nos tratados internacionais, os quais prevalecem sobre as leis internas indianas (Committee on Taxation of E-Commerce, 2016:75).

Analisadas as duas primeiras opções, o comité encontrou na introdução de um imposto de equiparação, a solução ideal para os objectivos prosseguidos: assegurar a neutralidade fiscal entre negócios conduzidos em plataformas inovadoras, ou através de modelos de negócio diferentes, com os tradicionais e nivelar as diferenças a nível de tributação entre negócios direccionados ao território indiano, indiferentemente do local de onde são dirigidos.

A principal vantagem que o comité encontra num imposto de equiparação decorre da interpretação que faz da sua apresentação no relatório da acção 1, nomeadamente do que diz respeito à sua conceptualização, a qual considera se afastar da classificação como imposto sobre o rendimento. Ao se afastar desta caracterização e porque incide sobre o valor dos pagamentos e não sobre os rendimentos, o Committee on Taxation of E-Commerce

(2016:118), não encontra para este imposto enquadramento nos acordos ou tratados para evitar dupla tributação internacional.

Contudo, apesar de propor a adopção de imposto de equiparação em detrimento das restantes soluções apresentadas no âmbito da acção 1 do projecto BEPS, o comité aponta que, existindo consenso internacional, a solução de adopção de um novo elemento de conexão baseado na existência de uma presença económica significativa seria preferível. Mas, face à situação presente, conclui que a solução defendida apresenta-se mais simples e, essencialmente, a única exequível nesta fase.

Em resultado da proposta do comité, o governo indiano veio a implementar o novo imposto, tal como apresentamos de seguida.

6.1.2 Como funciona o imposto?

Expostos os termos em que se procurou lançar o quadro relativo à exposição de motivos da adopção do novo imposto, importa, agora, a análise deste.

A nova Lei de 2016 determina (no seu artigo 165) que

there shall be charged an equalisation levy at the rate of six per cent of the amount of consideration⁸² for any specified service received or receivable by a person, being a non-resident from (i) a person resident in India and carrying on business or profession; or (ii) a non-resident having a permanent establishment in India. (Republic of India, 2016)

Decorre, por conseguinte da previsão normativa, que se uma empresa não residente, na vigência da mesma, decidir abrir uma subsidiária ou criar um EE na Índia, deixará de estar sujeita ao imposto de equiparação. Ficará, ao invés, sujeita à normal tributação sobre o rendimento, evitando-se deste modo a existência de dupla tributação do rendimento.

Por outro lado, o imposto incide apenas sobre serviços e, segundo Sanghvi (2016), revisor oficial de contas e anterior membro do comité indiano para o comércio electrónico, está desenhado de forma a que não se levantem problemas de caracterização dos rendimentos, pois é desnecessário determinar se o pagamento sujeito a imposto se refere a *royalties*, remunerações de serviços técnicos ou rendimentos das empresas. Esta simplicidade permite que qualquer não residente que obtenha rendimentos na Índia seja sujeito a imposto. Contudo, a lei

⁸² O termo “*consideration*” aqui utilizado refere-se ao significado menos comum, indicando contrapartida ou pagamento. Pelo que a tradução para português do excerto é “a uma taxa de seis por cento sobre o montante da contrapartida por qualquer serviço” (tradução livre da autora).

determina, no artigo 164º, alínea h), que os serviços específicos (*specified service*) a que se refere a regra de incidência, são os seguintes:

online advertisement, any provision for digital advertising space or any other facility or service for the purpose of online advertisement and includes any other service as may be notified by the Central Government in this behalf (Republic of India, 2016).

Nesta definição damos conta que o alvo primário do governo indiano são as empresas não residentes que obtêm a maior parte dos proveitos através da publicidade, situação em que se encontram grandes multinacionais como a Google e o Facebook. Mas é ainda curioso notar que, na observação “*and [...] any other service as may be notified*” é deixada a possibilidade de mais tarde se virem a considerar outros serviços. Segundo Sanghvi (2016) esta redacção pondera a natureza mutável da economia digital, flexibilizando a letra da lei para que, no futuro, se possam incorporar outras formas de negócio que permitam às empresas a obtenção de rendimentos no território sem que aí constituam um EE e/ou sejam sujeitas à tributação.

A incidência do imposto tem todavia, algumas delimitações⁸³, a começar pela fixação de um montante mínimo a partir do qual é obrigatória a sua aplicação. Assim, só são sujeitos os pagamentos efectuados por determinado adquirente a um não residente quando anualmente estes excedam cem mil rupias⁸⁴. Por outro lado, só são elegíveis os pagamentos efectuados por residentes ou EE na Índia que sejam empresas ou pessoas individuais com actividades profissionais. Estes limites deixam de fora não só consumidores finais como as pequenas aquisições pontuais das empresas, deixando clara a tentativa de reduzir os custos administrativos e de cumprimento.

Ao abrigo desta legislação, a responsabilidade pela entrega do imposto e pela declaração das operações que lhe dão origem ficou com os sujeitos passivos residentes na Índia (ou EE). De acordo com o artigo 166º, o imposto deve ser entregue ao Estado até ao sétimo dia do mês seguinte àquele em que a transacção ocorreu. Por seu turno o artigo 167º estabelece a obrigação de apresentação de uma declaração anual com a informação agregada das transacções ocorridas durante o ano civil (Republic of India, 2016). Apesar de ter sido esta a fórmula encontrada para resolver a questão do pagamento e cumprimento das necessárias obrigações acessórias, Sanghvi (2016) reconhece que o ideal seria que tal encargo recaísse

⁸³ Previstas no artigo 165, n.º 2 da *Finance Act* 2016.

⁸⁴ Segundo o conversor do *site* do Banco de Portugal, ao câmbio de 1 de Julho de 2016 – data de entrada em vigor da legislação – 100 mil rupias equivalem a 1.334,04 euros.

sobre o não residente que obtém rendimentos na Índia. Porém, não foi encontrado, em tempo, um expediente que possibilitasse a aplicação prática dessa solução. Segundo o revisor oficial de contas, a melhor forma de fazer recair as obrigações inerentes ao imposto sobre os não residentes seria através da utilização dos intermediários financeiros – bancos, empresas de gestão de cartões de crédito e débito e outras empresas gestoras de pagamentos. Contudo, durante a concepção do imposto, o Reserve Bank of Índia⁸⁵ apontou a impossibilidade de levar a cabo a hipótese de efectuar a dedução do imposto directamente nos pagamentos efectuados às empresas não residentes, o que acabou por resultar na implementação da solução possível: a exigência da dedução do imposto ao agente que procede ao pagamento.

Como acima observamos a taxa escolhida para este imposto é de 6 %, a qual se distânciava consideravelmente das normais taxas de retenção na fonte praticadas no país, na ordem dos 10% a 15% (Income Tax department - Government of India, 2016). A escolha de uma taxa mais favorável para este imposto serve, por um lado, o propósito de incentivar o cumprimento pelos não residentes, e por outro, o objectivo de não elevar demasiado os custos incorridos pelos adquirentes, no caso em que sejam estes a suportar o encargo (Sanghvi, 2016).

6.1.3 As críticas

A aceitação deste novo imposto não é, naturalmente, pacífica.

Os reparos encontrados abrangem diversas matérias, desde a existência de dúvidas quanto à constitucionalidade do imposto, ao seu enquadramento no âmbito dos tratados internacionais e às consequências para os contribuintes indianos.

No que à constitucionalidade da norma diz respeito, Varanasi e Nagappan (2016:553) esclarecem que, sendo a Índia um Estado federal, em conformidade com a sua constituição, os poderes legislativos estão divididos entre o Parlamento central e as legislaturas dos diversos Estados. O Parlamento tem, entre outros, competência exclusiva para legislar quanto a impostos sobre o rendimento (exceptuando rendimentos agrícolas), taxas de serviços e todas as imposições que não sejam especificamente da competência dos Estados federados. Às legislaturas estaduais cabe a exclusividade na determinação de impostos estabelecidos em lista aprovada, onde se incluem *«taxes on advertisements other than advertisements published in newspapers*

⁸⁵ Banco central indiano, detentor das funções reguladoras e de emissão de moeda no país.

and advertisements broadcast by radio or television» (Varanasi e Nagappan, 2016:553), onde se afigura incluir a publicidade *online*.

Ora, esta questão torna-se relevante quando, da análise do imposto de equiparação se encontram dificuldades na sua classificação. Se, conforme o governo defende, não se trata de um imposto sobre o rendimento, então será necessariamente um imposto sobre o consumo ou sobre os pagamentos de determinados serviços (Rao, 2016:44). E é precisamente nesta definição que surgem as dúvidas quanto à sua constitucionalidade, pois tendo sido implementado pelo Parlamento, na dificuldade encontrada na sua classificação, questiona-se a possibilidade de cair na definição dos impostos de competência exclusiva dos Estados federais.

Por outro lado, o pressuposto de que o imposto de equiparação não é um imposto sobre o rendimento e logo não se encontra no âmbito dos tratados internacionais é, igualmente, discutido entre os detractores desta escolha. Em primeiro lugar, aponta-se que o facto de a nova legislação não ser introduzida como parte da legislação nacional sobre o imposto sobre o rendimento não ser razão suficiente para que o imposto não seja assim classificado, uma vez que apresenta características que o assimilam a um imposto dessa natureza. Este argumento é alicerçado em alterações efectuadas ao *income tax act* que estabelecem relações entre um e outro imposto e que, segundo Gulati (2016), demonstram a intenção do governo em tributar o rendimento obtido na Índia por não residentes. Estas relações aparecem em duas situações. Primeiro, quando é impedida a dedução da despesa (para efeitos de calculo do lucro tributável) incorrida pelo adquirente indiano, na aquisição dos serviços cujos pagamentos são sujeitos à dedução de imposto e esta não é efectuada. E depois, quando é estabelecida uma isenção em imposto sobre o rendimento para os não residentes sujeitos a imposto de equiparação.

Em segundo lugar, levanta-se a questão da técnica legislativa utilizada ter apenas como intenção gorar a aplicação dos tratados sobre dupla tributação, como meio de subverter a substancia do novo imposto sob a forma como é apresentado. E, a este respeito salientam-se as disposições da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados⁸⁶, que embora não tenha sido assinada pela Índia, é comumente aceite e utilizada pelos tribunais indianos na interpretação de tratados. Ora, o artigo 18º da convenção refere que «[u]m Estado deve abster-

⁸⁶ A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de Maio de 1969, criou normas de elaboração, ratificação, denúncia e extinção de tratados internacionais. A Convenção entrou em vigor em 27 de Janeiro de 1980. Portugal ratificou-a a 06 de Fevereiro de 2004 (Procuradoria Geral da República, [s.d.]).

se de actos que privem um tratado do seu objecto ou do seu fim» (Procuradoria Geral da República, [s.d.])e, o artigo 26º estabelece a regra *pacta sunt servanda*, a qual indica que «[t]odo o tratado em vigor vincula as Partes e deve ser por elas cumprido de boa fé» (*ibidem*), ao que acresce o estabelecido no artigo 27º que institui que «[u]ma Parte não pode invocar as disposições do seu direito interno para justificar o incumprimento de um tratado»(*ibidem*). Mais acresce que a própria constituição indiana apresenta uma disposição semelhante, no seu artigo 51º, obrigando-se ao respeito pelos tratados internacionais. Concluindo, em vista do exposto, os críticos afirmam que a Índia deveria se abster de introduzir legislação que contraria as obrigações vigentes ao abrigo dos tratados assinados (Gulati, 2016; Kluwer International, 2016).

Por fim, a questão do encargo do imposto ergue-se como um dos aspectos mais criticados da nova lei. Várias vozes se têm levantado apontando que o imposto acabará por constituir um encargo extra para as empresas indianas que pretendam se anunciar nas plataformas digitais mais populares (Chanchani, Alawadhi e Dave, 2016; Parik, 2016), pois na impossibilidade de recuperar o imposto deduzido por via da utilização do crédito no país de residência (ao abrigo dos CDT), a empresa não residente na Índia acabará por repercutir o valor no preço dos seus serviços. Este efeito será tão ou mais evidente dependendo do poder de negociação dos clientes indianos, que convenhamos será bastante reduzido face a grandes multinacionais.

6.1.4 Conclusão

O governo indiano veio afirmar que a receita cobrada através do imposto de equiparação é de 1,5 mil milhões de rupias⁸⁷, desde 1 de Julho a 1 de Dezembro (PTI, 2016). Mas parece-nos que, salvo douto entendimento em contrário, a obtenção desta receita não será a principal realização a apontar à nova legislação. Pese embora não seja a solução perfeita, teremos de conceder que a manifestação de vontade e a sua concretização por via legislativa é um sinal importante de reacção a uma questão que afecta cada vez mais os orçamentos nacionais. Contribuindo, de certa forma, a que outras jurisdições vejam neste um modelo de ensaio operacionalizado.

A deslocalização dos lucros e a erosão das receitas tributárias afectam os orçamentos e inevitavelmente as políticas fiscais, sociais e económicas dos países. O novo imposto indiano poderá realmente promover o acréscimo de custos das pequenas empresas, mas tem

⁸⁷ Qualquer coisa como 18,5 milhões de euros.

igualmente o potencial de promover um desvio na procura, centrando-a em empresas nacionais, surgindo como medida proteccionista da economia local e por essa via, incrementar as receitas estaduais.

Ainda assim, teremos de concordar com Rao (2016:48), quando afirma a urgência de se investir em melhor técnica legislativa que permita uma maior harmonia conceptual na criação de impostos desta natureza, aliada à necessidade de encontrar soluções de longo prazo. Pois aceitando esta como a solução possível dada a conjuntura observada, não podemos deixar de apontar que a solução ideal tenderá a encontrar-se, na nossa modesta opinião, em linha com a criação de um novo elemento de conexão baseado no conceito de presença económica significativa. E, especialmente, na determinação de normas de repartição dos rendimentos, as quais não são ainda o suficientemente claras, nem tão pouco são uniformemente aceites pela comunidade internacional, como aliás apontou o Committee on Taxation of E-Commerce.

De qualquer modo, só o tempo dirá qual será o real impacto do imposto de equiparação, nomeadamente, de que forma as empresas se adaptarão, seja pelo cumprimento da legislação tal como foi implementada, seja pelo desenvolvimento de novas estratégias de negócio.

7. Conclusão

Começamos o nosso trabalho pelo estudo dos princípios subjacentes ao Direito Fiscal Internacional, enquadrando a sua importância como orientação primária na coordenação dos sistemas fiscais a nível mundial. A distinção entre os princípios fundamentais e os operativos permitiu distinguir os alicerces do DFI, assentes em três núcleos fundamentais: nos princípios da soberania, da equidade e da neutralidade, e da forma de os realizar, por via dos princípios da residência, da fonte e do EE.

Logo aqui se começou a delinear a existência de perspectivas diferentes, começando pela abordagem à neutralidade, a qual nos aparece na óptica do investidor, que procura não encontrar obstáculos às suas decisões na diversidade dos sistemas fiscais dos diferentes países, reclamando semelhante tratamento para o seu investimento independentemente da proveniência dos rendimentos obtidos. Oposta a esta óptica, surge a noção de neutralidade na importação de capitais, visando, dentro de determinado Estado, tratamento igual para todos os investidores.

Esta dicotomia, que opõe os interesses de Estados tipicamente exportadores de capitais aos dos importadores acaba por estabelecer o mote para toda a discussão. Mesmo quando analisamos os princípios operativos do DFI, quer no entendimento dos fundamentos do direito de tributação dos Estados, quer no que diz respeito à sua extensão, chegando aos elementos de conexão habitualmente aceites, na figura dos princípios da residência, da fonte e de EE, deparando-nos novamente - na delimitação dos conceitos - com a discussão entre Estados da fonte dos rendimentos e Estados da residência dos beneficiários dos rendimentos.

Neste ponto, a incursão na evolução histórica da concepção de EE, leva-nos à compreensão do seu desenvolvimento, deduzindo-se não só a tendência do favorecimento dos países exportadores de capital, como a manifesta imutabilidade das linhas base do conceito, focadas em noções de fisicalidade e permanência.

Assentes as bases conceptuais dos princípios essenciais ao DFI, enveredamos pelo estudo da economia digital, compreendendo-a como o resultado da crescente globalização impulsionada pelo desenvolvimento das tecnologias de informação e comunicação. Assimilámos, deste modo, um mundo de diminutas distâncias, onde se esvanecem as fronteiras e se criam novas oportunidades de negócio nas mais diversas áreas. Mas, ao se tornar digital, a economia desenvolve características que perturbam a normal aplicação dos tradicionais conceitos do DFI.

Tendo como ponto de partida os trabalhos da OCDE e dos peritos da Comissão Europeia, identificamos a mobilidade, os efeitos de rede, a importância da informação, a existência de negócios multifacetados, a tendência para monopólio e a volatilidade, como atributos típicos da economia digital com potencial disruptor dos conceitos vigentes.

Começamos a incursão nestas características pela mobilidade, a qual se observa principalmente pela importância dos bens intangíveis, que surgem quer pela digitalização de bens físicos (livros, música, filmes), como pela criação de novos produtos e serviços virtuais. Contudo, reconhece-se também na possibilidade de acesso ao mercado global e na disseminação geográfica dos vários agentes económicos ou ainda na fragmentação de uma só empresa.

Mas não poderíamos falar de economia digital sem salientar a relevância da informação, especialmente no sentido atribuído à expressão anglo-saxónica “*big-data*”. A crescente facilidade com que se recolhem, armazenam e se analisam quantidades astronómicas de informação possibilita às empresas, nos mais diversos sectores, o desenvolvimento de novos produtos e modelos de negócios, de modo mais eficiente. Estes novos modelos de negócio, vulgarmente com carácter multifacetado, potenciam o aproveitamento dos efeitos de rede na criação de valor, fomentando dificuldades na distinção entre cliente e fornecedor. Acresce que, no aproveitamento das novas tecnologias, o objectivo não se centra no aumento da produção, mas antes na sua diferenciação: a patente de uma ideia ou processo inovador pode levar à criação de um monopólio. Mas daqui se deduz igualmente que os custos de produção são reduzidos e o mercado é acessível a todos, o que induz alguma volatilidade no sector.

A identificação das características da economia digital, tal como apresentadas nesta dissertação, permite inferir a ocorrência de desafios à tributação ou, pelo menos a intensificação de problemas já detectados. Estas questões distinguem-se em três categorias principais, as relativas: à definição da jurisdição com poderes de tributação dos rendimentos, à atribuição de valor à informação e, à dificuldade de enquadramento, nos conceitos vulgarmente utilizados, dos rendimentos resultantes da economia digital.

A questão da fundamentação do poder de tributação dos Estados leva-nos à reapreciação dos elementos de conexão presentes na CM OCDE, reconhecendo a complexidade subjacente à sua utilização em contextos que escapam às tradicionais formas de desenvolver negócios, em especial pela existência de conceitos difusos ou anacrónicos. Somos igualmente levados a concluir que as alterações introduzidas, ao longo do tempo, aos comentários à CM OCDE, com o intuito de adaptar os antigos conceitos a novas realidades não trouxeram benefícios práticos esperados, pois apresentam-se como meras tentativas de interpretar ou adaptar

definições obsoletas a novas realidades, insistindo na manutenção de conceitos como a fisicalidade e permanência, tão afastados das singularidades da economia digital.

A valorização dos dados apresenta-se essencialmente como uma questão económica e contabilística válida, à parte das suas implicações na tributação. Obviamente que a preocupação no âmbito deste trabalho se centra na possibilidade de manipulação dos rendimentos imputáveis dentro de grupos multinacionais, especialmente por se reconhecer a crescente importância da informação. Mas, admitimos de igual forma não ser tarefa simples, inclusivamente para as empresas que recolhem e processam os dados, a atribuição de um valor a este activo.

Acresce aos desafios já identificados e em forte complementaridade com estes, a dificuldade de caracterização de alguns rendimentos decorrentes da economia digital, que dependendo do observador podem ser tidos como lucros, *royalties*, dividendos ou taxas de serviços. Esta caracterização é especialmente relevante na aplicação das regras previstas na CM OCDE, porquanto desta depende a determinação da jurisdição com poder de tributação.

No rescaldo de uma crise económica global e face aos obstáculos em tributar, de modo eficaz, os rendimentos provenientes da economia digital, Estados, organizações internacionais e académicos debatem-se na demanda de soluções. A OCDE tem, desde 2013, com o lançamento do projecto BEPS, tomado a dianteira. Neste âmbito, a acção 1 vem a apresentar no relatório final algumas opções de tratamento desta matéria. Pese embora no relatório sejam apresentadas três opções direccionadas aos desafios identificados, no âmbito da organização internacional não se chegou a um consenso que permitisse uma recomendação expressa de qualquer uma, tendo subsistido uma posição conservadora, evitando rupturas substanciais com as regras existentes e comumente aceites. A principal razão apontada para esta decisão reside na alegação de que as restantes acções promovidas no seio do projecto BEPS já, por outras vias, abordam e acautelam os desafios à tributação resultantes da economia digital.

Ainda assim, pareceu-nos pertinente o exame às possíveis soluções apresentadas no âmbito da acção 1, conjuntamente com as recomendações expostas no âmbito da acção 7, esta direccionada à prevenção de que a determinação de EE seja artificialmente evitada.

As propostas da acção 7, que se pretende sejam implementadas preferencialmente no âmbito do instrumento multilateral (a que se refere a acção 15), vêm abordar em especial as dificuldades de adaptabilidade do conceito de EE face ao surgimento de novos modelos de negócio. E, nesse âmbito, os trabalhos desenvolvidos na acção 7 distinguem duas estratégias frequentemente utilizadas pelos agentes económicos como forma de evitar a existência de EE

em determinados Estados. São estas a utilização de contractos de comissão e o aproveitamento das excepções previstas no número 4 do artigo 5º da CM OCDE.

No intuito de extinguir estas práticas, a OCDE veio propor alterações à redacção do artigo e acrescentar comentários à sua interpretação. Por um lado, altera-se a definição de agente dependente, alargando-se a sua abrangência, por outro encontramos a tentativa de aclarar os conceitos de actividades preparatórias e auxiliares, de forma a evitar que actividades actualmente essenciais a determinados negócios sejam assim classificadas. Em complemento a estas medidas, ainda na acção 7 é proposta a introdução de uma regra de anti fragmentação no texto do artigo 5º, visando impedir a segregação de actividades dentro do mesmo grupo económico com o objectivo de evitar a existência de EE. Em suma, as soluções propostas nesta acção indiciam um alargamento do conceito de EE, o qual passa a abranger novas realidades.

A acção 1 do projecto BEPS, como referimos, vem por sua vez identificar três hipóteses de tratamento dos desafios à tributação levantados pela economia digital, onde se incluem a criação de um novo elemento de conexão baseado no conceito de presença económica significativa, a criação de uma retenção na fonte sobre transacções digitais e a implementação de um imposto de equiparação. Estas opções são apresentadas individualmente mas com a sugestão de aplicação combinada.

A possibilidade de adopção de um novo elemento de conexão baseado no conceito de presença económica significativa parece-nos se apresentar como a opção mais próxima às especificidades estudadas referentes à economia digital, pois deixa de lado os conceitos rígidos de fisicalidade ou permanência (inerentes ao actual conceito de EE), para se focar em factores que demonstrem uma relação com a economia de um Estado, como o rendimento obtido de forma sustentada nesse Estado, as plataformas digitais direccionadas ao território e seus respectivos utilizadores. Embora a avaliação de todos os factores nem sempre seja de fácil concretização, a principal dificuldade surge na fase da atribuição de lucros a determinada presença económica, tendo sido este um dos factores determinantes para o governo indiano na direcção a seguir aquando da aprovação de nova legislação.

Já as hipóteses de implementação de uma retenção na fonte sobre transacções digitais ou de um imposto de equiparação, quando consideradas individualmente, surgem como alternativas mais simples e, por essa via de implementação mais fácil, especialmente porque a base de incidência é determinada à partida: os pagamentos ou as transacções relacionados com não residentes. Contudo, demonstram a possibilidade de ocorrência de incompatibilidades com os

tratados em vigor, quer estejamos a considerar os tratados de constituição e funcionamento na UE ou apenas as CDT. E, como vimos, é por aqui que se centram as muitas das críticas em relação à aplicação de um imposto de equiparação na Índia.

O caso apresentado para estudo, do imposto de equiparação indiano, reflecte as matérias que abordámos, demonstrando as preocupações do governo referentes à diminuição da receita fiscal e à necessidade de manutenção da neutralidade, seja esta considerada entre as várias formas de conduzir os negócios ou, de modo mais abrangente, entre a repartição do poder tributário entre os Estados. O estudo de caso logrou demonstrar, na prática, os principais desafios da economia digital à tributação de rendimento, designadamente as dificuldades decorrentes da caracterização de rendimentos da economia digital, tendo-as apresentado como factor impulsionador na demanda por novas soluções, ainda que estas venham a manifestar a sua natureza efémera ou abrangência limitada.

No acompanhamento dos trabalhos da OCDE nesta área, acabamos por constatar que apesar das preocupações que levaram à discussão, não se encontra ainda a vontade política para implementar alterações de fundo ao *status quo*, tendo-se apostado principalmente na já habitual tentativa de conformar velhas regras a novas realidades. Isto porque nos parece que a questão base que impede a evolução dos conceitos tradicionalmente aceites mantém-se na mesma dicotomia que perdura desde a assinatura dos primeiros tratados: a divisão do poder de tributação entre os Estados, a oposição entre os interesses de Estados tipicamente exportadores de capitais aos dos importadores.

Mas a economia digital é, por natureza, global. Ao ultrapassar barreiras jurisdicionais, impõe que a abordagem à questão da sua tributação seja supra nacional. Se os desafios à tributação levantados pela economia digital não se mitigarem por via das decisões tomadas nas restantes acções desenvolvidas no âmbito do projecto BEPS, em breve os montantes percebidos de erosão de base tributável, relacionados especificamente com esta matéria, tornar-se-ão in comportáveis para os orçamentos quer de Estados importadores, quer de exportadores de capital, forçando necessariamente à adopção de novas estratégias.

John Donne, poeta Inglês do século XVII, escreveu «*[n]o man is an island entire of itself; every man is a piece of the continent, a part of the main[...]*», da mesma forma, numa economia global nenhum país está só, nem por si só consegue resolver as dificuldades à tributação decorrentes da globalização e dos desenvolvimentos tecnológicos. As dificuldades que a economia digital levanta à tributação do rendimento só poderão ser resolvidas por via de consensos internacionais, se os agora granjeados não atingirem os objectivos pretendidos, outros

necessariamente terão de se alcançar. Pois como garante Bird (2005), as crises são as mães de todas as soluções.

Referências bibliográficas

AGRAWAL, Mansi - India at the Forefront in Implementing BEPS-Related Measures : Equalization Levy in Line with Action 1. **International Transfer Pricing Journal**. 23:4 (2016) 323–326.

ANACOM - **O Comércio Electrónico Em Portugal - O Quadro Legal E O Negócio** [Em linha]. [S.l.] : ICP - Autoridade Nacional de Comunicação, 2004 [Consult. 5 mai. 2015]. Disponível em WWW:<URL:http://www.anacom.pt/render.jsp?contentId=718378#.VUkpNflVikp>. ISBN 972-786-011-7.

AVI-YONAH, Reuven S. - Three steps forward, one step back? Reflections on «google taxes» and the destination-based corporate tax. **Nordic Tax Journal**. 2:2016) 69–76. doi: 10.1515/ntaxj-2016-0007.

BASAK, Sayan - Equalization Levy: A New Perspective of E-Commerce Taxation. **Intertax**. . ISSN 0165-2826. 44:11 (2016) 845–852.

BBC NEWS - Hungary internet tax cancelled after mass protests. **BBC News**. [Em linha] (31 out. 2014). . Disponível em WWW:<URL:http://www.bbcnews.com/news/world-europe-29846285>.

BIRD, Richard M. - **Taxing Electronic Commerce: The End of the Beginning?** [Em linha]. Toronto : Institute of International Business - University of Toronto, 2005 [Consult. 11 dez. 2016]. Disponível em WWW:<URL:https://www.researchgate.net/publication/24137653_Taxing_Electronic_Commerce_The_End_of_the_Beginning>.

CARDONA, Celeste - 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**. Lisboa : Centro de Estudos Fiscais, 1995. ISBN 972-653-141-1. p. 247–277.

CENTRAL INTELLIGENCE AGENCY - **The World Factbook** [Em linha], atual. 2016. [Consult. 11 dez. 2016]. Disponível em WWW:<URL:https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/in.html>.

CHANCHANI, Madhav; ALAWADHI, Neha; DAVE, Sachin - **Equalisation levy of 6 % on digital ad : Government finds a way to tax companies like Google , Facebook** [Em linha], atual. 2016. [Consult. 11 dez. 2016]. Disponível em WWW:<URL:http://economictimes.indiatimes.com/news/economy/policy/equalisation-levy-of-6-on-digital-ad-government-finds-a-way-to-tax-companies-like-google-facebook/articleshow/51216310.cms>.

CHARTERED INSTITUTE OF TAXATION (CIOT) - **BEPS Action 7: Preventing the artificial avoidance of PE status Response by the Chartered Institute of Taxation to OECD Revised Discussion Draft**

CLIFFORD CHANCE - **BEPS Action 7 – what do the OECDs new permanent establishment proposals mean for business?** [Em linha]. London : [s.n.] Disponível em WWW:<URL:https://www.cliffordchance.com/briefings/2015/10/beps_action_7_whatdoth

eoecdsnewpermanen.html>.

COMISSÃO EUROPEIA - **Report of the Commission Expert Group on Taxation of the Digital Economy** [Em linha]. Bruxelas : Comissão Europeia, 2014 [Consult. 8 abr. 2015]. Disponível em WWW:<URL:http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/taxation/gen_info/good_governance_matters/digital/report_digital_economy.pdf>.

COMMITTEE ON TAXATION OF E-COMMERCE - **Proposal for Equalization Levy on Specified Transactions QUALIZATION LEVY ON SPECIFIED TRANSACTIONS (Report of the Committee on Taxation of E-Commerce)**. [S.l.] : Government of India, 2016

COURINHA, Gustavo Lopes - **A residencia no Direito Internacional Fiscal - Do Abuso Subjectivo de Convenções**. Lisboa : Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2011

DELOITTE - **OECD Tax Alert BEPS action 7: Preventing the artificial avoidance of PE status** [Em linha] Disponível em WWW:<URL:http://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/global/Documents/Tax/dt-tl-tax-alert-oecd-7-october-2015.pdf>.

EURONEWS - Hungary: Internet tax draws thousands out in protest. **Euronews**. [Em linha] (29 out. 2014). [Consult. 26 nov. 2016]. Disponível em WWW:<URL:http://www.euronews.com/2014/10/29/hungary-internet-tax-draws-thousands-out-in-protest>.

EUROSTAT - **E-Commerce in Europe - Results of the pilot surveys carried out in 2001**. Luxemburg : Office for Official Publications of the European Communities, 2002. ISBN 92-894-3594-1.

EY - OECD issues final report on the tax challenges of the digital economy under action 1. **Global Tax Alert**. San Jose, CA. [Em linha]October (2015). [Consult. 5 dez. 2016]. Disponível em WWW:<URL:http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/OECD_issues_final_report_on_the_tax_challenges_of_the_digital_economy_under_Action_1/\$FILE/2015G_CM5819_OECD_releases_final_report_on_Action_1.pdf>.

FRANCO, António De Sousa - O novo ambiente tecnológico e o Direito Fiscal. **Eurocontas**. Outubro (1999) 11–16.

GATES, Bill - Manage with the force of facts. Em **Business @ the Speed of Thought: Succeeding in the Digital Economy** [Em linha]. New York : Warner Books, Inc, 1999 [Consult. 21 set. 2016]. Disponível em WWW:<URL:https://books.google.pt/books?id=4Zs3AQAQAQBAJ&pg=PT2&lpg=PP1&focus=viewport&hl=pt-PT#v=onepage&q&f=false>. ISBN 0-446-52568-5

GULATI, Karnik - **Equalisation Levy: A toothless taxing tiger** [Em linha], atual. 2016. [Consult. 11 dez. 2016]. Disponível em WWW:<URL:http://www.tax-news.com/articles/Equalisation_Levy_A_toothless_taxing_tiger__573442.html>.

HADZHIEVA, Eli - **Tax Challenges in the Digital Economy**. Brussels : European Parliament, 2016. ISBN 978-92-823-9475-5.

HARRIS, Chris - ALL YOU NEED TO KNOW ABOUT HUNGARY'S INTERNET TAX
Chris. **Euronews**. [Em linha] (29 out. 2014). . [Consult. 26 nov. 2016]. Disponível em
WWW:<URL:http://www.euronews.com/2014/10/29/all-you-need-to-know-about-hungarys-internet-tax>.

IDC/ACEPI - Estudo IDC/ACEPI - Economia Digital em Portugal. Em [Em linha]
Disponível em WWW:<URL:http://www.acepi.pt/download.php?f=estudo economia digital-ACEPI-IDC-2012-2017.pdf>.

INCOME TAX DEPARTMENT - GOVERNMENT OF INDIA - **Tax Deducted at Source (TDS)** [Em linha], atual. 2016. [Consult. 11 dez. 2016]. Disponível em
WWW:<URL:http://www.incometaxindia.gov.in/charts_tables/withholding_tax_rates.htm>.

KLUWER INTERNATIONAL - **Indian equalisation levy – progressive or regressive?**
[Em linha], atual. 2016. [Consult. 11 dez. 2016]. Disponível em
WWW:<URL:http://kluwertaxblog.com/2016/06/27/indian?equalisation?levy?progressive?regressive/>.

LAM, Carmelo - **BEPS Action 7 : how the OECDs proposals to redefine a PE could affect multinationals** [Em linha], atual. 2016. [Consult. 3 dez. 2016]. Disponível em
WWW:<URL:https://www.dlapiper.com/en/australia/insights/publications/2016/02/global-tax?news?feb?2016/beps?action?7/>.

LEINER, Barry M. *et al.* - **A brief History of the Internet** [Em linha], atual. 1997. [Consult. 5 set. 2016]. Disponível em
WWW:<URL:http://www.isoc.org/oti/printversions/0797prleiner.html>.

LI, Jinyan - Protecting the Tax Base in the Digital Economy. Em TREPILKOV, ALEXANDER; TONINO, HARRY; HALKA, DOMINIKA (Eds.) - **United Nations Handbook on Selected Issues in protecting the Tax Base of Developing Countries**. New York : United Nations, 2015. ISBN 978-92-1-159109-5. p. 407–449.

MACHADO, Jonatas E. M.; COSTA, Paulo Nogueira - Direito Internacional Tributário. Em **Manual de Direito Fiscal : Perspectiva Multinível**. Coimbra : Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6465-9. p. 153–213.

MANYIKA, James *et al.* - **Big data: The next frontier for innovation, competition, and productivity** [Em linha]. [S.l.] : McKinsey Global Institute, 2011 [Consult. 25 set. 2016]. Disponível em
WWW:<URL:http://www.mckinsey.com/~media/McKinsey/Business Functions/Business Technology/Our Insights/Big data The next frontier for innovation/MGI_big_data_full_report.ashx>. ISBN 978-0983179696.

MOHAMED, Shehan; HOGAN, Oliver - **Data on the Balance Sheet** [Em linha]. London : SAS, 2013 [Consult. 7 nov. 2016]. Disponível em
WWW:<URL:http://www.sas.com/offices/europe/uk/downloads/bigdata/cebr_databalancesheet.pdf>.

OCDE - **Modelo de Convenção Fiscal sobre o Rendimento e o Património**. Cadernos de ed. Lisboa : Centro de Estudos Fiscais, 2008. ISBN 978-972-653-176-0.

OCDE - Hearings - The Digital Economy - 2012 (DAF/COMP(2012)22) Competition Issues in Electronic Commerce OCDE Publishing, , 2012. [Consult. 6 set. 2016]. Disponível em

WWW:<URL: <http://www.oecd.org/daf/competition/The-Digital-Economy-2012.pdf>>.

OCDE - **Combate à Erosão da Base Tributária e à Transferência de Lucros** [Em linha]. Paris : OCDE Publishing, 2013 [Consult. 25 abr. 2015]. Disponível em WWW:<URL: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264201248-pt>>. ISBN 9789264201248.

OCDE - **Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, OECD/G20 Base Erosion and Shifting Project, Action 1: 2014 Deliverable, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project**. Paris : OECD Publishing, 2014. ISBN 9789264202719.

OCDE - **BEPS Action 1: Address the tax challenges of the Digital Economy, Public Discussion Draft** [Em linha]. Paris : OECD Publishing, 2014 Disponível em WWW:<URL: <http://www.oecd.org/ctp/tax-challenges-digital-economy-discussion-draft-march-2014.pdf>>.

OCDE - **Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 - 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting** [Em linha]. Paris : OECD Publishing, 2015 [Consult. 6 set. 2016]. Disponível em WWW:<URL: <http://www.oecd-ilibrary.org.ez.urosario.edu.co/docserver/download/2314251e.pdf?expires=1429553838&id=id&accname=guest&checksum=446CDC8269DEAE27FEB0B6D9820B9960>>. ISBN 9789264218789.

OCDE - **Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status Action 7: 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project**. Paris : OECD Publishing, 2015. ISBN 978-92-64-24122-0.

OLTERMANN, Philip - Hungary's prime minister scraps draft law taxing internet use | World news | The Guardian. **The Guardian**. [Em linha] (31 out. 2014). . [Consult. 26 nov. 2016]. Disponível em WWW:<URL: <https://www.theguardian.com/world/2014/oct/31/hungary-prime-minister-viktor-orban-scraps-draft-internet-tax-law>>.

PARIK, Nupur - **How the government's 6pc equalisation levy on digital ads is going to affect Indian startups** [Em linha], atual. 2016. [Consult. 11 dez. 2016]. Disponível em WWW:<URL: <https://yourstory.com/2016/06/digital-ads-levy-indian-startups/>>.

PEREIRA, Paula Rosado - Principios operativos do direito fiscal internacional. Em **Principios do Direito Fiscal Internacional - do paradigma clássico ao Direito Fiscal Europeu**. Coimbra : Almedina, 2010. ISBN 978-972-40-4379-1. p. 85–243.

PEREIRA, Paula Rosado - Em Torno dos Princípios do Direito Fiscal Internacional. Em CATARINO, JOÃO RICARDO; GUIMARÃES, VASCO BRANCO (Eds.) - **Lições de Fiscalidade - 2ºV. Gestão e Planeamento Fiscal Internacional**. Coimbra : Almedina, 2015. ISBN 978-972-40-6089-7. p. 201–252.

PIRES, Manuel - Regras de tributação. Em **Da Dupla Tributação Jurídica Internacional Sobre o Rendimento**. Lisboa : Centro de Estudos Fiscais - Direcção Geral das Contribuições e Inpostos, 1984. p. 730–752.

PIRES, Rita Calçada - 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, 2011. ISBN 978-972-40-4402-6. p. 211–275.

PIRES, Rita Calçada - **Tributação Internacional do Rendimento Empresarial Gerado Através do Comércio Electrónico - Desvendar mitos e construir realidades**. Coimbra : Almedina, 2011. ISBN 978-972-40-4402-6.

PIRES, Rita Calçada - Moldura Sócio-económica do mundo hodierno. Retrato do nosso tempo e do nosso direito. Em **Tributação Internacional do Rendimento Empresarial Gerado Através do Comércio Electrónico: desvendar mitos e construir realidades**. Coimbra : Almedina, 2011. ISBN 978-972-40-4402-6. p. 37–72.

PIRES, Rita Calçada - Avaliar e determinar a residência e a fonte dos rendimentos empresariais gerados pelo comércio electrónico. Em **Tributação Internacional do Rendimento Empresarial Gerado Através do Comércio Electrónico: desvendar mitos e construir realidades**. Coimbra : Almedina, 2011. ISBN 978-972-40-4402-6. p. 339–442.

PRESIDÊNCIA DO CONSELHO DE MINISTROS - Documento Orientador da Iniciativa Nacional para o Comércio Electrónico. **Diário da República**. I Série-B:198 (1999) 5754–5762.

PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA - **CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE O DIREITO DOS TRATADOS** [Em linha] [Consult. 11 dez. 2016]. Disponível em WWW:<URL:http://www.gddc.pt/siii/im.asp?id=1588>.

PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA - **Tratados Internacionais** [Em linha] [Consult. 11 dez. 2016]. Disponível em WWW:<URL:http://www.gddc.pt/siii/im.asp?id=1588>.

PTI - **Government gets Rs 146 crore from equalisation levy till Dec 2016-17** [Em linha], atual. 2016. [Consult. 11 dez. 2016]. Disponível em WWW:<URL:http://economictimes.indiatimes.com/news/economy/finance/government-gets-rs-146-crore-from-equalisation-levy-till-dec-2016-17/articleshow/55893236.cms?prtpage=1>.

PWC - BEPS update. **Tax Policy Bulletin**. [Em linha]2016). [Consult. 3 dez. 2016]. Disponível em WWW:<URL:www.pwc.com>.

PWC - CBDT notifies Equalisation Levy Rules, 2016. **Tax Insights from India Tax and Regulatory Services**. [Em linha]2016). [Consult. 11 dez. 2016]. Disponível em WWW:<URL:https://www.pwc.in/assets/pdfs/news-alert-tax/2016/pwc_news_alert_1_june_2016_cbdt_notifies_equalisation_levy_rules_2016.pdf>.

RAO, Shreya - The Indian Equalisation Levy: Inelegant But Not Unexpected. **NLS Business Law Review**. ISSN 2850608. 2:May (2016) 25–48. doi: 10.1146/annurev.earth.31.100901.141251.

REPUBLIC OF INDIA - The Finance Act. [Em linha]2016). Disponível em WWW:<URL:http://caquery.com>.

RICARDO, Joaquim Fernando - Código do Imposto sobre pessoas Colectivas. Em **Direito Tributário 2016 - Colectânea de legislação**. 18. ed. Porto : Vida Económica, 2016. ISBN 9789897682322

ROCHA, Isabel (ED.) - **Tratados da União Europeia**. 2. ed. Porto : Porto Editora, 2013. ISBN 978-972-0-01792-5.

SANGHVI, Rashmin - «**How to tax e-commerce businesses?**» - **Equalisation Levy is an answer** [Em linha], atual. 2016. [Consult. 11 dez. 2016]. Disponível em WWW:<URL:https://www.taxmann.com/Budget?2016?17/budget/t162/how?to?tax?e?commerce?businesses?equalisation?levy?is?an?answer.aspx>.

SKAAR, Arvid Aage - The history of the concept of PE. Em **Permanent establishment: erosion of a tax treaty principle**. Deventer, The Netherlands : Kluwer Law and Taxation Publishers, 1991. ISBN 90-6544-594-3. p. 71–101.

SOETE, Luc; KAMP, Karin - The 'bit tax': The case for further research. **Science and Public Policy** . . ISSN 03023427. 23:6 (1996) 353–360. doi: 10.1093/spp/23.6.353.

THE GUARDIAN - Hungarians march again in protest against internet tax plan. **The Guardian**. [Em linha] (29 out. 2014). . [Consult. 26 nov. 2016]. Disponível em WWW:<URL:https://www.theguardian.com/world/2014/oct/29/hungarians-protest-internet-tax-plan-orban>.

VARANASI, Samira; NAGAPPAN, Meyyappan - Financial Budget for 2016-2017: Has India Put Its BEPS Foot Forward? **Intertax, International Tax Review**. . ISSN 0165-2826. 44:6/7 (2016) 550–558.

VOGEL, Klaus - Worldwide vs. source taxation of income - A review and re-evaluation of arguments (Part I). **Intertax**. . ISSN 0165-2826. 8–9 (1988) 216–229.

VOGEL, Klaus - Worldwide vs. source taxation of income - A review and re-evaluation of arguments (part II). **Intertax**. . ISSN 0165-2826. 10 (1998) 310–320.

WAGH, Sagar - The Taxation of Digital Transactions in India : The New Equalization Levy. **Bulletin for Internation Taxation**. . ISSN 0007-4624. 70:9 (2016) 538–552.

XAVIER, Alberto - Limites das Leis. Em **Direito Tributário Internacional**. 2a. ed. Coimbra : Almedina, 2009. ISBN 978-972-40-3048-7. p. 3–30.

XAVIER, Alberto - Os Elementos de Conexão. Em **Direito Tributário Internacional**. 2. ed. Coimbra : Almedina, 2009. ISBN 978-972-40-3048-7. p. 223–475.

XAVIER, Alberto - Estabelecimento Estável. Em **Direito Tributário Internacional**. 2. ed. Coimbra : Almedina, 2009. ISBN 978-972-40-3048-7. p. 306–350.