



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

# **Tributação do Comércio Eletrónico**

## **O impacto dos Planos de Ação 1 e 7 do BEPS no conceito de Estabelecimento Estável**

Ana Luísa Vaz Fontes

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2017



Universidade Católica Portuguesa – Porto

Escola de Direito

Mestrado em Direito Fiscal

Dissertação de Mestrado

# **Tributação do Comércio Eletrónico**

## **O impacto dos Planos de Ação 1 e 7 do BEPS no conceito de Estabelecimento Estável**

Realizada por:  
Ana Luísa Vaz Fontes

Orientada por:  
Doutor João Sérgio Ribeiro

Porto  
2017

*It cannot be helped, it is as it should be,  
that the law is behind the times.*

— Oliver Wendell Holmes Jr.

## ***AGRADECIMENTOS***

São muitas as pessoas que direta ou indiretamente contribuíram para a realização da presente Dissertação.

Em especial, quero agradecer ao Professor Doutor João Sérgio Ribeiro, pela sua orientação, pelo saber transmitido e pela total colaboração no solucionar de dúvidas e problemas que foram surgindo ao longo da realização deste trabalho.

Também ao meu Patrono, pelos seus conselhos e compreensão demonstrada.

Ainda aos meus amigos pelas suas constantes palavras de incentivo.

Finalmente, aos meus pais, ao meu irmão e ao Igor, pela sua paciência, carinho e apoio constantes, neste e em todos os momentos da minha vida.

## ***LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS***

Al.	Alínea
Art.	Artigo
BEPS	<i>Base Erosion and Profit Shifting</i>
B2C	<i>Business to Consumer</i>
B2B	<i>Business to Business</i>
CDT	Convenções para eliminar a Dupla Tributação
CEN	<i>Capital Export Neutrality</i>
CIN	<i>Capital Import Neutrality</i>
Cit.	Citado
Cfr.	Confrontar
Comentário	Comentário anexo à Convenção Modelo da OCDE
Convenção	Convenção Modelo da OCDE
CSP	<i>Cloud Service Provider</i>
C2C	<i>Consumer to Consumer</i>
DFI	Direito Fiscal Internacional
DT	Dupla Tributação
Ed.	Edição
EDI	<i>Electronic Data Interchange</i>
EE	Estabelecimento Estável
<i>Et al</i>	E outros
G20	Grupo dos 20 países mais desenvolvidos e industrializados
<i>Id.</i>	<i>Idem</i>
<i>i.e.</i>	<i>id est</i> (isto é)
ISP	<i>Internet Service Provider</i>
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico
OECE	Organização Europeia de Cooperação Económica
Op. Cit.	<i>opus citatum</i> (obra citada)
P./ PP.	página/páginas
<i>Site</i>	Sítio na Internet
ss.	Seguintes
TFDE	<i>Task Force on the Digital Economy</i>
TIC	Tecnologias da Informação e Comunicação
Vd.	<i>Vide</i>
v.g.	<i>Verbi gratia</i> (por exemplo)
Vol.	Volume

## ÍNDICE

<b>LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS</b> .....	<b>I</b>
<b>RESUMO</b> .....	<b>III</b>
<b>ABSTRACT</b> .....	<b>IV</b>
<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>1</b>
<b>1. ESTABELECIMENTO ESTÁVEL</b> .....	<b>4</b>
1.1. ENQUADRAMENTO SISTEMÁTICO .....	4
1.2. ENQUADRAMENTO HISTÓRICO-FUNCIONAL .....	8
1.3. O CONCEITO DE EE NA CONVENÇÃO MODELO DA OCDE .....	11
1.3.1. <i>EE Instalação Física</i> .....	11
1.3.2. <i>EE Agência</i> .....	13
1.3.3. <i>Atividades preparatórias ou auxiliares</i> .....	16
<b>2. A DIGITALIZAÇÃO DA SOCIEDADE E O COMÉRCIO ELETRÔNICO</b> <b>18</b>	
2.1. ECONOMIA DIGITAL .....	18
2.2. COMÉRCIO ELETRÔNICO .....	19
2.2.1. <i>Âmbito, definição e características</i> .....	19
2.2.2. <i>Classificações</i> .....	21
<b>3. PROBLEMAS COM QUE SE DEBATE O CONCEITO DE EE NO</b> <b>DOMÍNIO DO COMÉRCIO ELETRÔNICO</b> .....	<b>23</b>
3.1. AS NOTAS CARACTERIZADORAS DO COMÉRCIO ELETRÔNICO COMO AGENTES EROSIVOS DO CONCEITO DE EE.....	23
3.1.1. <i>Desmaterialização</i> .....	24
3.1.2. <i>Desintermediação</i> .....	26
3.1.3. <i>Fragmentação das atividades</i> .....	27
3.2. AS CONSEQUÊNCIAS .....	28
3.2.1. <i>Perdas de receita nos Estados-fonte</i> .....	28
3.2.2. <i>Desequilíbrio na distribuição internacional dos impostos</i> .....	29
3.2.3. <i>Aumento da pressão fiscal sobre alguns sujeitos passivos</i> .....	29
3.3. OS SERVIDORES COMO EE: UMA PRIMEIRA SOLUÇÃO DA OCDE .....	30
<b>4. AS MEDIDAS BEPS</b> .....	<b>34</b>
4.1. A OPÇÃO PELA MANUTENÇÃO DOS PRINCÍPIOS TRADICIONAIS DE DFI E DO CONCEITO DE EE (PLANO DE AÇÃO 1) .....	34
4.2. O NOVO ART. 5º, Nº 4 (PLANO DE AÇÃO 7).....	37
4.2.1. <i>Introdução de uma condição “preparatória ou auxiliar”</i> .....	37
4.2.2. <i>Nova regra anti fragmentação</i> .....	40
4.3. IMPLEMENTAÇÃO DAS MEDIDAS ADOTADAS ATRAVÉS DA CONVENÇÃO MULTILATERAL .....	42
<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>44</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	<b>46</b>

## **RESUMO**

Intitulada “**Tributação do Comércio Eletrônico: o impacto dos Planos de Ação 1 e 7 do BEPS no conceito de Estabelecimento Estável**”, esta dissertação pretende ser um instrumento de avaliação dos efeitos das referidas medidas (incluídas no recente Projeto BEPS da OCDE), na tributação na fonte dos rendimentos das sociedades comerciais que atuam no domínio do comércio eletrônico, cuja adoção implicará uma alteração à definição de Estabelecimento Estável (EE), prevista no art. 5º da Convenção Modelo da OCDE.

Para alcançar os objetivos que nos propomos, partimos de um estudo da inserção do conceito de EE no sistema fiscal internacional, as suas origens, função na repartição das receitas tributárias no espaço e como vem definido no texto da Convenção, seguido do que consideramos ser comércio eletrônico, algumas das suas classificações e o seu enquadramento no seio da economia digital. Analisámos as principais notas que o caracterizam e as suas possíveis implicações na tributação do rendimento das sociedades comerciais no espaço, designadamente, ao nível da manipulação do conceito de EE pelas multinacionais, principais agentes da economia digital e globalizada, tendo identificado algumas das consequências, no nosso entender, mais prejudiciais.

Atendendo ao âmbito do nosso trabalho, entendemos que nos deveríamos cingir às propostas que mais diretamente versam sobre os previamente identificados problemas tributários decorrentes do comércio eletrônico: a opção pela manutenção do conceito de EE e a alteração ao art. 5º, nº 4 da Convenção, relativo às atividades preparatórias ou auxiliares.

Embora as medidas adotadas possam não ser aptas a solucionar definitivamente os problemas que o comércio eletrônico coloca ao Direito Fiscal Internacional (DFI) e aos conceitos tradicionais em que assenta, designadamente, o de EE, reconhecemos que a avaliação global dos seus efeitos será positiva, devendo o Projeto BEPS ser encarado como um primeiro passo no sentido de uma verdadeira reforma do DFI, assente em paradigmas adequados às necessidades da sociedade contemporânea.

Palavras-chave: Tributação; Comércio Eletrônico; Estabelecimento Estável; OCDE; Convenção Modelo; BEPS; Plano de Ação 1; Plano de Ação 7.

## ***ABSTRACT***

Entitled "**Taxation of E-Commerce: the impact of BEPS Actions 1 and 7 on the concept of Permanent Establishment**", this dissertation intends to be an instrument for assessing the effects of such measures (included in the recent OECD BEPS Project), on e-commerce income taxation at the source level, which will undergo a change to the current definition of Permanent Establishment (PE), provided for in art. 5° of the OECD Model Convention.

To achieve the defined goals, we began with a study of the international tax system, PE origins, its role in the allocation of tax revenue between countries and how it is currently defined in the text of the OECD Model Convention, followed by what we consider to be e-commerce, a reference to some of its classifications and its scope within the digital economy. We have looked at the e-commerce main characteristics and its implications on international corporate income taxation, particularly at the level of the PE manipulation by multinational enterprises (MNEs), major actors of the digital and globalised economy, having identified some of the, in our opinion, more harmful consequences.

Considering the scope of our work, we believe that we should stick to the proposals which more directly regard the previously identified taxation issues arising from e-commerce: the option of maintaining de PE concept and the art. 5°, n° 4 amendment, concerning the preparatory or ancillary activities.

Although the adopted measures may not be able to solve all the problems that e-commerce poses to International Tax Law (ITL) and the traditional concepts underpinning, namely, the one of PE, it is recognized that the overall assessment of their effects will be positive and that the BEPS Project should be seen as a first step towards a genuine reform of the ITL, based on appropriate paradigms considering the contemporary society needs.

Keywords: Taxation; E-commerce; Permanent Establishment; OECD; Model Convention; BEPS; Action 1; Action 7.

## *INTRODUÇÃO*

O comércio eletrónico, marcadamente desmaterializado, onde as noções de tempo e espaço se desvanecem, apesar de todas as suas virtudes, veio pôr em causa os princípios clássicos de tributação internacional, que deixam de fazer sentido nesta nova economia, globalizada e tão etérea quanto o espaço virtual em que se movimenta.

Considerado por Vito Tanzi<sup>1</sup> como a primeira das térmitas fiscais, o comércio eletrónico alterou drasticamente o carácter fiscal das transações comerciais, fazendo “xeque-mate” ao Estado Fiscal como hoje o conhecemos.

Os seus efeitos são especialmente prejudiciais no que respeita à figura do Estabelecimento Estável (EE), demonstrando a sua, cada vez mais, inegável, inaptidão para traduzir a atual realidade digital.

Conseguindo hoje as sociedades comerciais atuar sem qualquer referência a um território, é-lhes possível ter uma presença significativa na economia de um determinado país sem, no entanto, o fazerem por intermédio de um EE, frustrando as expetativas dos Estados da fonte quanto ao seu direito a tributar os rendimentos obtidos dentro do seu território.

O tendencial sentimento de descontentamento face a esta realidade, potenciado pela atenção dos meios de comunicação social para os mais recentes escândalos de elisão fiscal de grandes multinacionais, obrigou os líderes mundiais e as organizações de cooperação internacional a tomar uma atitude.

Num esforço conjunto da OCDE e G20, foi lançado, em 2013, o Projeto BEPS,<sup>2</sup> numa resposta à necessidade absoluta de tratar o problema da erosão da base fiscal das empresas e a transferência de lucros para zonas de baixa tributação. Este projeto é constituído por quinze ações específicas (planos de ação), cuja ideia fundamental é garantir que os lucros das empresas sejam tributados onde as atividades económicas que os geram decorrem e onde o valor é efetivamente criado.

---

<sup>1</sup> VITO TANZI, “Globalization, Technological Developments, and the Work of Fiscal Termites”, 26 *Brook. J. Int'l L.* (2001), pp. 1261-1264.

<sup>2</sup> OECD (2013), *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing (doravante apenas Projeto BEPS).

O plano BEPS contém dois planos de ação especialmente pertinentes neste âmbito:

- a) O *Plano de Ação 1 - Abordar os desafios da economia digital*<sup>3</sup> que, defendendo a manutenção do conceito de EE, propõe uma alteração ao art. 5º, nº 4 da Convenção Modelo da OCDE, referente às atividades consideradas preparatórias ou auxiliares, através da introdução de uma condição “preparatória ou auxiliar” e de uma nova regra anti fragmentação, que, em conjunto, irão reduzir o âmbito da denominada ‘lista negativa’;
- b) O *Plano de Ação 7 - Prevenir que se evite artificialmente o reconhecimento de Estabelecimento Estável*,<sup>4</sup> que irá desenvolver, no específico caso do comércio eletrônico, as propostas do Plano de Ação 1.

A adoção destas medidas terá implicações práticas ao nível do texto da Convenção Modelo da OCDE e respetivo Comentário, daí resultando ser de extrema importância uma análise meticulosa do impacto destas medidas no panorama fiscal internacional.

Impera também indagar se e como o BEPS vai ser de facto eficaz para combater a elisão fiscal característica dos negócios digitais, ao manter a figura histórica do EE como elemento concretizador do princípio da fonte, adaptando-a à factualidade digital existente, ou se, pelo contrário, urge encontrar outro tipo de conexão, adequado aos tempos etéreos em que vivemos, marcados pela inexistência de uma realidade palpável, caracterizada pelo esbatimento das fronteiras e pela integração de políticas fiscais e económicas.

Depois de termos consignado os pontos 1 e 2 do presente trabalho à definição dos conceitos operativos de EE e comércio eletrônico, no ponto 3 tratámos os problemas fiscais advenientes do comércio eletrônico que estão na origem da erosão do EE como elemento de conexão, algumas das suas consequências e qual o mérito da inclusão dos servidores como EE no Comentário à Convenção Modelo da OCDE. Por fim,

---

<sup>3</sup> OECD (2015), *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 – 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris (doravante apenas BEPS Ação 1).

<sup>4</sup> OECD (2015), *Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action 7 – 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris (doravante apenas BEPS Ação 7).

reservámos o ponto 4 para a análise das medidas adotadas nos Planos de Ação 1 e 7 do Projeto BEPS e avaliação crítica das mesmas.

## 1. ESTABELECIMENTO ESTÁVEL

### 1.1. ENQUADRAMENTO SISTEMÁTICO

Para uma melhor compreensão do conceito de EE, vamos neste ponto proceder a uma breve análise de alguns dos aspetos que compõem o sistema fiscal internacional, designadamente, a dualidade entre tributação na fonte e na residência e o significado da Convenção Modelo da OCDE (doravante designada apenas por Convenção).

Nas palavras de Casalta Nabais, “O Estado moderno apresenta-se por toda a parte como um “Estado fiscal”, ou seja, como um Estado que tem por suporte financeiro determinante ou típico a figura dos impostos”, sendo estes “o preço que pagamos por termos a sociedade que temos”.<sup>5</sup> E este Estado fiscal, soberano, é o detentor do poder tributário, entendido, num “sentido estrito ou técnico como o conjunto de poderes necessários à instituição e disciplina essencial dos impostos”.<sup>6</sup>

Ora, este poder sofre limitações, designadamente no atinente à sua eficácia espacial, que se rege pelo princípio da territorialidade. À luz daquele, as leis tributárias de um Estado só se aplicam aos factos que com o seu território tenham uma determinada conexão.

Tradicionalmente, este princípio referia-se à conexão com o território de elementos de carácter real ou objetivo dos factos tributários, como o local da situação dos bens, do exercício de uma atividade ou da fonte do rendimento, designada por territorialidade em sentido estrito ou da fonte (ou ainda territorialidade objetiva ou real). Todavia, a tendência no sentido de uma personalização da tributação, fomentada pela internacionalização da economia e pela desmaterialização dos pressupostos de facto dos impostos conduziram à adoção de elementos subjetivos ou pessoais da situação tributária, como a sede, domicílio ou residência do sujeito passivo titular do rendimento, designada por territorialidade pessoal ou subjetiva.<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup> CASALTA NABAIS, *Direito Fiscal*, Almedina, Coimbra, 3ª Ed., 2001, pp. 129-130.

<sup>6</sup> CASALTA NABAIS, *O dever fundamental de pagar impostos*, Almedina, Coimbra, 1998, p. 277.

<sup>7</sup> RICHARD L. DOERNBERG *et al.*, *Electronic Commerce and Multi-Jurisdictional Taxation*, Kluwer Law International, Holanda (2001), p. 73 e ss; ALBERTO XAVIER, *Direito Tributário Internacional*, Almedina, Coimbra (1997), p. 22 e ss; CASALTA NABAIS, *Direito Fiscal*, cit., p. 230-231; e PAULA

São os Estados, munidos de *ius imperii*, que vão determinar quais os elementos das situações da vida que irão valorar como os mais aptos a aferir da conexão dos factos tributários ao seu território, consoante a sua política económica e fiscal.

A adoção, por parte de um Estado, do princípio da territorialidade subjetiva implica, por via de regra, que o elemento de conexão eleito seja a residência do sujeito passivo beneficiário do rendimento,<sup>8</sup> sendo por isso denominado princípio da tributação na residência.

Este princípio caracteriza-se por ser o que melhor garante a neutralidade fiscal no que respeita à decisão sobre onde investir (“*Capital-export neutrality*” ou CEN),<sup>9</sup> sendo, por isso, tradicionalmente defendido pelos países exportadores de capitais, onde as empresas habitualmente têm a sua residência.<sup>10</sup> Subjaz, também, à adoção deste princípio a teoria do benefício, ou seja, o país da residência terá direito a uma parte dos lucros obtidos pelas empresas residentes no seu território, através da imposição de impostos, em troca de lhes ter proporcionado determinados serviços públicos.

Por sua vez, quando um Estado adota o princípio da territorialidade em sentido estrito escolhe como elemento da situação da vida para aferir da conexão ao seu território características objetivas, materiais, sendo, as mais das vezes, a localização da origem dos rendimentos obtidos pelo sujeito passivo, designado por princípio da tributação na fonte.

Este princípio é tradutor das pretensões dos países menos desenvolvidos, tradicionalmente importadores, garantindo a neutralidade ao assegurar que todos os que investem num determinado país o fazem em pé de igualdade (“*capital-import neutrality*” ou CIN).

---

ROSADO PEREIRA, “Em Torno dos Princípios do Direito Fiscal Internacional”, in *Lições de Fiscalidade, Gestão e Planeamento Fiscal Internacional*, vol. II, Almedina (2015), p. 223, nota 30.

<sup>8</sup> Para os efeitos do presente trabalho vamos adotar uma noção ampla de residência, entendida como o local onde a empresa tem a sua sede ou direção efetiva.

<sup>9</sup> BRIAN ARNOLD, “Article 5: Permanent Establishment”, *Global Tax Treaty Commentaries*, IBFD (2014).

<sup>10</sup> A lei interna dos países adota, por norma, o princípio de tributação de base mundial dos seus residentes, *i.e.*, tributarão todos os seus rendimentos, obtidos ou não nesse território, exatamente para garantir a CEN, não discriminando os residentes que só obtivessem rendimentos em território nacional, sujeitos à taxa em vigor, e os que auferissem, total ou parcialmente, rendimentos fora do país, onde poderiam ser sujeitos a taxas mais reduzidas.

Também aqui o princípio do benefício influi na sua justificação, entendendo-se que o Estado de onde brota o rendimento auferido pelo sujeito passivo deve igualmente ser recompensado pelo custo que teve com a disposição de serviços públicos que possibilitaram a obtenção daquele mesmo rendimento. Não obstante a oferta dos serviços tradicionais, há toda uma infraestrutura legal necessária para o correto funcionamento dos negócios aí prosseguidos. Nas palavras de T.S. Adams, “Uma grande parte da despesa de um Estado deriva da necessidade de manter um ambiente adequado à prossecução das atividades empresariais”,<sup>11</sup> *i.e.*, beneficiando as empresas da existência de uma sociedade civilizada, devem ajudar a pagar o preço da mesma.<sup>12</sup> Um segundo fundamento para a tributação na fonte pode ser encontrado no denominado conceito de “*entitlement*”, uma teoria assente no reconhecimento de que um Estado tem um certo direito a comungar nos lucros obtidos dentro das suas fronteiras.<sup>13</sup> Ora, para além dos recursos naturais, entende-se que o mero aproveitamento por parte de uma sociedade do poder de mercado de um dado país é igualmente fundamento para este se arrojar a tributar os lucros daí provenientes.<sup>14</sup>

Aquando da tributação no espaço dos rendimentos empresariais temos então dois princípios de tributação que se cumulam. Em consequência, quando uma empresa obtenha rendimentos noutra país que não o da sua residência, esses rendimentos poderão ser tributados quer no Estado da residência quer no Estado da fonte se, à luz das suas leis internas, ambos estabelecerem que há uma conexão entre o facto tributário (seja pela valoração dos seus elementos objetivos ou subjetivos) e o seu território.

É aqui que surge o Direito Fiscal Internacional (DFI),<sup>15</sup> a regular as situações fiscais internacionalmente plurilocalizadas, ou seja, quando uma mesma situação da

---

<sup>11</sup> T.S. ADAMS, “The Taxation of Business”, *Proceedings of the National Tax Association* (1917) (nossa tradução).

<sup>12</sup> ARTHUR J. COCKFIELD, “Reforming the permanent establishment principle through a quantitative economic presence test”, 38 *Can. Bus. L. J.* (2003), pp. 400-422; BEPS Ação 1, p. 26.

<sup>13</sup> PEGGY MUSGRAVE, “Principles for Dividing the State Corporate Tax Base”, in *The State Corporation Income Tax: Issues in Worldwide Unitary Combination*, Hoover Institution Press (1984), pp. 228-246.

<sup>14</sup> Neste sentido, Vd. BRIAN ARNOLD, *op. cit.* e PEGGY MUSGRAVE, “Sovereignty, Entitlement, and Cooperation in International Taxation”, 26 *Brook. J. Int'l L.* (2001), p. 1341.

<sup>15</sup> Difere do Direito Internacional Fiscal, constituído por normas de direito público, cuja a violação dará origem a problemas de direito internacional público, como o da responsabilidade internacional dos Estados.

vida se encontra “vinculada ao ordenamento de mais do que um país por elementos de conexão que tendem a referi-la a mais do que um Estado”.<sup>16</sup>

Com efeito, sendo legítimo convocar diferentes elementos de conexão relativamente ao mesmo tipo de imposto, estamos então confrontados com um problema de dupla tributação (DT),<sup>17</sup> regulado pelo DFI através da sua mais importante fonte, as Convenções para Evitar a Dupla Tributação (CDT), tratados bilaterais, através dos quais os Estados contratantes aceitam, por comum acordo, limitar os seus poderes tributários.

Numa CDT existe poder tributário se e na medida em que ele exista nas leis internas de cada Estado contratante e estes, ao sujeitarem-se às normas convencionais, concordam em restringir esse mesmo poder, preexistente.<sup>18</sup> Ao pôr dois Estados de acordo quanto aos elementos que naquela situação de facto são os mais relevantes, consoante o tipo de rendimento, evita-se assim a DT. Apesar de alguns ordenamentos jurídicos conterem normas unilaterais para a sua mitigação, não são nem em número suficiente, nem atuam de forma concertada, podendo, por vezes, resultar num agravar das situações de DT ou em situações de dupla não tributação,<sup>19</sup> motivo pelo qual as CDT desempenham aqui um papel fundamental.

Ora, das centenas de CDT a vigorar, a sua maioria baseia-se na Convenção<sup>20</sup> que, funcionando como uma convenção-tipo, ou utilizando os seus exatos termos ou fazendo pequenas alterações de acordo com os seus interesses e a relação específica entre ambos, os países signatários utilizam como base para a elaboração de um tratado

---

<sup>16</sup> ALBERTO XAVIER, op. cit., p. 4. No mesmo sentido, Vd. CASALTA NABAIS, *Direito Fiscal*, cit., p. 102.

<sup>17</sup> “Dupla tributação é um conceito com que no Direito Tributário se designam os casos de concurso de normas. Como se sabe, há concurso de normas quando o mesmo facto se integra na previsão de duas normas diferentes. Assim, há concurso de normas em Direito Tributário quando o mesmo facto se integra na hipótese de incidência de duas normas tributárias materiais distintas, dando origem à constituição de mais do que uma obrigação de imposto”, ALBERTO XAVIER, op. cit., p. 31.

<sup>18</sup> KLAUS VOGEL, “Double Tax Treaties and Their Interpretation”, 4 *Int'l Tax & Bus. Law*. (1986), pp. 23-27; R. DOERNBERG *et al.*, *Electronic Commerce...*, cit., p. 72.

<sup>19</sup> Pode acontecer que uma dada situação da vida, plurilocalizada, não preencha nenhum dos elementos de conexão relevantes para que possa haver lugar a tributação, originando uma situação de dupla não tributação ou de vácuo.

<sup>20</sup> OECD (2015), *Model Tax Convention on Income and on Capital 2014 (Full Version)*, OECD Publishing.

concreto.<sup>21</sup> É por isso incontornável a sua relevância como instrumento fundamental de uniformização da estrutura, regras e conceitos do DFI.<sup>22</sup>

A sua origem encontra-se no trabalho iniciado pela Sociedade das Nações, que primeiro se concentrou em assimilar os tratados já existentes e a partir daí desenvolveu modelos uniformes para que servissem de base a convenções ulteriores.<sup>23</sup> A OECE (Organização Europeia de Cooperação Económica), em 1955, deu continuidade aos trabalhos da organização antecessora, tendo a Convenção ficado concluída já com a OCDE, em 1963,<sup>24</sup> e sido oficialmente publicada em 1977.

A Convenção vem acompanhada por um Comentário<sup>25</sup> detalhado, artigo a artigo, tendo-se tornado um importante instrumento de interpretação das CDT inspiradas neste modelo. Defendendo a OCDE uma interpretação dinâmica (ou ambulatória) da Convenção,<sup>26</sup> tal significa que quaisquer alterações ao Comentário devem ser tidas em consideração aquando da aplicação de uma CDT que tenha por base aquela.<sup>27</sup>

Para termos uma visão geral da temática, o estudo da figura do EE vai ser desenvolvido, precisamente, à luz desta Convenção, visto ser impossível uma análise individual do conceito em cada sistema.

## 1.2. ENQUADRAMENTO HISTÓRICO-FUNCIONAL

Pese embora a figura do EE tenha uma origem mais antiga, proveniente da tradição jurídica alemã, o âmago do atual conceito ficou plasmado no tratado entre o Império Austro-húngaro e a Prússia, concluído em 1899, reconhecido como sendo o

---

<sup>21</sup> BEPS Ação 1, p. 24.

<sup>22</sup> Na senda da Convenção da OCDE encontramos também a Convenção Modelo da ONU (1980), não tão amplamente difundida e projetada essencialmente para as relações entre países desenvolvidos e menos desenvolvidos, sobre a qual não nos vamos debruçar no presente trabalho.

<sup>23</sup> Modelos de Genebra (1928), Convenção do México (1943) e Convenção de Londres (1946).

<sup>24</sup> FRANK PÖTGENS, *Income from International Private Employment*, IBFD (2007), pp. 41-44; KLAUS VOGEL, “Double Tax Treaties”, cit., pp. 12-14.

<sup>25</sup> Vd. *supra* nota 20, C(1)-1 a C(30/31)-1.

<sup>26</sup> Comentário ao art. 3º, §11.

<sup>27</sup> Sobre o significado e interpretação do Comentário, Vd. HUGH J. AULT, “The role of the OECD Commentaries in the interpretation of Tax Treaties”, 22 *Intertax* (1994), ARVID. A. SKAAR, *Permanent Establishment: Erosion of a Tax Treaty Principle*, Kluwer Law International (1995), pp. 45-55.

primeiro tratado internacional, no qual se previa já que todos os lucros empresariais obtidos através de um EE no outro Estado contratante seriam aí tributados, era fornecida uma lista positiva semelhante à do art. 5º, nº 2 da Convenção e exigia-se uma instalação fixa.

Foi a partir da sua inclusão naquele que a maior parte dos tratados subsequentes passou a eleger o elemento de conexão EE para averiguar da ligação de uma sociedade estrangeira ao Estado da fonte, podendo consubstanciar-se já na atividade de um agente, prescindindo-se do local fixo, não havendo, no entanto, uma distinção entre agente dependente e independente.

SCHANZ, no final do séc. XIX, propõe que os rendimentos deveriam ser tributados de acordo com a sua ligação económica a um território (“*economic allegiance*”), sendo que o Estado da sua origem seria aquele com que o rendimento teria uma maior ligação.<sup>28</sup>

Com os efeitos nefastos da DT a sentirem-se com mais intensidade após a Primeira Guerra Mundial, devido às elevadas taxas de impostos, a Câmara Internacional do Comércio, delegou na recém-formada Sociedade das Nações a missão de abordar o problema. No relatório elaborado pelos economistas BRUINS, EINAUDI, SELIGMAN e STAMP,<sup>29</sup> onde se tenta estabelecer um enquadramento teórico dos princípios da residência e da fonte, dá-se a prevalência à residência, incentivando a fonte a isentar de impostos os lucros obtidos no seu território.<sup>30</sup>

Só em 1925, com um novo relatório,<sup>31</sup> é que se volta a reconhecer a legitimidade da fonte. Foi então estipulado que, em relação aos rendimentos comerciais ou industriais, se aceitaria a legitimidade do Estado da fonte, desde que a sociedade não residente aí mantivesse um EE. Ficava assim postulada a sua função como elemento

---

<sup>28</sup> GEORGE VON SCHANZ, “Zur Frage der Steuerpflicht”, 9 *Finanzarchiv* (1892), 356, cit. por KLAUS VOGEL, “Worldwide Vs. Source taxation of income: A review and re-evaluation of arguments (Part I)”, 16 *Intertax* (1988), 219 e ARVID A. SKAAR, op. cit., pp. 79-80.

<sup>29</sup> LEAGUE OF NATIONS, *Report on Double Taxation Submitted to the Financial Committee*, Bruins, Einaudi, Seligman and Sir Josiah Stamp, Genebra (1923).

<sup>30</sup> ARVID A. SKAAR, op. cit. p. 80.

<sup>31</sup> LEAGUE OF NATIONS, *Double Taxation and Tax Evasion — Report and Resolutions submitted by the Technical Experts to the Financial Committee*, Genebra (1925).

concretizador do princípio da tributação na fonte, o que é reafirmado pela sua introdução na convenção modelo de 1927.<sup>32-33</sup>

Pelo que se conclui que, independentemente da *ratio* atinente à pretensão do Estado da fonte, tem sempre de existir uma certa ligação económica com o seu território, reminiscências da referida ideia de “*economic allegiance*”.

Não bastando então, a um Estado, tratar-se do local da origem dos rendimentos *per se*, a existência de um EE no seu território tem sido considerada evidência suficiente de que uma atividade económica significativa é aí levada a cabo pela sociedade não residente,<sup>34</sup> funcionando como elemento de conexão para aferir da ligação económica de um rendimento a um determinado território.

Se uma sociedade a operar num país que não o da sua residência ali obtiver rendimentos por intermédio de um EE, o Estado da fonte entende que tem o direito a tributar esse rendimento.<sup>35</sup> Se, pelo contrário, não o fizer por intermédio de um EE, apenas o Estado da residência da sociedade poderá tributar esses rendimentos.<sup>36</sup>

Sendo uma ficção, este conceito não terá de se traduzir, necessariamente, em algo palpável, tratando-se na prática de um verdadeiro teste, com vista a determinar se a atividade económica de uma sociedade não residente num determinado Estado, é justificável, ao ponto de poder ser tributada nos mesmos termos que uma sociedade aí residente, *i.e.*, serve o propósito de representar a atividade comercial de um determinado sujeito passivo num Estado diferente daquele onde reside.<sup>37</sup>

A sua função como elemento concretizador da tributação na fonte é também um importante instrumento ao serviço da equidade fiscal internacional, ao permitir que os Estados da fonte comunguem numa parte dos lucros obtidos no seu território,

---

<sup>32</sup> ARVID A. SKAAR, op. cit., pp. 82-83.

<sup>33</sup> Sobre a história do conceito de EE, Vd. DALE PINTO, *E-commerce and Source-based income taxation*, IBFD, Amesterdão (2002), pp. 76-78; ARVID. A. SKAAR, op. cit., pp. 71-87.

<sup>34</sup> Ideia aliás vertida no Comentário ao art.7º, §3: “Until an enterprise of one State sets up a Permanent Establishment in another State it should not properly be regarded as participating in the economic life of that other state to such an extent that it comes within the jurisdiction of that State’s taxing rights”.

<sup>35</sup> DALE PINTO, op.cit., p. 71.

<sup>36</sup> Vd. art. 7º da Convenção.

<sup>37</sup> BEPS Ação 1, p. 26 e 27; Vd. também ARTHUR J. COCKFIELD, “Balancing National Interests in the Taxation of Electronic Commerce Business Profits”, 74 *Tul. L. Rev.P.* (1999), p. 146.

demonstrando o compromisso historicamente assumido entre os interesses dos países exportadores de capitais e os importadores.<sup>38</sup>

### 1.3. O CONCEITO DE EE NA CONVENÇÃO MODELO DA OCDE

A definição geral de EE é-nos dada pelo art. 5º da Convenção ao longo dos seus sete parágrafos, apresentando quatro testes diferentes que se podem fazer para averiguar da sua existência num determinado Estado: i) EE Instalação Física; ii) EE Projeto; iii) EE Agência e (iv) EE Serviços.<sup>39</sup>

A nossa análise irá incidir apenas sobre a Instalação Física e a Agência, uma vez que, atendendo ao objeto do presente estudo, o EE Projeto se encontra fora do seu âmbito e o EE Serviços,<sup>40</sup> não obstante não figurar no texto do art. 5º da Convenção, mas apenas no Comentário, não foi introduzido nas CDT de grande parte dos países, os quais lhe dirigiram bastantes objeções.

#### 1.3.1. EE INSTALAÇÃO FÍSICA

De acordo com o art. 5º, nº 1 da Convenção, “a expressão "estabelecimento estável" significa uma instalação fixa, através da qual a empresa exerça toda ou parte da sua atividade”.

O teste Instalação Física é composto por quatro requisitos cumulativos: a instalação tem de ser física, fixa, ao dispor da empresa e onde a atividade é levada a cabo.

---

<sup>38</sup> ARTHUR J. COCKFIELD, “Transforming the Internet into a Taxable Forum: A Case Study in E-Commerce Taxation”, 85 *Minnesota Law Review* (2001), pp. 1178-1180; R. DOERNBERG, *Electronic Commerce and Multi-jurisdictional taxation*, cit., p. 68; BRIAN ARNOLD, “Threshold Requirements for Taxing Business Profits under Tax Treaties”, 57 *Bulletin for International Taxation*, 2003, Nº 10, p. 478.

<sup>39</sup> Há uma hierarquia entre os três níveis de teste, à semelhança das *tie-breaker-rules* do art.4º da Convenção, relativas à residência, começando-se sempre pelo teste da Instalação Física, visto tratar-se do de mais fácil verificação. Se a administração fiscal de um Estado conseguir determinar que há EE logo no primeiro teste, já não será necessário passar aos seguintes (Vd., Comentário ao art. 5º, §35).

<sup>40</sup> O qual prevê que os rendimentos auferidos por uma sociedade residente num dos Estados contratantes, por serviços prestados no outro Estado contratante, poderão aí ser tributados, mesmo na ausência de uma instalação física (cfr. Comentário ao art. 5º, §42.11 ao §42.48).

Quanto à primeira nota, não será necessário tratar-se de uma construção, podendo consistir apenas em equipamento e/ou maquinaria, v.g., uma máquina de venda automática de chocolates.<sup>41</sup>

Deve também a instalação ser permanente tanto do ponto de vista geográfico como temporal. Não obstante a exigência de se tratar de um ponto geográfico fixo, não é necessário que a instalação esteja agarrada ao solo, podendo mesmo tratar-se de *roulottes* ou barcos.<sup>42</sup>

Esse ponto geográfico tem também de ser específico, determinável no espaço, o que implica que se um sujeito passivo desenvolver a sua atividade em vários pontos geográficos diferentes de um determinado local, terá que se avaliar se no seu todo haverá uma coerência comercial e geográfica para que se possa considerar como uma única instalação.<sup>43</sup> No caso de serem várias as instalações fixas mantidas por uma empresa, cada uma deverá ser submetida ao teste separadamente para averiguar se os requisitos gerais estão satisfeitos.

Quanto ao elemento temporal, a Convenção não estabelece um período mínimo de tempo, mas entende-se que tem de haver um certo grau de permanência, por forma a evitar que sejam consideradas situações meramente temporárias. Em regra, a maior parte dos tratados prevê que esse período seja de seis meses.<sup>44</sup>

A instalação estará ao dispor da empresa quando esta tenha o poder efetivo de a usar, mesmo quando os equipamentos, instalações e/ou imóveis utilizados na sua atividade não sejam de sua utilização exclusiva, abrangendo mesmo os casos em que são colocados equipamentos nas instalações de outras empresas ou aí sejam arrendados escritórios. É por isso igualmente irrelevante que aqueles sejam propriedade da empresa ou locados; no limite, dispensa-se também a necessidade da existência de um título legítimo, podendo tratar-se de um caso de ocupação ilegal. Basta que estejam à disposição da sociedade não residente, de algum modo.<sup>45</sup>

---

<sup>41</sup> Comentário ao art. 5º, §4.

<sup>42</sup> *Id.*, §5.

<sup>43</sup> *Id.*, §5.1.

<sup>44</sup> *Id.*, §6.

<sup>45</sup> *Id.*, §4, §4.1., §4.2.

Por último, a atividade tem de ser levada a cabo através dessa instalação, ou seja, a atividade comercial que a sociedade estrangeira desenvolve no Estado da fonte tem de se reconduzir à atividade desenvolvida naquelas instalações.<sup>46</sup>

Com efeito, a ‘lista positiva’ do art. 5º, nº 2 serve meramente como catálogo de exemplos, pois nenhuma daquelas alíneas constitui automaticamente EE, sendo necessário que todos os requisitos gerais estejam preenchidos,<sup>47</sup> podendo ainda haver lugar a derrogações pela lista das exceções do ponto quatro (‘lista negativa’).

### 1.3.2. EE AGÊNCIA

O reconhecimento de que um conceito de EE baseado apenas na presença física era demasiado limitado, podendo não ser apropriado a todas as atividades comerciais, está na origem da ficção da Agência como EE de uma sociedade,<sup>48</sup> apta a aferir da conexão desta a um dado território onde desenvolva a sua atividade, não por um qualquer espaço físico, mas por intermédia pessoa, singular ou coletiva.

Os parágrafos quinto e sexto do art. 5º preveem como requisitos essenciais os seguintes:

- i. Tratar-se de uma pessoa;
- ii. que atue por conta da sociedade não residente e que a vincule;
- iii. que o faça com caráter de habitualidade;
- iv. com poderes para concluir contratos em nome dessa sociedade;
- v. e que seja um agente dependente.

Ora, tendo em conta as especiais funcionalidades do EE, este teste terá de se limitar às pessoas que, em virtude da sua autoridade ou da natureza das atividades que desenvolvem, possam traduzir a presença de uma sociedade numa determinada economia.<sup>49</sup> Sendo este o caso, só poderão ser considerados agentes as pessoas que

---

<sup>46</sup> *Id.*, §7.

<sup>47</sup> *Id.*, §12.

<sup>48</sup> BRIAN ARNOLD, “Threshold Requirements”, cit., p. 479, nota 15.

<sup>49</sup> Comentário ao art. 5º, §32, segunda parte.

tenham autoridade para concluir contratos em nome da sociedade para quem atuam, vinculando-a.<sup>50</sup>

A frase “em nome de” deve ser interpretada num sentido amplo, uma vez que o art. 5º, nº 5 aplicar-se-á igualmente àquelas situações em que um contrato vincula a empresa mesmo quando não concluído literalmente em seu nome.<sup>51</sup> Por outro lado, se um agente concluir contratos em nome próprio, e não em nome da empresa, como é o caso dos comissários, esta situação extravasa o âmbito do referido artigo da Convenção, não podendo a sua atividade dar lugar à existência de um EE.

Quanto à autoridade, esta tanto pode ser explícita como implícita,<sup>52</sup> v.g., os casos em que o agente excede a sua autoridade, mas em que a sociedade ratifica *a posteriori* as suas ações. Não é igualmente exigido a existência de uma autoridade formal para a conclusão dos contratos.<sup>53</sup>

Esta autoridade deve ser exercida reiteradamente (“com caráter de habitualidade”). Mais uma vez, a ideia subjacente é que o EE seja o reflexo de uma atividade económica significativa no Estado da fonte, o que não será o caso quando se trate da prática de atos isolados ou de uma atividade transitória.<sup>54</sup>

Ademais, o agente tem de exercer a autoridade conferida dentro do Estado contratante,<sup>55</sup> não sendo, no entanto, exigida a coerência geográfica presente no EE Instalação Fixa, podendo a sua atividade abranger todo o território.

Também não é necessário que o local onde o contrato é concluído coincida com o local onde este é assinado. No mesmo sentido, denotando uma maior flexibilidade do que no teste da Instalação Fixa, é permitir-se que, tendo o agente negociado todos os elementos que levaram à conclusão do contrato, este seja assinado por diferente pessoa, no Estado onde a empresa é residente<sup>56</sup> e ainda o facto de não ser exigido que o agente dependente esteja estabelecido no Estado da fonte, v.g., um funcionário da sociedade,

---

<sup>50</sup> *Id.*

<sup>51</sup> *Id.*, §32.1. e BRIAN ARNOLD, “Article 5: Permanent Establishment”, 3.2.1.1.

<sup>52</sup> *Id.*, §32.1., segunda parte.

<sup>53</sup> *Id.*, §33.

<sup>54</sup> *Id.*, §32 e §33.1.

<sup>55</sup> *Id.*, §33.

<sup>56</sup> *Id.*, §33.

residente no mesmo local que esta, que se desloque ao Estado da fonte com o propósito de proceder às negociações e conclusão dos contratos.<sup>57</sup>

Os requisitos da dependência são aferidos por uma interpretação *ab contrario* do sexto parágrafo.<sup>58</sup>

Para aferir da independência de um agente, o primeiro facto a observar é se as atividades por este levadas a cabo num Estado constituem uma atividade diferente da prosseguida pela sociedade representada, o que é avaliado em função dos riscos contratualmente assumidos pelas partes ou através da especial relação entre ambas.<sup>59</sup>

Outro aspeto a ter em consideração é o controlo exercido pela sociedade representada sobre o agente. Se este receber instruções detalhadas e precisas para fazer o seu trabalho, em situação semelhante aos assalariados, não se poderá dizer que se trate de agente dependente.<sup>60</sup>

Por fim, a independência terá também de ser aferida em função da exclusividade. Se o agente trabalhar para um elevado número de empresas, será pouco provável que se trate de agente independente, seja pelo facto de ser reduzido o controlo exercido sobre este, seja pela provável inexistência de dependência económica.<sup>61</sup> Por exemplo, um *stand* automóvel que venda carros de vinte marcas diferentes, não deverá ser considerado um agente dependente de uma das marcas.

À partida, será agente dependente quem tiver uma vinculação por contrato, receber instruções precisas para fazer o seu trabalho, a sociedade para quem atua assumir os riscos das suas ações e existir uma dependência jurídica e económica.<sup>62</sup>

Este teste permite assim, uma vez verificados tanto os requisitos gerais do art. 5º, nº 1<sup>63</sup> como os específicos, que o agente intermediário seja considerado como um verdadeiro EE da sociedade para quem atua.<sup>64</sup>

---

<sup>57</sup> BRIAN ARNOLD, “Article 5: Permanent Establishment”, 3.3.3.

<sup>58</sup> Comentário ao art. 5º, §32, primeira parte.

<sup>59</sup> BRIAN ARNOLD, “Article 5: Permanent Establishment”, 3.5.2.1; PILTZ, DETLEV J., “When is there an agency permanent establishment?”, 58 *Bulletin for International Taxation* (2004), p. 198.

<sup>60</sup> Comentário ao art. 5º, §38.3.

<sup>61</sup> BRIAN ARNOLD, “Article 5: Permanent Establishment”, 3.5.2.3.

<sup>62</sup> Comentário ao art. 5º, §37, a).

### 1.3.3. ATIVIDADES PREPARATÓRIAS OU AUXILIARES

O art. 5º, nº 4 da Convenção exclui da definição de EE atividades de caráter preparatório ou auxiliar, numa lista não taxativa, providenciando uma exceção geral a uma definição igualmente geral.<sup>65</sup> Consistirão em atividades que, mesmo preenchendo os requisitos da Instalação e da Agência, não poderão ser subsumidas ao conceito de EE.<sup>66</sup>

A racionalidade subjacente à introdução destas exceções é prevenir que uma sociedade de um Estado contratante seja tributada no outro Estado contratante apenas por aí desenvolver atividades acessórias à atividade principal. Com isto, não significa que não sejam atividades que contribuam para a produtividade da empresa, mas simplesmente tem-se entendido que os serviços por estas prestados estão demasiado afastados da efetiva produção para lhes poder ser alocado qualquer rendimento, pois apenas têm uma contribuição marginal para os lucros.<sup>67-68</sup>

Por vezes é difícil distinguir entre atividades que são de caráter preparatório ou auxiliar das que não o são, sendo decisivo o critério da essencialidade da atividade desenvolvida pela instalação ou agente para a atividade da sociedade considerada globalmente, devendo ser feita uma avaliação casuística. De todo o modo, uma instalação ou agente, nos moldes definidos *supra*, cujo objetivo essencial seja idêntico ao da sociedade, não exercerá uma atividade meramente preparatória ou auxiliar,<sup>69</sup> v.g., quando a atividade de uma sociedade consista no arrendamento de armazéns a outras empresas, para estas aí guardarem os seus produtos, esse armazém terá necessariamente que constituir um seu EE.<sup>70</sup>

---

<sup>63</sup> *Id.*, §34.

<sup>64</sup> PILTZ, DETLEV J., op. cit. p. 198.

<sup>65</sup> ARVID A. SKAAR, op.cit., p. 280.

<sup>66</sup> Apesar de a Convenção de 1963 não estender esta exclusão às atividades prosseguidas por agentes dependentes.

<sup>67</sup> Comentário ao art. 5º, §23.

<sup>68</sup> ARVID A. SKAAR, op. cit., p. 279.

<sup>69</sup> *Id.*, p. 284.

<sup>70</sup> Comentário ao art. 5º, §24.

Enquanto as al. a) a d) constituem exemplos de atividades que, à partida, serão de considerar como preparatórias ou auxiliares, a al. e) funciona como uma limitação geral da definição de EE, excluindo do seu âmbito as atividades que revistam aquela natureza.

Por fim, a alínea f) abrange quaisquer combinações de atividades preparatórias ou auxiliares desenvolvidas numa mesma instalação sem que tal dê lugar à criação de um EE, desde que aquelas, no seu conjunto, mantenham o carácter preparatório ou auxiliar. As sociedades ficam assim impedidas de fragmentar uma atividade coesa em várias micro operações, levadas a cabo numa mesma instalação física, apenas para beneficiar do art. 5º, nº 4.

Contudo, esta alínea tornar-se-á irrelevante quando essas atividades sejam levadas a cabo em diferentes instalações, separadas geográfica e organizacionalmente, já que, à luz da exigência da coerência geográfica, cada uma daquelas terá de ser avaliada separadamente.<sup>71</sup>

Para evitar abusos por parte das sociedades, a atual regra anti fragmentação do §27.1 do Comentário ao art. 5º, prevê que as instalações físicas não serão consideradas como estando separadas organizacionalmente quando cada uma delas prosseguir uma atividade complementar à outra, como receber e armazenar mercadorias num local, mas distribuí-las a partir de um outro. Assim, se uma sociedade fragmentar a sua atividade em várias micro operações e da sua análise como um todo, resultar que não há uma separação funcional entre as várias operações, pode não beneficiar da condição de atividade preparatória ou auxiliar.<sup>72</sup>

Este ponto voltará a ser tratado ao longo do nosso trabalho, tanto no ponto 3.1.4., relativo à manipulação do art. 5º, nº 4 por parte das sociedades que atuam no domínio do comércio eletrónico, como no ponto 4.2., onde se analisarão as alterações decorrentes do Projeto BEPS.

Como vamos ver, a figura histórica do EE, há tanto enraizada no *modus operandi* fiscal internacional e com reportada perenidade, poderá estar a ser posta em causa pelo fenómeno do comércio eletrónico.

---

<sup>71</sup> *Id.*, §27.1.

<sup>72</sup> *Id.*

## 2. *A DIGITALIZAÇÃO DA SOCIEDADE E O COMÉRCIO ELETRÔNICO*

### 2.1. *ECONOMIA DIGITAL*

Temos assistido nas últimas décadas ao fenómeno da digitalização da sociedade, potenciado por uma miríade de fatores.

A globalização foi a plataforma ideal para o desenvolvimento e proliferação da digitalização, tendo alterado profundamente os paradigmas sociais, políticos e económicos da nossa civilização. Já não nos relacionamos apenas a uma escala da nossa cidade ou país, mas perspetivamo-nos sobretudo como cidadãos do mundo, onde o fenómeno das redes sociais e dos voos *low cost*, tem um papel importante. A globalização potenciou os efeitos da digitalização, oferecendo este mercado sem fronteiras, uma economia liberalizada e feita de acordos internacionais, onde as multinacionais proliferam.

Associada à globalização, a difusão das novas Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC), possibilitou a massificação da tecnologia. A utilização de computadores pessoais, *tablets* ou *smartphones*, está hoje disseminada na população de quase todo o mundo, em especial no chamado mundo civilizado, onde estes equipamentos fazem já parte do dia-a-dia, aumentando o número de dispositivos a partir dos quais os potenciais consumidores acedem à Internet.

Liberalizaram-se as telecomunicações, as redes de comunicações estão em constante evolução, encontrando-nos já no advento da próxima geração, o 5G, e a Internet tornou-se uma *commodity*, sendo considerada como a via de comunicação por excelência da economia digital.

Vivemos num mundo pleno na tecnologia, tecnologia essa que inevitavelmente acabou por penetrar no seio da economia. Todos os setores foram progressivamente adotando as TIC de modo a incrementar a sua produtividade, reduzir custos operacionais e expandirem-se para mercados internacionais, aumentando, assim, a sua competitividade. A economia digital tem sido, sem dúvida, o mais importante motor da inovação, competitividade e crescimento, em todos os seus setores.

É um dever das empresas da era digital desenvolver soluções adaptadas aos novos paradigmas, modernizando-se e aproveitando as novas oportunidades que se abrem. As que não o fizerem, correm o risco de ser ultrapassadas, e os produtos ou serviços oferecidos tornar-se-ão obsoletos se não seguirem as novas linhas emergentes. Como tal, há hoje uma multiplicidade de novos modelos de negócio, onde se insere o comércio eletrónico.

## 2.2. COMÉRCIO ELETRÔNICO

### 2.2.1. ÂMBITO, DEFINIÇÃO E CARATERÍSTICAS

O seu crescimento significativo na última década tornou-o um paradigma da economia digital.

Apesar de não existir uma definição generalizada do que é comércio eletrónico, podemos defini-lo como a atividade comercial levada a cabo através de meios eletrónicos.<sup>73</sup> Se numa noção mais ampla, estes meios eletrónicos poderão ser quaisquer uns, num entendimento mais restrito, e porventura também mais adequado à evolução dos tempos, comércio eletrónico será toda a atividade comercial, tanto as transações de bens como de serviços, desenvolvida através da e na Internet.<sup>74</sup>

O processo comercial poderá ser realizado integralmente por meios eletrónicos, desde a escolha do produto, à sua requisição pelo cliente, celebração do contrato ou fase de compromisso,<sup>75</sup> pagamento e entrega, ou então, apenas até à fase de compromisso, sendo que depois a entrega e/ou o pagamento poderão ser realizados pelas vias tradicionais.

Como o pagamento pode acontecer eletronicamente, principalmente na Internet, este tipo de comércio é fortemente dependente da utilização de serviços de pagamento

---

<sup>73</sup> Neste sentido, Vd. US Treasury Department, “Selected Tax Policy Implications of Global Electronic Commerce” (1996).

<sup>74</sup> No mesmo sentido, Vd. R. DOERNBERG, “How Electronic Commerce Works”, 13 *Tax Notes* (1997), p. 123; OECD, *The Economic and Social Impact of Electronic Commerce: Preliminary Findings and Research Agenda*, OECD Publishing, Paris (1999), p. 28.

<sup>75</sup> Referindo-nos ao momento em que o comprador se compromete, perante o vendedor, a adquirir o produto ou serviço e o vendedor a fornecê-lo e/ou a prestar o serviço, nas condições acordadas.

*online*,<sup>76</sup> cujas entidades prestadoras atuam como intermediários entre o vendedor e o comprador, aceitando os pagamentos efetuados por este, através de cartões de crédito, débito direto ou transferências bancárias, depositando depois esses pagamentos na conta do vendedor.

O designado comércio tradicional ou convencional caracteriza-se por nenhuma das suas fases ter lugar por meios eletrónicos, tratando-se essencialmente de micro ou pequenas empresas, como pequenas lojas de retalho e mercearias, cujos proprietários, de uma forma geral, têm pouca literacia informática, tendo por isso dificuldade em lidar com as TIC. Contudo, com a digitalização da sociedade deixará de haver, gradualmente, uma distinção nítida entre comércio tradicional e eletrónico, por serem cada vez as empresas que, em algum momento do processo comercial, adotam meios eletrónicos.

Outra das principais características diferenciadoras do comércio eletrónico é o facto de se desenvolver sobretudo em “lojas virtuais” e o que é transacionado já não serem os tradicionais bens físicos, mas bens em formato digital, desde livros a música, consequência da digitalização da informação, *i.e.*, a conversão de texto, som, imagem, vídeo e outro conteúdo, numa série de uns e zeros passíveis de ser transmitidos eletronicamente.

Ora, toda esta informação, que vai desde os próprios bens, à execução de contratos e ao *software* necessário para fazer correr os *sites* das empresas precisa de ser guardada não nos tradicionais armazéns, mas em servidores, equipamentos localizados em grandes infraestruturas denominadas *Data Centers*. São por isso essenciais os serviços de *Cloud Computing*, em que a informação vai sendo armazenada e/ou processada numa “nuvem”, à medida que vai sendo produzida. As empresas, em vez de suportarem os custos elevadíssimos decorrentes de terem as suas próprias infraestruturas de armazenamento e processamento de dados, podem usar os recursos computacionais de terceiros, geralmente designados por *Cloud Service Providers (CSP)*.

A questão da atividade comercial ser desenvolvida essencialmente através de *sites* e servidores está na base da erosão do conceito de EE, tema que irá ser retomado durante o nosso trabalho.

---

<sup>76</sup> Um dos maiores problemas com as transações *online* reside na relutância dos consumidores em providenciar dados dos seus cartões de crédito aquando da compra, pois estão perante um vendedor desconhecido, o que gerou uma oportunidade de negócio para a criação destes serviços. *PayPal*, *Apple Pay* ou *MB Net*, são algumas das empresas mais conhecidas entre os utilizadores.

### 2.2.2. CLASSIFICAÇÕES

#### 2.2.2.1. EM FUNÇÃO DOS MEIOS UTILIZADOS

Embora o desenvolvimento da atividade comercial através de tecnologias informáticas não seja novo, a Internet veio potencializar a sua utilização, providenciando as infraestruturas necessárias para interligar milhões de dispositivos e permitir que o conteúdo trocado viaje pelo mundo, fácil e instantaneamente. Por isso, torna-se imperativo, e por razões de ordem prática, fazer uma separação entre:

- a) o comércio eletrônico mais primitivo, baseado nas televendas, fax, pagamentos eletrônicos através de sistemas de transferências de fundos ou EDI (*Electronic Data Interchange*),
- b) e o atual e moderno comércio eletrônico, essencialmente desenvolvido para a Internet, seja através de aplicações ou *sites*, em conjugação com a *World Wide Web* e com uma forte dependência da utilização de servidores, sendo este, maioritariamente, o tipo de comércio eletrônico utilizado nos dias de hoje. Para este tipo de comércio, o espaço digital - ciberespaço<sup>77</sup> - não é um meio auxiliar ao desempenho da sua atividade, mas antes o seu exclusivo espaço de ação.<sup>78</sup>

#### 2.2.2.2. EM FUNÇÃO DOS BENS TRANSACIONADOS

Relativamente aos tipos de bens que podemos transacionar via comércio eletrônico, encontramos:

- a) Bens tangíveis, em que a escolha do produto e o pedido são feitos *online*, mas a entrega é realizada por meios tradicionais, como correio, que designamos por comércio eletrônico *offline* ou indireto;<sup>79</sup>

---

<sup>77</sup> Sobre o conceito de ciberespaço, Vd. ARTHUR J. COCKFIELD, “Designing Tax Policy for the Digital Biosphere: How the Internet is Changing Tax Laws”, 34 *Conn. L. Rev.* (2002)”, pp. 348-350.

<sup>78</sup> RITA CALÇADA PIRES, “O comércio electrónico como realidade económica e fiscal – a necessidade de tributar o rendimento gerado através do comércio electrónico”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, vol. IV, Almedina (2011), pp. 555-573.

<sup>79</sup> ARTHUR J. COCKFIELD, “Balancing National Interests”, cit., p. 151.

- b) Bens intangíveis, que não têm existência para lá do computador, e em que nenhuma parte do processo passará pelas vias de comunicação tradicionais, designado por comércio eletrônico *online* ou direto.<sup>80</sup>

Em ambos, toda a comunicação, publicidade, seleção do produto e também o pagamento, pode ocorrer por meios eletrônicos. Mas no comércio eletrônico *online* ou direto, devido à desmaterialização do produto transacionado, este é posto à disposição do cliente diretamente pela Internet.

#### 2.2.2.3. EM FUNÇÃO DAS PARTES

Embora os exemplos mais familiares de comércio eletrônico se tratem de transações entre empresas e clientes, designado por comércio B2C (*Business to Consumer*), a verdade é que atualmente a maior parte dos lucros deste negócio provêm de relações entre empresas – comércio B2B (*Business to Business*).

Porém, ponto de referência deste tipo de comércio, são as transações entre consumidores – *Consumer to Consumer* (C2C)<sup>81</sup> – que continuam a crescer.<sup>82</sup>

---

<sup>80</sup> *Id.*

<sup>81</sup> Também denominado comércio *peer-to-peer*. Os fenómenos do *E-bay*, *Craigslist* ou *Custo Justo* são excelentes exemplos.

<sup>82</sup> Sobre a distinção em função dos intervenientes, Vd. LUC HINNEKENS, “The Challenges of Applying VAT and Income Tax: Territoriality Concepts and Rules to International Electronic Commerce”, 26 *Intertax* (1998), p. 52.

### **3. *PROBLEMAS COM QUE SE DEBATE O CONCEITO DE EE NO DOMÍNIO DO COMÉRCIO ELETRÓNICO***

#### **3.1. *AS NOTAS CARATERIZADORAS DO COMÉRCIO ELETRÓNICO COMO AGENTES EROSIVOS DO CONCEITO DE EE***

Apesar do impacto positivo da digitalização na organização económico-social, através da modernização dos setores económicos e da emergência de novos modelos de negócio, há um outro lado da moeda. Como vamos ver, o comércio eletrónico está na base da erosão do sistema fiscal e na origem da denominada crise dos elementos de conexão, *maxime* da figura do EE.<sup>83</sup>

Como vimos, de acordo com as atuais normas convencionais e princípios de direito fiscal internacional, a efetiva tributação na fonte dependerá de se encontrar um certo grau de presença física da sociedade não residente no Estado da fonte, apta a traduzir umnexo económico entre os seus rendimentos e o local de onde brotam. Mas o que acontece se a atividade comercial for intangível, dispensando lojas, escritórios, filiais, e mesmo agentes dependentes?

O problema pode-se colocar da seguinte forma: (i) as normas convencionais preveem que uma sociedade não residente só será sujeita a tributação no Estado da fonte se aí atuar por intermédio de um EE; (ii) para preencher os requisitos de EE tem de ter uma presença física nesse Estado, seja através da manutenção de instalações ou de um agente dependente;<sup>84</sup> (iii) as sociedades que desenvolvem a sua atividade no domínio do comércio eletrónico, em regra, atuam sem ser por intermédio de qualquer presença física, seja como consequência natural das suas características seja através de esquemas de planeamento fiscal; (iv) consequentemente, uma sociedade não residente poderá,

---

<sup>83</sup> Neste sentido, Vd., W. HELLERSTEIN, “Telecommunications and Electronic Commerce: Overview and Appraisal”, 12 *St. Tax Notes* (1997), pp. 519-525, PIERRE COLLIN e NICOLAS COLIN, *Task Force on Taxation of the Digital Economy* (2013), pp. 63-64 (“Collin&Colin Report”); e RITA CALÇADA PIRES, *Tributação internacional do rendimento empresarial gerado através do comércio electrónico: desvendar mitos e construir realidades*, Almedina, Coimbra (2011), pp. 212-213, 257-264.

<sup>84</sup> Vd. *supra*, pontos 1.3.1. e 1.3.2.

### **3. PROBLEMAS COM QUE SE DEBATE O CONCEITO DE EE NO DOMÍNIO DO COMÉRCIO ELETRÔNICO**

assim, não ser sujeita a tributação no Estado onde tem os seus clientes e onde obtém os seus rendimentos, mas apenas no Estado da sua residência.<sup>85</sup>

Como é referido no relatório do Plano de Ação 1 do Projeto BEPS,<sup>86</sup> umas das consequências das estruturas da economia digital, onde se inclui o comércio eletrónico, é a eliminação ou redução do imposto a pagar no Estado da fonte, sobretudo através de esquemas em que se visa eliminar a existência de uma presença tributável, servindo-se as sociedades da desadequação dos atuais moldes em que o conceito de EE está definido, levando a cabo a sua atividade por forma a não preencher os requisitos daquele.<sup>87</sup>

Ora, esta presença tributável pode ser eliminada por duas vias:

- a) Ou a sociedade não residente, aproveitando as características típicas do comércio eletrónico, não chega sequer a preencher os requisitos da presença física, seja por inexistência de instalações seja por não manutenção de um agente dependente;
- b) Ou, preenchendo os referidos requisitos, vai planear a sua atividade comercial por forma a que essa presença encontrada seja considerada meramente preparatória ou auxiliar, nos termos do art. 5º, nº 4 da Convenção.

Quando olhamos para o comércio eletrónico, três fatores podem ser facilmente isolados como sendo aqueles que contribuem, especificamente, para a crise do elemento de conexão EE.

#### **3.1.1. DESMATERIALIZAÇÃO**

---

<sup>85</sup> Importa notar que o Comércio Eletrónico levanta igualmente questões ao nível da atribuição de lucros a um EE, caracterização dos rendimentos obtidos (royalties ou lucros empresariais) e preços de transferência, temas que, no entanto, não serão tratados no presente estudo.

<sup>86</sup> BEPS Ação 1, pp. 78-79.

<sup>87</sup> Segundo SKAAR, atualmente, o conceito de EE, em vez de garantir a tributação na fonte, tem sido antes usado como instrumento para a evitar (cfr. op. cit., p. 559); Vd. também, AVI YONAH, "Globalization, tax competition, and the fiscal crisis of the welfare state", 113 *Harv. L. Rev.* (2000), pp. 1587-1588.

### 3. PROBLEMAS COM QUE SE DEBATE O CONCEITO DE EE NO DOMÍNIO DO COMÉRCIO ELETRÔNICO

Nas palavras de Rita Calçada Pires, “*Aquilo que mais marca o impacto da tecnologia na organização económico-social é a alteração do significado do valor do tempo e do espaço, aliado a uma segunda consequência, a desmaterialização*”.<sup>88</sup>

Ao ter-se desmaterializado o que é transacionado, sendo cada vez menos os bens que não são digitalizados e transmitidos eletronicamente, desmaterializou-se igualmente o onde as transações têm lugar, tendo sido as tradicionais lojas de bairro substituídas por lojas virtuais, como os *sites* das empresas.

A digitalização providenciou ainda a desmaterialização da forma de pagar os produtos e serviços requisitados,<sup>89</sup> permitindo aos consumidores realizar as suas aquisições sem se deslocarem a uma loja física para efetuar o pagamento.

Os bens transacionados, ao deixarem de ser palpáveis, conduziram à desmaterialização das próprias vias de comunicação, *i.e.*, no comércio eletrónico *online* ou direto em vez de vias marítimas, férreas ou rodoviárias, o ‘meio de transporte’ por excelência é a Internet e as redes de telecomunicações associadas.

Este fator é especialmente pertinente no que diz respeito à figura do EE Instalação Física,<sup>90</sup> que assenta, em larga medida, no pressuposto de que uma sociedade para atuar num mercado estrangeiro o tem necessariamente de fazer por intermédio de uma presença física, o que, com a desmaterialização do que, onde e como os bens são transacionados, deixa de fazer sentido.

Apesar de ainda ser comum encomendar livros pela Internet, a sua impressão, armazenamento, transporte e manutenção de uma loja para a sua posterior venda ao público, deixa de ser necessário com a digitalização desses mesmos livros (*e-books*).<sup>91</sup> Desta forma, podendo o consumidor adquirir o produto diretamente a partir do *site* do vendedor, nunca se verificará a condição fundamental da manutenção de uma instalação física.<sup>92</sup>

---

<sup>88</sup> RITA CALÇADA PIRES, “O comércio electrónico como realidade económica e fiscal...”, cit.

<sup>89</sup> R. DOERNBERG, “How Electronic Commerce Works”, cit., p.133.

<sup>90</sup> Vd. Supra ponto 1.3.1.

<sup>91</sup> BEPS Ação 1, p. 55; ARTHUR J. COCKFIELD, “Transforming the Internet into a Taxable Forum”, cit., p. 1183.

<sup>92</sup> CHARLES MCLURE, “Taxation of Electronic Commerce”, cit., pp. 295-296.

### 3. PROBLEMAS COM QUE SE DEBATE O CONCEITO DE EE NO DOMÍNIO DO COMÉRCIO ELETRÔNICO

Mesmo tratando-se de um livro corpóreo, se a sua requisição e pagamento for feito *online*, a única instalação de que a sociedade vendedora tem que dispor na fonte é de um armazém, através do qual os livros são depois expedidos para os clientes, o que não constitui EE nos termos do art. 5º, nº 4 da Convenção. Em última instância, nem mesmo desse armazém precisará, já que os livros poderão ser expedidos diretamente de onde são produzidos para as moradas dos consumidores.

#### 3.1.2. DESINTERMEDIAÇÃO

O fenómeno da desintermediação, *i.e.*, da supressão de agentes intermediários, acaba também por ser uma consequência da desmaterialização, pois uma sociedade comercial ao colocar diretamente os bens e serviços à disposição dos seus clientes, deixa de ter necessidade de instalações físicas, em especial lojas, mas também de agentes, ou seja, toda e qualquer presença externa, tangível, no Estado da fonte acaba por ser eliminada.

No entanto, no caso específico do EE Agência, a desintermediação decorre sobretudo da exploração das potencialidades oferecidas pela economia digital, designadamente as TIC e a Internet, que através da oferta de serviços de *cloud computing*, intranets e redes de telecomunicações cada vez mais céleres, bem como melhorias nas tradicionais vias de comunicação e transportes, permitem uma centralização das atividades das sociedades, *maxime* das multinacionais.

Todas as tarefas administrativas, de marketing, publicidade, estudos de mercado, serviços pós-venda, antes levadas a cabo por agentes dependentes, são agora realizadas à distância,<sup>93</sup> eliminando a necessidade da sua manutenção. Do mesmo modo, a fase de negociação e conclusão de contratos,<sup>94</sup> principal atividade dos agentes, pode ser já inteiramente processada eletronicamente.

As sociedades começam a optar também por deixar de incluir nas suas funções o desenvolvimento de certas atividades, recorrendo a entidades terceiras altamente

---

<sup>93</sup> BEPS Ação 1, p. 56 e ARTHUR J. COCKFIELD, “*Transforming the Internet into a Taxable Forum.*”, cit., pp. 1183-1185.

<sup>94</sup> Sobre os contratos, Vd. Diretiva 2000/31/CE, art. 9º, “Os Estados-Membros assegurarão que os seus sistemas legais permitam a celebração de contratos por meios electrónicos”.

### 3. PROBLEMAS COM QUE SE DEBATE O CONCEITO DE EE NO DOMÍNIO DO COMÉRCIO ELETRÔNICO

especializadas para lhes prestarem esses serviços (recurso ao “*outsourcing*”).<sup>95</sup> Face à distinção entre agente dependente e independente, qualquer tentativa no sentido de ver nas operações levadas a cabo por essas entidades a constituição de um EE sairá frustrada, tendo em conta a sua autonomia, estarem no exercício das suas funções normais, sem dependência legal ou económica face às sociedades para quem atuam.<sup>96</sup> Assim, os serviços prestados pelos *ISP (Internet Service Provider)* ou *CSP*, principais agentes intermediários da era digital, cairão no âmbito do agente independente, e, como tal, fora do escopo do EE Agência.

#### 3.1.3. FRAGMENTAÇÃO DAS ATIVIDADES

Para averiguar da existência de um EE no Estado da fonte impõe-se uma análise concentrada do todo coerente, quer a nível comercial quer a nível geográfico, das várias atividades levadas a cabo por uma sociedade num determinado local, sendo que não se verificará coerência geográfica se as referidas atividades estiverem dispersas ao longo de todo o território de um país, ou mesmo de uma cidade.<sup>97</sup>

Ora, no comércio eletrónico há uma tendencial divisão das atividades de uma sociedade em várias tarefas fragmentadas,<sup>98</sup> por vezes com funções apenas auxiliares à atividade principal, pulverizadas por várias instalações<sup>99</sup> num só território, impossibilitando a coerência geográfica necessária.

Não havendo essa coerência, consideram-se que são várias as instalações fixas mantidas pela sociedade e cada uma deverá ser submetida ao teste do art. 5º, nº 1 da Convenção, separadamente, para averiguar se os requisitos gerais estão satisfeitos.

Daqui decorre que cada uma dessas instalações terá também de passar pelo crivo do art. 5º, nº 4, o que dificulta fortemente a possibilidade de se gerar um EE e de este ser efetivamente tributado e é exatamente através deste artigo que as sociedades que

---

<sup>95</sup> RITA CALÇADA PIRES, “O comércio electrónico como realidade económica e fiscal”, cit, p. 562.

<sup>96</sup> Vd. *supra* ponto 1.3.2.

<sup>97</sup> Vd. *supra* ponto 1.3.1.

<sup>98</sup> BEPS Ação 1, p. 67.

<sup>99</sup> Como vimos, no EE Agência não faz sentido aplicar o critério da coerência geográfica, visto poder tratar-se de uma pessoa singular que preste os seus serviços em todo Estado, v.g., vendas porta a porta (cfr. *supra* ponto 1.3.2.).

### **3. PROBLEMAS COM QUE SE DEBATE O CONCEITO DE EE NO DOMÍNIO DO COMÉRCIO ELETRÓNICO**

desenvolvem a sua atividade no domínio do comércio eletrónico exercem o seu planeamento.

Esta organização das atividades pode ser dividida em três modalidades diferentes:

- a) A fragmentação da atividade comercial em várias micro operações dentro de um Estado, por forma a cada uma poder ser qualificada como preparatória ou auxiliar, beneficiando da exceção introduzida pelo art. 5º, nº 4. Contudo, devido ao conteúdo do §27.1 do Comentário, a exceção não se aplicará e será considerado que a sociedade tem um EE no Estado da fonte se da análise global das atividades fragmentadas resultar que não há uma separação funcional entre elas;<sup>100</sup>
- b) A mesma fragmentação de atividades, sendo que as operações serão agora repartidas pelas várias entidades que fazem parte do grupo multinacional nesse Estado, e não levadas a cabo apenas por uma entidade, por forma a contornar a regra anti fragmentação do §27.1. do Comentário ao art. 5º;
- c) A fragmentação das atividades a nível internacional. Ao EE tradicional corresponde um país, um território. Ao comércio eletrónico, a regra será corresponderem-lhe vários, com ligações à atividade desenvolvida por aquela empresa, mas nenhuma com a concentração de elementos necessária para a qualificação da existência de um EE.<sup>101</sup>

Facilmente se verá que no domínio do comércio eletrónico esta orientação é obsoleta, pois organizando as multinacionais a sua atividade comercial a nível internacional ou mesmo dentro de um mesmo Estado mas dispersa por várias entidades do grupo, continuarão a poder beneficiar das exceções do art. 5º, nº 4.

## **3.2. AS CONSEQUÊNCIAS**

### **3.2.1. PERDAS DE RECEITA NOS ESTADOS-FONTE**

---

<sup>100</sup> Vd. *supra* ponto 1.3.3.

<sup>101</sup> Aqui seguimos de perto RITA CALÇADA PIRES, “Tributação internacional do rendimento empresarial gerado através do comércio electrónico”, cit., pp. 260-262; Vd. também BEPS *Ação 1*, p. 79.

### **3. PROBLEMAS COM QUE SE DEBATE O CONCEITO DE EE NO DOMÍNIO DO COMÉRCIO ELETRÔNICO**

Assentando a tributação na fonte no conceito de EE como regra concretizadora das suas pretensões, não se encontrando um EE ao qual os rendimentos gerados num determinado Estado se possam reconduzir, este deixará de obter uma quota-parte dos mesmos, através da coleta de impostos.

Esta regra, que serviu inicialmente o propósito de limitar a tributação na fonte, funciona agora como um completo impedimento<sup>102</sup>.

#### **3.2.2. DESEQUILÍBRIO NA DISTRIBUIÇÃO INTERNACIONAL DOS IMPOSTOS**

Haverá igualmente problemas ao nível da justa repartição internacional da receita tributária, acabando por resultar num agravar da situação já menos economicamente vantajosa dos países em desenvolvimento, tradicionalmente importadores de capitais.<sup>103</sup>

Isto porque, encontrando-se os Estados da fonte impedidos de tributar os rendimentos obtidos no seu território, estes irão ser exclusivamente tributados na residência do beneficiário.<sup>104</sup>

Por conseguinte, se na repartição dos rendimentos provenientes de transações internacionais só um dos países em jogo é que comunga dos lucros daí originados, há uma clara violação do princípio da equidade fiscal internacional, pois deixa de estar garantida uma divisão igualitária, justa, da receita fiscal entre os países da fonte e da residência.

#### **3.2.3. AUMENTO DA PRESSÃO FISCAL SOBRE ALGUNS SUJEITOS PASSIVOS**

Com a diminuição das receitas estatais, mantendo-se inalterada a despesa, os Estados tenderão a aumentar a carga fiscal, designadamente, através de subidas nas taxas de imposto, o que irá onerar quem não é capaz de evitar uma presença tributária.

---

<sup>102</sup> A este propósito Vd. ARTHUR COCKFIELD, “Transforming the Internet into a Taxable Forum”, cit, defendendo que o modo como as sociedades atuam na economia digital irá levar à erosão das receitas fiscais do Estado da fonte, enquanto as regras de DFI continuarem a enfatizar a necessidade de uma presença física no mesmo para justificar a tributação.

<sup>103</sup> ARTHUR J. COCKFIELD, “Tax policy, electronic commerce, and developing countries”, in *Law – Volume I*, EOLSS Publications, 2009.

<sup>104</sup> RITA CALÇADA PIRES, “Tributação internacional do rendimento empresarial gerado através do comércio electrónico”, cit., p. 258; DAVID TILLINGHAST, “The impact of the Internet on the taxation of international transactions”, 50 *Bull. In’tl Fisc* (1996), p. 525.

Aqui encontramos geralmente dois tipos de sujeitos passivos: os trabalhadores por conta de outrem, sujeitos a retenção na fonte, e, como tal, tecnicamente impossibilitados de planear as suas obrigações fiscais; e as micro e pequenas empresas de tipo tradicional, cujos proprietários, de uma forma geral têm pouca literacia informática, bem como o facto de ser um tipo de comércio que, via de regra, se circunscreve ao território nacional.<sup>105</sup>

Deste modo, a falta de capacidade dos Estados em tributar os rendimentos provenientes do comércio eletrónico, decorrente da manutenção da tradicional definição de EE, acaba por conferir uma vantagem competitiva às sociedades de maior dimensão, a atuar internacionalmente e capazes de beneficiar das vantagens proporcionadas pela economia digital para reduzir ou eliminar as suas obrigações fiscais.

Pelo que chegamos à conclusão que, de facto, o atual modelo de EE, não está preparado para dar resposta às novas regras por que se rege o comércio eletrónico. Resta saber, então, como poderemos concretizar o princípio da tributação na fonte<sup>106</sup> em relação às sociedades que adotem esta forma de comerciar. Alargar o âmbito do atual conceito de EE? Ou urge encontrar outro tipo de conexão?<sup>107</sup>

### 3.3. OS SERVIDORES COMO EE: UMA PRIMEIRA SOLUÇÃO DA OCDE

Considerando que o comércio eletrónico se desenvolve sobretudo na Internet, através da manutenção de *sites*, operados por servidores, a OCDE, na atualização de

---

<sup>105</sup> BEPS Ação 1, p. 124.

<sup>106</sup> Quando se fala em crise dos elementos de conexão, falamos das regras concretizadoras dos princípios, não dos princípios em si, que mantêm a sua adequação, legitimidade e razão de ser. Nesse sentido, Vd., designadamente, RITA CALÇADA PIRES, “Tributação Internacional do Rendimento Empresarial”, op. cit., pp. 210-275 e DAVID L. FORST, “Old and New Issues in the Taxation of Electronic Commerce”, 14 *Berkeley Tech. L.J.* (1999), pp. 712-713.

<sup>107</sup> Sobre a necessidade de alteração das regras do EE face às alterações trazidas pela economia digital, Vd., FRANCES M. HORNER e JEFFREY OWENS, “Tax and the Web: New Technology, Old Problems”, 50 *Bull. Int'l Fisc. Doe.* (1996), pp. 516-517; KARL FRIEDEN e MICHAEL PORTER, “The Taxation of Cyberspace: State Tax Issues Related to the Internet and Electronic Commerce”, 14 *St. Tax Notes* (1996), pp. 1363-1367; DAVID L. FORST, cit. *supra*.

### 3. PROBLEMAS COM QUE SE DEBATE O CONCEITO DE EE NO DOMÍNIO DO COMÉRCIO ELETRÔNICO

2003 ao Comentário da Convenção, tentou dar resposta à questão de saber se algumas destas realidades poderia constituir um EE e em que termos.<sup>108</sup>

Quanto ao *site*, tendo em conta que se trata de dados eletrónicos e *software*, tem uma natureza intangível, não podendo ser reconduzido a qualquer lugar físico, simplesmente existindo, ligado a algum ponto da Internet, podendo inclusive esse ponto mudar de país enquanto executa as suas funções, a OCDE excluiu a possibilidade de este poder constituir um EE.

Situação diferente é a do servidor, que se trata de equipamento, normalmente alojado em *Data Centers*, construídos num local determinado no espaço físico. Deste modo, pode por isso, em determinadas condições, constituir EE. A questão que se coloca é em que circunstâncias isso pode acontecer.

Vejamos a sociedade A, uma *CSP*, que detém *Data Centers* na China e Alemanha. Neste caso, cada um desses *Data Centers* constituirá um EE de A, porquanto são instalações físicas, fixas, à sua disposição e através das quais exerce a sua atividade. Tanto a China como a Alemanha, como Estados da fonte, poderão arrogar-se a tributar os rendimentos provenientes de cada uma dessas infraestruturas, localizadas dentro das suas fronteiras.

Situação diferente é a de B, sociedade cuja atividade consiste na criação e distribuição de jogos eletrónicos, que vende na Internet. O seu objeto comercial, intangível por natureza, terá de ser alojado, não num tradicional armazém, mas em servidores. Desta feita, ou i) B contrata os serviços de um terceiro, v.g., A, para poder alojar-se nos seus servidores, ii) aluga servidores a uma outra sociedade, ou iii) B mantém os seus próprios.

Quanto à exigência de o servidor estar à sua disposição, a OCDE, pelo exposto no Comentário, considera que quando a sociedade utiliza um servidor de que é proprietária ou locatária, o requisito estará verificado [situações ii) e iii)]. O mesmo já não acontecerá quando contratar os serviços de um *CSP*, e não apenas locar o equipamento, visto que nestas circunstâncias poderá nem saber em que parte do mundo os seus *sites* e dados estarão alojados.

---

<sup>108</sup> Comentário ao art. 5º §42.1. a §42.10.

### 3. PROBLEMAS COM QUE SE DEBATE O CONCEITO DE EE NO DOMÍNIO DO COMÉRCIO ELETRÔNICO

Imaginemos que se verifica que B, ou porque é locatária ou proprietária, tem à sua disposição os servidores que utiliza na prossecução da sua atividade. Pode acontecer, no entanto, que mesmo assim, este possa não ser considerado como seu EE, se a atividade a ele reconduzida for meramente preparatória ou auxiliar, caindo no âmbito das exceções do art. 5º, nº 4.

A OCDE, aqui, considera que uma sociedade que utilize os servidores à sua disposição, para alojar *sites*, através dos quais disponibiliza um catálogo dos seus produtos, tratar-se-á de um caso de atividade auxiliar à atividade principal. Se, no entanto, através desse *site* os consumidores puderem realizar a compra do produto, encomendando e instalando o jogo no seu computador pessoal, bem como o processamento do pagamento, considera-se que a atividade levada a cabo pelo servidor é essencial à atividade principal da sociedade, constituindo, portanto, um seu EE.

Este entendimento da OCDE face aos servidores, não é unânime, no entanto.<sup>109</sup>

Devendo o conceito de EE ser apto a representar a presença económica significativa de uma sociedade num Estado onde esta não é residente, é questionável qual a ligação entre a atividade desenvolvida pela sociedade e a localização geográfica do servidor.

Pode ter também pouco relevo prático, já que o que está armazenado nos servidores é informação digital, facilmente transferível para outro servidor, a todo o tempo. Uma sociedade que desenvolva a sua atividade no domínio do comércio eletrónico pode, para contornar a exigência da permanência temporal mínima, mudar aquela informação de servidor em servidor, de seis em seis meses, não constituindo, assim, EE.

Depois, essa mesma sociedade pode usar servidores instalados em qualquer parte do mundo, nomeadamente em zonas de baixa tributação, sem que isso afete a qualidade

---

<sup>109</sup> A este propósito, Vd., designadamente, BRIAN ARNOLD, “Article 5: Permanent Establishment”, 5.5.3.; RITA CALÇADA PIRES, “Uncovering a brave new world on taxation: income from the digital economy”, in *International taxation: new challenges*, coord. JOÃO SÉRGIO RIBEIRO, Universidade do Minho – Escola de Direito (2017), p. 49; ARTHUR J. COCKFIELD, “Transforming the Internet into a Taxable Forum”, cit., pp. 1992-1200 e “Digital biosphere”, pp. 333-403; PETER HONGLER e PASQUALE PISTONE, “Blueprints for a New PE Nexus to Tax Business Income in the Era of the Digital Economy” IBFD, Working Paper Nº 20 (2015); BARRETT SCHAEFER, “International Taxation of Electronic Commerce Income: A Proposal to Utilize Software Agents for Source-Based Taxation”, 16 *Santa Clara High Tech. L.J.* (2000), p. 127; MONICA GIANNI, “The OECD’s Flawed and Dated Approach to Computer Servers Creating Permanent Establishments” 17 *Vand. J. Ent. & Tech. L.* (2014).

### **3. PROBLEMAS COM QUE SE DEBATE O CONCEITO DE EE NO DOMÍNIO DO COMÉRCIO ELETRÔNICO**

do seu *site* e a velocidade das comunicações. Se, por exemplo, tiver o seu *site* alojado num servidor num país A, que introduza nas suas CDT uma norma que preveja que os servidores possam ser considerados EE, facilmente mudará aquele para um servidor no país B, evitando assim a tributação no país A<sup>110</sup>.

Afastada a possibilidade de os *sites* poderem constituir um EE, de os servidores apenas preencherem os requisitos para tal em limitadas situações e não se tendo tratado de uma alteração ao artigo, mas apenas de uma atualização ao Comentário, a dualidade entre a exigência de uma presença física pelo art. 5º, nº 1 e a capacidade de as sociedades desenvolverem a sua atividade dispensando essa mesma presença, vai continuar a permitir que os rendimentos auferidos no Estado da fonte não possam aí ser tributados.

---

<sup>110</sup> Vd. ARTHUR J. COCKFILED, “Transforming the Internet into a Taxable Forum”, cit., pp. 1193-1194.

#### **4. AS MEDIDAS BEPS**

Conscientes dos efeitos da referida desadequação das regras de DFI aos atuais moldes em que as empresas desenvolvem a sua atividade, e pressionados pela recente atenção dos meios de comunicação social para a questão da elisão fiscal por parte das multinacionais, bem como pelos crescentes movimentos populistas, as grandes economias mundiais uniram-se, sob a égide da OCDE e G20, para dar uma resposta concertada ao problema.

Em 2013 foi lançado o ambicioso Projeto BEPS, o qual, ao fim de um processo de dois anos de trabalho, culminou na adoção de 15 planos de ação, cuja ideia fundamental é garantir que os lucros das sociedades sejam tributados onde as atividades económicas que os geram ocorrem e onde o valor é efetivamente criado, através de uma implementação coordenada de todas as medidas por todos os Estados, contrariando o crescente fenómeno da concorrência fiscal.

O Projeto BEPS contém dois planos de ação especialmente pertinentes neste âmbito, (i) o Plano de Ação 1 – *Abordar os desafios da economia digital* e (ii) o Plano de Ação 7 - *Prevenir que se evite artificialmente o reconhecimento de Estabelecimento Estável*.

Será através de uma análise conjugada destes dois planos que vamos avaliar quais as implicações do referido projeto no conceito de EE, no atinente à tributação efetiva das sociedades que desenvolvem a sua atividade no domínio do comércio eletrónico.

##### **4.1. A OPÇÃO PELA MANUTENÇÃO DOS PRINCÍPIOS TRADICIONAIS DE DFI E DO CONCEITO DE EE (PLANO DE AÇÃO 1)**

Este plano, não constituindo uma medida específica e material de combate aos problemas BEPS, o seu relatório trata-se de um importante instrumento de análise da economia digital, das suas especificidades, notas caracterizadoras, evolução, modelos de negócio emergentes, entre os quais o comércio eletrónico, quais os obstáculos que coloca ao DFI, bem como as possíveis soluções, elaborado por um grupo de trabalho especificamente criado para o efeito (“*Task Force on the Digital Economy*” ou TFDE), subsidiário ao Comité dos Assuntos Fiscais da OCDE.

Ao longo da sua missão, o referido grupo de trabalho identificou, no seio dos problemas fiscais levantados pela economia digital, a já citada capacidade das empresas que desenvolvem a sua atividade no seio do comércio eletrónico auferirem lucros no Estado da fonte, sem qualquer presença física ou com uma presença meramente preparatória ou auxiliar.

Uma das suas principais conclusões, e que está na base de todas as seguintes decisões, é que a economia digital é a economia em si mesma considerada e, como tal, não pode ser regida por princípios fiscais próprios nem ter regras próprias, rejeitando assim qualquer tipo de solução que visasse um tratamento diferenciado da economia digital face aos modelos de negócio tradicionais, seja no sentido de a onerar,<sup>111</sup> seja no sentido de esta não ser tributada.

Neste sentido, qualquer solução teria de passar ou por fazer modificações ao atual conceito de EE, ou em alternativas àquele como regra concretizadora de uma tributação na fonte, mas nunca perdendo de vista os atuais princípios de DFI.

Pese embora tenham sido consideradas várias opções, *inter alia*, um elemento de conexão alternativo baseado numa presença económica significativa ou a retenção na fonte em alguns tipos de transações digitais, seguindo atentamente as propostas da melhor doutrina internacional,<sup>112</sup> nenhuma delas acabou por ser recomendada neste estágio pois a sua adoção implicaria uma alteração substancial dos atuais paradigmas tributários internacionais.

A solução adotada passou então pela modificação do atual conceito de EE, tentando adaptá-lo à realidade digital, seguindo a linha orientadora da OCDE no sentido da manutenção dos tradicionais princípios de DFI, alicerçados na necessidade de uma presença física nos Estados-fonte por parte das sociedades.

Tendo um considerável número de países expressado as suas preocupações sobre a adequação desses mesmos paradigmas ao comércio eletrónico, nos quais as CDT em

---

<sup>111</sup> Rejeitando propostas como o BIT TAX de CORDELL ("New Taxes for a New Economy" in *Government Information in Canada*, Vol. 2, Nº. 4.2).

<sup>112</sup> Várias têm sido as propostas no sentido de corrigir as atuais regras tributárias através da substituição do conceito de EE. Vd., a este propósito, R. DOERNBERG, "Electronic Commerce and International Tax Sharing", 16 *Tax Notes Int'l*, (1998), p. 1013 e AVI-YONAH, "International Taxation of E-Commerce", 52 *Tax L. Rev.* (1996-1997), sugerindo a existência de uma retenção na fonte no local de consumo dos bens e serviços, semelhante ao funcionamento dos impostos indiretos.

vigor se apoiam para alocar os poderes tributários à fonte ou à residência,<sup>113</sup> o grupo de trabalho concordou em monitorizar e analisar a informação relativa a novas propostas que possam surgir, bem como avaliar se as opções discutidas no relatório, apesar de não haverem sido implementadas agora, o deverão ser no futuro.<sup>114</sup>

Será, no entanto, permitido aos países que o pretendam, introduzir aquelas medidas nas suas leis nacionais, desde que respeitem os tratados bilaterais em vigor, ou incluí-las em CDT que vierem a celebrar, se entenderem que as medidas adotadas no Projeto BEPS não são suficientes para fazer face às consequências fiscais atinentes ao comércio eletrónico.<sup>115</sup>

Na verdade, uma das principais falhas apontadas por vários autores ao Projeto BEPS foi exatamente esta opção pela manutenção do requisito da presença física, sendo questionado se aquele, apesar de válido à luz dos princípios desenvolvidos nos anos 20, ainda sob o auspício da Sociedade das Nações, hoje em dia estará sequer apto a traduzir a ligação económica de uma particular atividade a um Estado.<sup>116</sup>

A TFDE entende, contudo, que a adaptação do atual conceito de EE, através de uma implementação conjunta com as restantes medidas do Projeto BEPS, é suficiente para mitigar os problemas identificados, posto que muitas sociedades ainda exercem a sua atividade por intermédio de algum tipo de presença física no Estado da fonte, mesmo no seio da economia digital e comércio eletrónico, de modo a estarem presentes no território onde estão os seus clientes e manterem uma interação sustentável e significativa com os mesmos.<sup>117</sup>

Não podemos deixar de expressar a nossa discordância quanto a este entendimento da TFDE. A civilização caminha para um mundo cada vez mais digitalizado, em que a longo prazo, apenas os bens impassíveis de ser traduzidos em *bits* e *bytes*, como vestuário ou peças de mobiliário, não serão transacionados

---

<sup>113</sup> BEPS Ação 1, p. 137.

<sup>114</sup> Com este propósito foi a TFDE foi incumbida, através de um mandato de cinco anos, da análise daquelas questões, que irão ser objeto de um novo relatório a estar completo em 2020.

<sup>115</sup> BEPS Ação 1, p. 137.

<sup>116</sup> Neste sentido Vd., AVI-YONAH e HAIYAN XU, “Global Taxation after the crisis: Why BEPS and MAATM are inadequate responses, and what can be done about it”, *Public Law and Legal Theory Research Paper Series*, Nº 494 (2016).

<sup>117</sup> BEPS Ação 1, p. 137.

exclusivamente na Internet. Mesmo quanto aos bens físicos, até a necessidade de manter um armazém no Estado da fonte poderá ser suprimida, já que aqueles podem ser expedidos da residência da sociedade alienante, ou de qualquer outro lugar onde esta mantenha um armazém, através dos tradicionais circuitos de distribuição, como os correios.

#### 4.2. O NOVO ART. 5º, Nº 4 (PLANO DE AÇÃO 7)

Cientes da específica forma como as multinacionais que desenvolvem atividades de comércio eletrônico encontram para levar a cabo a sua atividade no Estado da fonte sem, no entanto, aí constituir EE, através da manipulação das exceções como atividades preparatórias ou auxiliares, o art. 5º, nº 4 da Convenção foi alterado.

O relatório do Plano de Ação 7 consagra um capítulo exclusivo a esta temática, onde as duas ações convergem.

O objetivo passa por reduzir o âmbito da ‘lista negativa’ do art. 5º, nº 4 às atividades que sejam efetivamente preparatórias ou auxiliares, através da inclusão de a) uma condição “preparatória ou auxiliar” e de b) uma nova regra anti fragmentação.<sup>118</sup>

##### 4.2.1. INTRODUÇÃO DE UMA CONDIÇÃO “PREPARATÓRIA OU AUXILIAR”

Para uma melhor compreensão das alterações, tomemos o exemplo acadêmico de uma sociedade que atua no domínio do comércio eletrônico indireto ou *offline*,<sup>119</sup> i.e., vende bens físicos, dos quais o cliente faz a requisição e pagamento pela Internet, sendo que depois o bem lhe será entregue pelas vias tradicionais.

Algumas empresas, em especial quando se trata de grandes mercados, optam por ter armazéns no Estado em que estão os seus clientes, instalações essas onde guardam os *produtos* que irão posteriormente ser distribuídos nesse território, sendo que essa é, em regra, a única presença física da sociedade na ordem jurídica em que atua. Como vimos, à luz do atual art. 5º, nº 4, a manutenção desse armazém não é suficiente para

---

<sup>118</sup> BEPS Ação 7, p. 10, 28-41.

<sup>119</sup> Vd. *supra* ponto 2.2.2.

gerar um EE, por se considerar que aquele tem uma função auxiliar à atividade principal.<sup>120</sup>

Posto isto, a questão levantada no Projeto BEPS é se certas atividades, como a manutenção do referido armazém, que outrora seriam consideradas como auxiliares ou preparatórias, continuam a ter aquela natureza ou se se tornaram, na verdade, componentes essenciais da atividade principal da sociedade, tendo em conta que, no contexto atual, aquelas podem revestir um caráter de essencialidade quando considerada a atividade comercial no seu todo.

Como resultado, o art. 5º, nº 4 foi modificado, por forma a que só as atividades efetivamente preparatórias ou auxiliares possam beneficiar da exceção, fazendo a distinção entre o que se mantém essencial e o que se mantém acessório.

Nesse sentido, quanto ao articulado propriamente dito, apesar da manutenção de todas as alíneas, estas serão sujeitas a uma condição “preparatória ou auxiliar”, *i.e.*, da atividade referida nas alíneas não poderá resultar um EE, desde que essa atividade ou, no caso da al. f), a combinação das atividades levadas a cabo, tenha apenas um caráter preparatório ou auxiliar.<sup>121</sup>

Por sua vez, as alterações ao Comentário ajudam a interpretar a referida condição, tendo sido adicionado que “Como regra geral, uma atividade que tenha um caráter preparatório é aquela que é levada a cabo com vista à prossecução do que constitui o essencial e com mais peso na atividade da empresa considerada no seu todo. Como uma atividade preparatória geralmente precede outra atividade, geralmente será prosseguida por pouco tempo, sendo que a sua duração deverá ser determinada de acordo com a atividade principal da empresa. /.../ Uma atividade que tenha um caráter auxiliar, por outro lado, geralmente consistirá numa atividade de suporte à atividade principal, sem ser, no entanto, parte desta. É pouco provável que uma atividade que requeira uma proporção significativa de ativos ou funcionários da empresa possa ser considerada como tendo um caráter auxiliar”.<sup>122</sup>

---

<sup>120</sup> Vd. *supra* ponto 1.3.4.

<sup>121</sup> BEPS Ação 7, p. 29.

<sup>122</sup> Comentário ao art. 5º, novo §21.2. (nossa tradução).

Por se tratarem de noções difíceis de conceptualizar, em que é necessário averiguar caso a caso se aquela específica atividade, tendo em conta a atividade desenvolvida no seu conjunto pela sociedade, tem um carácter preparatório, auxiliar, ou essencial, esta interpretação é facilitada pela inserção de vários exemplos de casos concretos.

No específico caso do comércio eletrónico, da introdução desta cláusula resulta que o exemplo atrás fornecido, de uma empresa não residente que mantenha no Estado da fonte um armazém onde guarda os produtos que vende pela Internet e a partir dessa instalação faz a distribuição daqueles aos seus clientes, deixa de poder beneficiar da exceção prevista na al. a).

Isto porque, como vem expressamente referido no novo §22 do Comentário ao art. 5º, uma sociedade que utilize um armazém no Estado da fonte e onde mantenha um elevado número de funcionários, com o propósito de armazenar e distribuir produtos que nesse Estado tenha vendido pela Internet, não será de considerar como tendo um carácter meramente auxiliar, mas sim como desempenhando funções essenciais à atividade principal de venda e distribuição de produtos.

Desde a introdução da ‘lista negativa’ no art. 5º muitos foram os progressos no modo como as sociedades passaram a desenvolver a sua atividade, e o Direito tem de ser capaz de traduzir a realidade, sob pena de se tornar obsoleto. Atualmente, para uma empresa cuja atividade principal seja a venda de bens *online* e distribuição dos mesmos aos seus clientes, a manutenção de um armazém no Estado onde aqueles se encontram, por forma a mais rapidamente realizar a entrega dos produtos e gerir com mais eficiência os seus inventários, pode e deve ser considerada como um componente do núcleo essencial das atividades prosseguidas pela empresa, apta a traduzir uma presença económica significativa daquela no Estado da fonte e, como tal, se preencher todos os requisitos previstos no 5º, nº 1, dever aquela instalação ser considerada um seu EE.

Contudo, houve Estados que se manifestaram no sentido de verem algumas das atividades referidas no art. 5º, nº 4 da Convenção como intrinsecamente auxiliares à atividade principal, e, de modo a providenciar um maior grau de certeza, tanto para as

administrações fiscais como para os contribuintes, optaram por não as sujeitar à condição referida *supra*.<sup>123</sup>

Nesse sentido, estes Estados serão livres de, contrariamente à solução acima defendida, emendar o art. 5º, nº 4 por forma a apenas sujeitar à condição “preparatória ou auxiliar” a al. e), reformulada, excluindo expressamente as atividades das al. a) a d),<sup>124</sup> do que se depreende que, então, a manutenção de um armazém nos termos do §22 do Comentário, neste caso, não será suficiente para constituir EE no Estado da fonte. Mas vejamos a segunda alteração.

#### 4.2.2. NOVA REGRA ANTI FRAGMENTAÇÃO

Como vimos, a atual regra anti fragmentação do §27.1. do Comentário ao art. 5º não é adequada para impedir a elisão fiscal das multinacionais através da especial organização das suas atividades, pois das três modalidades – (i) fragmentação das atividades de uma entidade em micro operações num território, (ii) fragmentação das atividades, alocando-as a várias entidades pertencentes a um mesmo grupo a operar num território e (iii) fragmentação das atividades por vários territórios – integra na sua previsão apenas a primeira.

Ora, esta nova regra anti fragmentação dirá respeito à segunda modalidade, e irá funcionar através da introdução de um novo ponto 4.1. ao art. 5º e de três novos parágrafos ao respetivo Comentário (§30.2., §30.3. e §30.4.).

Assim, a organização das atividades por forma a beneficiar da exceção do art. 5º, nº 4 deixará de ser eficaz quando:

- a) a sociedade já disponha nesse Estado de um qualquer EE, ou
- b) a atividade existente considerada no seu todo, resultado da combinação de atividades levadas a cabo nesse Estado, não tenha uma natureza preparatória ou auxiliar, o que incluirá, agora, também as atividades prosseguidas por entidades residentes pertencentes ao grupo.<sup>125</sup>

---

<sup>123</sup> BEPS Ação 7, p. 38.

<sup>124</sup> *Id.*

<sup>125</sup> BEPS Ação 7, p. 39.

Em ambos os casos, para que a regra possa ser aplicada, essas atividades devem constituir funções complementares, parte do todo coerente que é a atividade comercial prosseguida pela multinacional.

Com a introdução desta nova regra anti fragmentação, mesmo quanto aos países que não adotem a condição “preparatória ou auxiliar”, um armazém mantido no Estado da fonte pela empresa não residente poderá, ainda assim, constituir um seu EE.<sup>126</sup>

Trata-se da consequência lógica da decisão de restringir o âmbito do art. 5º, nº 4 a atividades que tenham efetivamente um caráter preparatório ou auxiliar visto que, na sua ausência, as multinacionais contornavam a antiga regra anti fragmentação constante do §27.1. do Comentário, através de entidades relacionadas, que executavam partes da atividade comercial fragmentada, sendo que se combinadas com a atividade prosseguida por instalações mantidas nesse mesmo Estado, ultrapassariam aquele âmbito.

Contudo, esta medida não irá abranger a fragmentação internacional das atividades. Com a globalização, políticas de unificação de mercados, esbatimento das fronteiras, liberalização do comércio, melhorias nas vias de comunicação e meios de transporte, é extremamente fácil para uma sociedade organizar as suas atividades entre vários Estados, por forma a apenas ter em cada um uma presença meramente auxiliar, caindo no âmbito do art. 5º, nº 4, mesmo com as alterações propostas.

Além disso, esta medida poderá levar a um tratamento desigual entre as sociedades que organizam as suas atividades verticalmente, que poderão ver o seu número de EE proliferar e aquelas que organizam as suas atividades horizontalmente, recorrendo a entidades terceiras independentes, como distribuidores, operadores de armazéns, *ISP* e *CSP*.

O Plano de Ação 7 propõe ainda alterações aos pontos 5 e 6 do art. 5º, relativos ao EE Agência, com o objetivo de fazer face ao planeamento fiscal das multinacionais através de contratos de comissão com as suas subsidiárias no Estado da fonte, não preenchendo, assim, os requisitos para que se constitua EE. Contudo, essa proposta não vai ser analisada no presente trabalho, visto que extravasa o seu âmbito, estando este circunscrito às respostas do Projeto BEPS aos específicos problemas do comércio eletrónico. Embora este seja um esquema também usado pelas empresas que atuam no

---

<sup>126</sup> Comentário, novo §30.4., exemplo B.

domínio do comércio eletrónico, não se reconhece que derive predominantemente das suas características e da sua forma *sui generis* de prosseguir a atividade comercial.

#### 4.3. IMPLEMENTAÇÃO DAS MEDIDAS ADOTADAS ATRAVÉS DA CONVENÇÃO MULTILATERAL

Tratando-se as medidas adotadas de alterações à Convenção e ao respetivo Comentário, para que tenham um efeito prático, terão de ser incorporadas nas CDT atualmente em vigor.

Como é fácil imaginar, uma atualização individualizada das mais de 3000 convenções vigentes, envolvendo as distintas pretensões de cerca de cem países, com diferentes interpretações da aplicabilidade e validade do Comentário, tratar-se-ia de um processo moroso, traria incerteza e insegurança, e poderia permitir iniciativas individuais e descoordenadas por parte de alguns Estados.

Como tal, as novas medidas irão ser implementadas nas CDT, atualizando-as, de forma sincronizada e eficiente, através da conclusão de um instrumento multilateral, previsto no Plano de Ação 15 do Projeto BEPS (a não ser que os Estados prefiram celebrar tratados bilaterais para o efeito, caso pretendem uma inserção mais célere das medidas nas suas relações internacionais),<sup>127</sup> cuja cerimónia de assinatura está agendada para junho de 2017.

Quanto às medidas analisadas no presente trabalho, estão previstas na Convenção Multilateral pelo seu art. 13º.<sup>128</sup>

Relativamente à condição “preparatória ou auxiliar”, como previsto no relatório, os Estados contratantes poderão optar entre sujeitar todas as alíneas do art. 5º, nº 4 à condição, que configura na Convenção Multilateral como Opção A, consignada no parágrafo 2, ou, caso entendem que as atividades das al. a) a d) são intrinsecamente

---

<sup>127</sup> OECD, *Final Report on BEPS Action Plan 15 (Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties)*, OECD, Paris (2015), p. 10; Vd. também F. SERRANO ANTON, “La era post beps o la ejecución de su plan de acción: convenio multilateral vs. implementación unilateral”, 12 *Quincena Fiscal* (2016), p. 136., J. SCHWARTZ, “Multilateral Tax Treaty: if we build it, will they come?”, in *Kluwer International Tax Blog*.

<sup>128</sup> O texto da Convenção Multilateral está disponível em: <http://www.oecd.org/tax/treaties/multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-BEPS.pdf>

preparatórias ou auxiliares à atividade principal, sujeitar à condição apenas a al. e), reformulada, excluindo expressamente as atividades das alíneas anteriores, que será, por sua vez, a Opção B, prevista no parágrafo 3.

A nova regra anti fragmentação vem prevista no parágrafo 4, nos mesmos termos que no relatório da Ação 7.

Contudo, como as medidas propostas pela Ação 7 não fazem parte dos objetivos mínimos a alcançar pelo projeto BEPS, a sua implementação não é de caráter obrigatório, mesmo para os Estados que ratifiquem a Convenção Multilateral, sendo estes livres de adotar todas as propostas, algumas ou nenhuma.<sup>129</sup>

Foram ainda vários os países que colocaram objeções às alterações propostas ao art.5º, designadamente, os Estados Unidos, que rejeitaram veemente inclui-las na alteração de 2016 à sua convenção modelo,<sup>130</sup> inspirada na Convenção da OCDE e que não vão ratificar o instrumento multilateral.<sup>131</sup>

Do mesmo modo, revela-se preocupante a existência de iniciativas individuais dentro do próprio grupo da OCDE, como a mais recente “Diverted Profits Tax” do Reino Unido.

Abre-se aqui um espaço para nos interrogarmos, então, sobre qual será a verdadeira eficácia das alterações ao art. 5º, nº 4, quando, para se lograr obter resultados, era desejável que fossem inseridas no maior número possível de CDT, e, no limite, e a título de mera hipótese académica, podem acabar por não ser implementadas em nenhuma, ou num número muito reduzido.

Ademais, esta falta de coordenação poderá originar conflitos entre os países envolvidos no processo aquando da transposição das medidas para as suas CDT, já que um país pode querer vê-las aplicadas na Convenção entre ambos e o outro não.

---

<sup>129</sup> Art. 13º-6 da Convenção Multilateral.

<sup>130</sup> Vd. February 17, 2016 1 PREAMBLE TO 2016 U.S. MODEL INCOME TAX CONVENTION, último parágrafo.

<sup>131</sup> LEE A. SHEPPARD e STEPHANIE S. JOHNSTON, “U.S. 'Extremely Disappointed' in DPT and BEPS Output, Stack Says”, *Tax Notes Int'l.* (2015).

## CONCLUSÃO

### I.

Aplaudindo a iniciativa da OCDE, há que reconhecer que irão continuar a descoberto muitas situações.

No nosso entender, a opção da OCDE pela manutenção do conceito de EE, alicerçado na ideia de que para uma sociedade ter uma presença económica significativa num determinado Estado, aí deve levar a cabo a sua atividade por intermédio de uma presença física, não é consentâneo com a realidade atual.

Com efeito, o Estado da fonte continuará a ver-se privado de tributar os lucros auferidos pelas sociedades não residentes, obtidos através da venda de bens intangíveis e prestações de serviços no seu território, sem intermédio de qualquer instalação fixa ou agente dependente, v.g., o caso do comércio eletrónico direto ou *online*.

Uma sociedade que não está fisicamente presente num Estado, mas aí tem os seus clientes e mantém um elevado volume de negócios, deve ser considerada como tendo uma presença económica significativa nesse mesmo Estado, e, por conseguinte, assegurar-se-ão as pretensões da fonte em comungar nos rendimentos obtidos dentro das suas fronteiras.

Ao não terem sido adotadas as soluções mais inovadoras, relativas a uma tributação sobre a presença económica, os cofres dos Estado da fonte irão continuar a ver-se privados de milhões em receitas fiscais, não se logrando atenuar, substancialmente, a injusta repartição dos rendimentos empresariais no espaço.

Contudo, não ignoramos que as referidas medidas apenas podem não ter sido adotadas de momento, não tendo havido um não categórico a uma sua futura introdução, bem como a discricionariedade concedida aos países que, se assim entenderem, as transpor para as suas CDT ou sistema jurídico interno.

### II.

Tendo referido que o maior ou menor sucesso das medidas BEPS dependeria de uma sua adoção e implementação concertada, coordenada e conjunta, a existência de

iniciativas individuais e a recusa dos EUA, uma das maiores potências mundiais, em adotar as alterações ao art. 5º da Convenção na sua convenção modelo de 2016, poderão reduzir, substancialmente, o seu efeito prático.

No mesmo sentido, lembremo-nos, que mesmo os países que adotaram as medidas e subscreveram a Convenção Multilateral, são livres de escolher quais as que pretendem ver inseridas nas suas CDT, se a condição “preparatória ou auxiliar”, se a nova regra anti fragmentação, ambas ou mesmo nenhuma.

Deste modo, a não ser que a adoção das medidas seja de carácter compulsório, não vemos como poderá a OCDE atingir os objetivos a que se propõe.

## V.

Embora o verdadeiro efeito do Projeto BEPS ainda não possa ser avaliado, não há dúvidas de que ajudará a mitigar alguns dos problemas advenientes do comércio eletrónico e ficou a promessa de uma análise continuada de novas soluções.

Logrou-se igualmente atrair a atenção dos Governos, académicos, membros da sociedade civil e organizações internacionais para o problema e, acima de tudo, das próprias multinacionais.

Neste aspeto, entendemos que uma das principais mudanças que esta iniciativa trará é o facto de ter alertado estas sociedades para o dever de pagar a sua quota-parte de impostos, evitando um planeamento fiscal agressivo, mesmo que apenas *extra legem*.

Além disso, a longo prazo, em virtude de políticas protecionistas e iniciativas individualistas, poderíamos assistir a um processo de reversão da globalização, do qual quem sairia mais prejudicado seriam as referidas multinacionais.

Concluindo, somos da opinião de que este Projeto não pode ser visto como algo de definitivo, mas sim como o início de um processo muito mais complexo, talvez a semente de uma verdadeira reforma do DFI, assente em paradigmas adequados às necessidades da sociedade contemporânea.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABRAMS, H.; DOERNBERG, R. L., “How Electronic Commerce Works”, 13 *St. Tax Notes* (1997), 123-136.
- ADAMS, T. S., “The Taxation of Business”, in *Proceedings of the National Tax Association* (1917).
- ANTON, F. S., “La era post BEPS o la Ejecución de su Plan de Acción: Convenio Multilateral vs. Implementación unilateral”, 12 *Quincena Fiscal* (2016), 129-164.
- ARNOLD, B. J.,
- “Article 5: Permanent Establishment”, *Global Tax Treaty Commentaries*, IBFD (2014).
  - *International tax primer*, Kluwer Law International, 3<sup>a</sup> ed., Alphen aan den Rijn, (2016).
  - “Threshold Requirements for Taxing Business Profits under Tax Treaties”, 57 *Bulletin for International Taxation*, Nº 10 (2003), 476-492.
- AULT, H. J.
- “Base Erosion and Profit Shifting: A Roadmap for Reform”, 68 *Bulletin for International Taxation* (2014), 275-79.
  - “Some Reflections on the OECD and The Sources of International Tax Principles”, *Tax Notes Int’l*, June 17 (2013), 1195-1201.
  - “The role of the OECD Commentaries in the interpretation of Tax Treaties”, 22 *Intertax* (1994), 144-148.
- AVERY JONES, J. F.; LÜDICKE, J., “The Origins of Article 5(5) and 5(6) of the OECD Model”, *World Tax Journal* (2014), 203-241.
- AVI-YONAH, R. S.
- e HALABI, O. “A Model Treaty for the Age of BEPS”, *Law & Economics Working Papers*, Nº 103 (2014).

- e XU, H. “Global Taxation after the crisis: Why BEPS and MAATM are inadequate responses, and what can be done about it”, *Public Law and Legal Theory Research Paper Series*, N° 494 (2016).
- “Globalization, tax competition, and the fiscal crisis of the welfare state”, 113 *Harv. L. Rev.* (2000), 1573-1676.
- “International Taxation of E-Commerce”, 52 *Tax L. Rev.* (1996-1997), 507-556.
- “Tax Competition and E-Commerce”, 23 *Tax Notes Int'l* (2001), 1395-1400.
- “The Structure of International Taxation: A Proposal for Simplification”, 74 *Tex. L. Rev.* (1995-1996), 1301-1359.

BUCHANAN, R. J., “The New-Millennium Dilemma: Does Reliance On The Use Of Computer Servers And Websites In A Global Electronic Commerce Environment Necessitate A Revision To The Current Definition Of A Permanent Establishment?”, 54 *S.M.U. L. Rev.* (2001), 2109-2152.

BRAUNER, Y., “What the BEPS”, 16 *Florida Tax Review* (2014), 55-115.

BROOKS, K., “Inter-Nation Equity: The Development of an Important but Underappreciated International Tax Value”, in *Tax Reform in the 21st Century*, Kluwer Law International, 2008.

COCKFIELD, A. J.

- “Balancing National Interests in the Taxation of Electronic Commerce Business Profits”, 74 *Tul. L. Rev.* (1999), 133-217.
- “Designing Tax Policy for the Digital Biosphere: How the Internet is Changing Tax Laws”, 34 *Conn. L. Rev.* (2002), 333-403.
- “Reforming the permanent establishment principle through a quantitative economic presence test”, 38 *Can. Bus. L. J.* (2003), 400-422.
- “Tax policy, electronic commerce, and developing countries”, in *Law - Volume I*, EOLSS Publications, 2009.
- “Transforming the Internet into a Taxable Forum: A Case Study in E-Commerce Taxation”, 85 *Minn. L. Rev.* (2001), 1171-1266.

CORDELL, A., "New Taxes for a New Economy", 2 *Government Information in Canada*, N° 4.2.

DOERNBERG, R. L.

– “Electronic Commerce and International Tax Sharing”, 16 *Tax Notes Int’l*, (1998), 1013-1022.

– *Electronic Commerce and Multi-Jurisdictional Taxation*, Kluwer Law International (2001).

ERNICK, D., “Base Erosion, Profit Shifting and the future of the Corporate Income Tax”, 42 *Tax Management International Journal* (2013), 671-686.

FORST, D. L., “Old and New Issues in the Taxation of Electronic Commerce”, 14 *Berkeley Tech. L.J.* (1999), 711-719.

FRIEDEN, KARL; PORTER, MICHAEL, “The Taxation of Cyberspace: State Tax Issues Related to the Internet and Electronic Commerce”, 14 *St. Tax Notes* (1996) 1363-1367.

GIANNI, MONICA, “The OECD’s Flawed and Dated Approach to Computer Servers Creating Permanent Establishments”, 17 *Vand. J. Ent. & Tech. L.* (2014), 1-38.

HELLERSTEIN, W.

– "Electronic commerce and the challenge for tax administration", in *Seminar on Revenue Implications of E-commerce on Development*, Genebra (2002).

– “State Taxation of Electronic Commerce”, 52 *Tax L. Rev.* (1996-1997), 425-506.

– “Telecommunications and Electronic Commerce: Overview and Appraisal”, 12 *St. Tax Notes* (1997), 519-525.

HINNEKENS, L.

– “Looking for an Appropriate Jurisdictional Framework for Source-State Taxation of International Electronic Commerce in the Twenty-first Century”, 26 *Intertax* (1998), 192-200.

- “The Challenges of Applying VAT and Income Tax: Territoriality Concepts and Rules to International Electronic Commerce”, 26 *Intertax* (1998), 52-70.
- HOFFART, B., “Permanent Establishment in the Digital Age: Improving and Stimulating Debate Through an Access to Markets Proxy Approach”, 6 *Nw. J. Tech. & Intell. Prop.* (2007), 105-121.
- HONGLER, P.; PISTONE, P., “Blueprints for a New PE Nexus to Tax Business Income in the Era of the Digital Economy”, IBFD, Working Paper N° 20 (2015).
- HORNER, F. M.; OWENS, J., “Tax and the Web: New Technology, Old Problems”, 50 *Bull. Int’l Fic.* (1996), 516-523.
- HUANG, B. M., “Walking the thirteenth floor: the taxation of virtual economies”, 17 *Yale J. L. & Tech.* (2015), 224-281.
- KEMMEREN, E. C. C. M., “Legal and Economic Principles support an origin and import neutrality-based over a residence and export neutrality-based tax treaty policy”, in *Tax Treaties: Building Bridges between Law and Economics*, IBFD (2010).
- LEAGUE OF NATIONS, *Double Taxation and Tax Evasion — Report and Resolutions submitted by the Technical Experts to the Financial Committee*, Genebra (1925).
- LEAGUE OF NATIONS, *Report on Double Taxation Submitted to the Financial Committee*, Bruins, Einaudi, Seligman and Sir Josiah Stamp, Genebra (1923).
- LEITE DE CAMPOS, D., “A Internet e o Princípio da Territorialidade dos Impostos”, 58 *Revista da Ordem dos Advogados* (1998), 637-643.
- LÜDICKE, J., “Recent commentary changes concerning the definition of permanent establishment”, 58 *Bulletin for International Taxation* (2004), 190-194.
- MCLURE, C. E., “Taxation of Electronic Commerce: Economic Objectives, Technology Constraints, and Tax Laws”, 52 *Tax L. Rev.* (1997), 269-424.

MCITYRE, M. J., “Commentary Taxing Electronic Commerce Fairly and Efficiently”,  
*52 Tax L. Rev.* (1996-1997), 625-54.

MUSGRAVE, PEGGY B.

– “Principles for Dividing the State Corporate Tax Base”, in *The State Corporation Income Tax: Issues in Worldwide Unitary Combination*, Hoover Institution Press (1984), 228-252.

– “Sovereignty, Entitlement, and Cooperation in International Taxation”, *26 Brook. J. Int'l L.* (2001), 1335-1356.

– “Taxing International Income: Further Thoughts”, *26 Brook. J. Int'l L.* (2001), 1477-1480.

NABAIS, J. C.

– *Direito Fiscal*, Almedina, Coimbra, 3<sup>a</sup> Ed, Almedina, Coimbra (2001).

– *O dever fundamental de pagar impostos*, Almedina, Coimbra (1998).

OECD

– *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, 2015.

– *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing, Paris, 2013.

– Committee on Fiscal Affairs, “Electronic Commerce: taxation Framework conditions”, *Directorate for Financial, Fiscal and Enterprise Affairs*, OECD Publishing, Paris, 1998.

– Committee on Fiscal Affairs, *Ottawa Taxation Framework Conditions*, OECD Publishing, Paris, 2000.

– *Final Report on BEPS Action Plan 15 (Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties)*, OECD Publishing, Paris, 2015.

– *Interpretation and Application of Article 5 (Permanent Establishment) of the OECD Model Tax Convention: draft discussion*, OECD Publishing, Paris, 2012.

- *Model Tax Convention on Income and on Capital 2014 (Full Version)*, OECD Publishing, 2015.
- *Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting*, OECD, 2016.
- *Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action 7 – 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, 2015.
- *The economic and social impact of Electronic Commerce: Preliminary Findings and Research Agenda*, OECD Publishing, Paris, 1998.
- *Revised proposals concerning the interpretation and application of Article 5 (Permanent Establishment): draft discussion*, OECD Publishing, 2013.

Office of Tax Policy, Treasury Department, *Selected Tax Policy Implications of Global Electronic Commerce* (1996).

PEREIRA, P. R., “Em Torno dos Princípios do Direito Fiscal Internacional”, in *Lições de Fiscalidade, Gestão e Planeamento Fiscal Internacional*, Vol. II, Almedina, 2015.

PILTZ, D. J., “When is there an agency permanent establishment?”, 58 *Bulletin for International Taxation* (2004) (Volume 58), 196-201.

PINTO, D., *E-Commerce and Source-based income Taxation*, IBFD, Amesterdão, 2002.

PIRES, R.C.

- “O comércio electrónico como realidade económica e fiscal – a necessidade de tributar o rendimento gerado através do comércio electrónico”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*. Vol. IV, Almedina, 2011.
- *Tributação internacional do rendimento empresarial gerado através do comércio electrónico: desvendar mitos e construir realidades*, Almedina, Coimbra, 2011.

- “Uncovering a brave new world on taxation: income from the digital economy”, in *International taxation: new challenges*, coord. JOÃO SÉRGIO RIBEIRO, Universidade do Minho – Escola de Direito (2017).
- PÖTGENS, F., *Income from International Private Employment*, IBFD, 2007.
- SASSEVILLE, J., “Agency relationship: when is there a permanent establishment?”, 58 *Bulletin for International Taxation* (2004), 194-196.
- SCHAEFER, B., “International Taxation of Electronic Commerce Income: A Proposal to Utilize Software Agents for Source-Based Taxation”, 16 *Santa Clara High Tech. L.J.* (2000), 111-140.
- SCHWARTZ, J., “Multilateral Tax Treaty: if we build it, will they come?”, in *Kluwer International Tax Blog*, 05/jul/2015.  
<http://kluwertaxblog.com/2015/09/05/multilateral-tax-treaty-if-we-build-it-will-they-come/> consult. em 26/abr/2017
- SHEPPARD, L. A.; JOHNSTON, S. S., “U.S. 'Extremely Disappointed' in DPT and BEPS Output, Stack Says”, in *Tax Analysts*, 15/jun/2015.  
<http://www.taxanalysts.org/content/us-extremely-disappointed-dpt-and-beps-output-stack-says> consult. em 2/Mai/2017.
- SINGH, K., “Taxing E-Commerce on the Basis of Permanent Establishment: Critical Evaluation”, 42 *Intertax* (2014), 325-333.
- SKAAR, A. A., *Permanent Establishment: Erosion of a Tax Treaty Principle*, Kluwer Law International, 1995.
- TANZI, V., “Globalization, Technological Developments, and the Work of Fiscal Termites”, 26 *Brook. J. Int'l L.* (2001), 1261-1284.
- TILLINGHAST, D., “The impact of the Internet on the taxation of international transactions”, 50 *Bull. In'tl Fisc.* (1996), 524-526.
- U.S. TREASURY DEPARTMENT, *February 17, 2016 1 Preamble To 2016 U.S. Model Income Tax Convention*.

VOGEL, K.

- “Double Tax Treaties and Their Interpretation”, 4 *Int'l Tax & Bus. Law.* (1986), 1-85.
- “Worldwide vs. Source Taxation of Income - A review and re-evaluation of arguments (Part I)”, 16 *Intertax*, Issue 8/9 (1988), 216-229.
- “Worldwide vs. Source Taxation of Income - A review and re-evaluation of arguments (Part II)”, 16 *Intertax*, Issue 10 (1988), 310-320.
- “Worldwide vs. source taxation of Income - A review and re-evaluation of arguments (Part III)”, 16 *Intertax*, Issue 11 (1988), 393-402.

XAVIER, A., *Direito Tributário Internacional*, Almedina, Coimbra, 1997.