

+



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

**As novas regras de abrangência do estabelecimento
estável: BEPS, economia digital e intangíveis (art. 5.º do
CIRC)**

Francisco Mota de Carvalho

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2020

+



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

**As novas regras de abrangência do estabelecimento
estável: BEPS, economia digital e intangíveis (art. 5.º do
CIRC)**

Francisco Mota de Carvalho

Orientador: João Sérgio Feio Antunes Ribeiro

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2020

Resumo

A presente dissertação versa sobre a eventual desadequação do conceito de estabelecimento estável, e dos respectivos testes previstos na CMOCDE, face aos novos desafios originados por atividades exercidas à distância por não residentes.

O surgimento da Economia Digital originou a desatualização dos testes atuais de estabelecimento estável, pelo que têm sido feitos bastantes esforços para alcançar um novo conceito que consiga abranger os novos modelos de negócio digitalizados.

Importa ainda elencar as várias propostas apresentadas de alteração ao conceito de estabelecimento estável, para configurar um novo modelo que permita a tributação de sociedades em jurisdições nas quais não tenham presença física.

É também ponto assente que os ativos intangíveis são um elemento crucial nos novos modelos de negócio dominantes na Economia Digital. Nesta dissertação, introduziremos o conceito de ativo intangível, e a sua especial importância para os negócios altamente digitalizados. Posto isto, será importante debruçarmo-nos sobre todas estas questões, averiguando os trabalhos já realizados e a posição dos vários afetados para podermos retirar as conclusões finais.

PALAVRAS-CHAVE: Economia Digital; Estabelecimento Estável; Tributação Internacional; Repartição Internacional do Direito à Tributação; Estabelecimento Estável Virtual; Presença Física; Ativos Intangíveis; Ativos Intangíveis de Difícil Mensuração;

Abstract

This dissertation is about the inappropriate rules of the permanent establishment principle, and the tests described in OCDE Model Convention, regarding the new challenges created by the new businesses being developed by non-residents.

The emergence of the Digital Economy has led to the outdated of the current rules about permanent establishment, resulting in a mission to achieve a new concept that can cover the new digitized business models.

It is also important to list the various proposals presented about changing the concept of permanent establishment, in order to configure a new model that allows the taxation of companies in jurisdictions where they have no physical presence.

It is also understood that intangible assets are a crucial element in the new business models that dominate the Digital Economy. In this dissertation, we will introduce the concept of intangible assets, and its special importance for highly digitalized businesses. Having said that, it will be important to look at all these issues, investigating the work already done and the position of the various affected so that we can draw the final conclusions.

KEY WORDS: Digital Economy; Permanent Establishment; International Taxation; International Division of Taxation Law; Virtual Permanent Establishment; Physical Presence; Intangible Assets; Hard-to-Value Intangible Assets;

Índice

Resumo	5
Abstract.....	6
Índice	7
Lista de siglas e abreviaturas	9
Introdução.....	11
Capítulo I – Economia Digital e os seus desafios	14
1. A tributação na Economia Digital.....	14
2. Identificação e resolução dos problemas originados pela Economia Digital	15
3. Características da Economia Digital	18
Capítulo II – Um novo conceito de estabelecimento estável.....	21
1. Conceito atual nos termos da CMOCDE e do artigo 5.º do CIRC.....	21
2. Descrição cronológica do desenvolvimento de um novo conceito	24
3. A proposta da participação dos utilizadores	26
4. A proposta do <i>marketing</i> de intangíveis.....	29
5. A proposta da presença económica significativa	31
6. Análise geral das propostas apresentadas.....	34
7. Continuação dos trabalhos e a nova proposta da OCDE.....	35
8. Montante A.....	37
9. Montante B.....	40

10. Montante C.....	41
Capítulo III – Ativos Intangíveis.....	45
1. A especialidade do regime dos Ativos Intangíveis	45
2. A influência dos Ativos Intangíveis na Economia Digital.....	49
Conclusão	55
Bibliografia.....	57

Lista de siglas e abreviaturas

Art.: Artigo

Arts.: Artigos

AT: Administração Tributária

B2B: Business to Business

B2C: Business to Consumer

BEPS: Base Erosion and Profit Shipping

CC: Código Civil

CCI: Câmara de Comércio Internacional

CIRC: Código do Imposto sobre o Rendimento de Pessoas Coletivas

CMOCDE: Convenção Modelo da OCDE

Ed.: Edição

EUA: Estados Unidos da América

FASB: Financial Accounting Standards Board

GAAP: Generally Accepted Accounting Principles

IAS: International Accounting Standards

IDC: International Data Corporation

N. °: Número

NCRF: Norma Contabilística e de Relato Financeiro

OCDE: Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico

Pp: Página

Pps: Páginas

SS: Seguintes

TIC: Tecnologias de Informação e Comunicação

UE: União Europeia

Vol: Volume

Introdução

A Economia Digital e os modelos de negócio digitalizados tornam-se cada vez mais influentes e poderosos à medida que vamos caminhando a passos largos para uma sociedade cada vez mais tecnológica.

A International Data Corporation ¹ acredita que em 2020, cerca de 46% das empresas estarão aptas para operar uma transformação digital na sua organização, apelidando estas empresas como os “digitalmente determinados”.

Realmente, esta expressão não é compatível com os modelos de negócio tradicionais que não vêm necessidade de digitalização no seio da sua organização.

Em boa verdade, os negócios já eram celebrados à distância antes do *boom* da Internet, pelo que algumas organizações podem manter-se imutáveis às novas tendências do mundo empresarial.

No entanto, para a grande maioria das empresas, as novas tecnologias de informação e comunicação vieram alterar profundamente a forma como se faz negócio, desde a gestão de stocks ao contacto com o cliente. Mais importante ainda, estas novas tecnologias criam oportunidades sem os custos de outrora, através de processos digitais e plataformas *online*.

A simples venda de produtos para o estrangeiro é, agora, muito mais acessível. Basta apenas criar uma plataforma online e a nossa loja de rua é acessível em qualquer parte do mundo, multiplicando exponencialmente o número de potenciais compradores.

¹ A este respeito, vide International Data Corporation, “*IDC Addresses the Digital Economy and Its Impact on the Future Enterprise*”, 2019, in <https://www.idc.com/getdoc.jsp?containerId=prUS45602119>

As TIC, além deste impacto nos negócios tradicionais de venda de produtos, contribuíram para o surgimento de novos modelos de negócio, quase totalmente digitalizados, que conseguem manter reduzidos custos de produção e altíssimos proveitos.

Estes novos modelos, apoiados na globalização das suas plataformas, trouxeram consigo várias dúvidas sobre a atualidade das regras existentes sobre a tributação de empresas internacionais e das suas atividades exercidas em países estrangeiros.

Os Estados e as suas Administrações Tributárias, viam assim os princípios básicos de tributação internacional a ser abalados por estes novos negócios. A dificuldade em tributar atividades sem presença física num território, e a grande mobilidade destas organizações, coloca grandes desafios aos decisores e legisladores tributários.

A problemática da tributação de sociedades não residentes apoiava-se no princípio de estabelecimento estável, e nos testes previstos na CMOCDE, que tinha como objetivo atribuir direito de tributação a um Estado, de lucros derivados de atividades exercidas no seu território.

Neste momento, os testes presentes para verificar a existência de um estabelecimento estável, afiguram-se como desatualizados e pouco ajustados aos novos negócios conduzidos à distância, sem qualquer presença física no território onde atuam.

Este desajuste origina a necessidade de criação de um novo teste, ou alteração do conceito de estabelecimento estável, para permitir uma melhor redistribuição do direito de tributação dos Estados, sob pena do conceito falhar.

A isto, acresce ainda a dificuldade em alcançar acordos entre todos os Estados, pois a manutenção do *status quo* agrada a alguns e desagrade a outros, pelas consequências de um reajuste da repartição internacional.

Nesta dissertação, teremos a oportunidade de analisar melhor os problemas atuais dos testes de estabelecimento estável, as questões provenientes da Economia Digital, e

também observar o caminho percorrido pelas organizações internacionais e seus membros para dar resposta a estes desafios emergentes.

No último capítulo, o foco será colocado na análise dos ativos intangíveis, que, pela sua natureza, constituem um grande obstáculo à avaliação dos modelos de negócio dependentes destes ativos e, conseqüentemente, dificultam a tributação das respetivas sociedades.

Capítulo I – Economia Digital e os seus desafios

1. A tributação na Economia Digital

No contexto atual de um mundo globalizado e mais próximo, derivado das funcionalidades criadas pelos sistemas de informação e comunicação, urge aos Estados repensarem os princípios de tributação existentes que não acompanham as novas características dos negócios.

As regras tributárias foram pensadas num plano em que a presença física era condição essencial para o exercício da atividade empresarial num local, mas com a constante mudança do mundo empresarial, também a lei fiscal tem de acompanhar os novos tempos.²

Se pensarmos na sociedade e no negócio típico de venda de bens ou até prestação de serviços, pensamos numa sociedade que exerce a sua atividade num local físico, uma loja ou escritório para onde os colaboradores se deslocam diariamente, e que até poderá ter sucursais noutros locais e exercer também aí a sua atividade.

O princípio da repartição internacional do direito à tributação está vertido no regime da tributação de sociedades, que confere o direito de tributação do rendimento global ao Estado da sede da sociedade. Sobre este princípio, Rui Duarte Morais refere “Aos Estados é reconhecido o direito de tributarem, nos termos prescritos pela respetiva lei, o rendimento global (rendimento mundial) das pessoas coletivas neles sediadas. Diferentemente, a tributação dos rendimentos auferidos por não residentes (tributação pelo país da fonte) conhece limitações, por força quer do direito internacional convencional, quer do direito comunitário”.³

Então, em relação às sociedades não residentes no seu território, os Estados ficam limitados a tributar apenas os rendimentos obtidos com o exercício da atividade no seu território.

2 Cfr. NABAIS, José Casalta. “*Introdução ao Direito Fiscal das Empresas*”, Almedina, 2015, pp. 84-85.

3 Cfr. MORAIS, Rui Duarte, “*Apontamentos ao IRC*”, Almedina, 2009, pp. 12

Este princípio, aliado ao conceito de estabelecimento estável, criou um mecanismo adequado à tributação de não residentes, mas que agora enfrenta obstáculos de difícil resolução.

Os testes de estabelecimento estável elencados na CMOCDE ainda têm como requisito comum, um certo tipo de presença física para constituição de um estabelecimento estável, pelo que os negócios digitalizados facilmente escapam a estes testes.

Ao analisarmos as regras de incidência do imposto sobre o rendimento de pessoas coletivas português (IRC), concluímos que o cenário é idêntico, pois, para o rendimento de uma sociedade estrangeira seja objeto de tributação em Portugal, esta deverá exercer a sua atividade através de um estabelecimento estável, nos termos dos artigos 2.º, número 1.º, alínea c) e artigo 3.º, número 1.º, alínea c) do CIRC.

Ora, estes critérios provam-se desajustados à nova realidade digital, por haver sociedades que operam em Estados sem necessidade de ter qualquer presença fixa nesse território.

Analisando alguns exemplos, podemos verificar isso mesmo, como é o caso das redes sociais por sociedades estrangeiras. Estas sociedades operam em praticamente todos os Estados do globo, como Portugal, mas têm a sua sede noutra Estado como Estados Unidos da América, têm os seus servidores europeus, por exemplo, nos Países Baixos e o suporte ao cliente poderá ser feito a partir dum escritório europeu, em alguns casos na Irlanda. Neste exemplo, a sociedade opera em Portugal, disponibiliza o seu conteúdo em Portugal, mas não têm qualquer instalação fixa ou qualquer tipo de presença física em Portugal. No entanto, a utilização da plataforma pelos utilizadores e clientes portugueses gera lucros que não são tributados pelo Estado Português.

Esta discrepância torna-se um problema grave com o aumento constante do volume do mercado digital, e pelas suas características, as sociedades têm a liberdade de deslocar alguns elementos do seu negócio e optarem pela jurisdição que melhor lhes aprouver.

2. Identificação e resolução dos problemas originados pela Economia Digital

Assim, para fazer face aos problemas fiscais resultantes da Economia Digital, os Estados e as organizações internacionais, como a OCDE, têm analisado esta desigualdade

tributária e tentado criar soluções que permitam uma repartição mais justa da tributação das sociedades presentes no mercado digital.

Para já, as propostas têm-se focado numa tributação com base em elementos essenciais da atividade dessas sociedades, como veremos posteriormente, desenvolvendo o conceito de “presença digital significativa”⁴.

Embora haja algum progresso, este processo tem tido avanços e recuos alternados, pelo que alguns Estados têm, unilateralmente, criado impostos com o objetivo de tributar especificamente as sociedades que operam “à distância” do seu território.

Neste sentido, o Estado Francês, a 25 de julho de 2019, publicou a “*LOI n° 2019-759*”⁵, que regula um imposto com uma taxa de 3% sobre os lucros derivados de atividades relacionadas com dados de utilizadores localizados no território francês.

O legislador francês, com a nova lei, pretende tributar plataformas de ligação entre utilizadores, ou seja, serviços de intermediação para venda de bens e serviços entre utilizadores, como as plataformas Amazon ou OLX.

Também estão abrangidos serviços vendidos a empresas de publicidade que têm como objetivo distribuir a sua publicidade de forma direcionada a utilizadores alvo, através dos dados reunidos sobre esses utilizadores. Também a venda desses dados é tributada no âmbito desta lei. Assim, uma empresa que preencha os requisitos subjetivos de tributação⁶, se obtiver dados de utilizadores franceses e os vender a uma empresa terceira de publicidade, será tributada no âmbito desta lei.

⁴ EUROPEAN COMMISSION, “*Proposal for a Council Directive on the common system of a digital services tax on revenues resulting from the provision of certain digital services*”, 2018, Bruxelas.

⁵ Cfr. *Journal Officiel de la République Française*, “*LOI n° 2019-759 du 24 juillet 2019 portant création d'une taxe sur les services numériques et modification de la trajectoire de baisse de l'impôt sur les sociétés*”, de 25 de julho de 2019.

⁶ A este respeito, nos termos da Lei Francesa n.º 2019-759 de 24 julho de 2019, Artigo 1º, III, n.º 1, são tributadas as empresas que, independentemente do local onde estejam estabelecidas, a totalidade do grupo societário em que se inserem representa mais de 750 milhões de euros em serviços digitais em todo o mundo, e mais de 25 milhões de euros nos mesmos serviços, mas prestados em território francês.

O Estado Espanhol quis seguir o caminho pavimentado pelo país vizinho e a 28 de fevereiro de 2020, apresentou um projeto de lei intitulado “*Proyecto de Ley del Impuesto sobre Determinados Servicios Digitales*”⁷. À semelhança da lei francesa, o projeto de lei espanhol foca-se nos mesmos três tipos de atividades tributáveis, sendo eles os serviços de publicidade direcionada, os serviços de intermediação e os serviços de transmissão de dados de utilizadores.

Para já, ambos os Estados têm adiado a implementação prática das respetivas leis. O Governo Francês adiou o pagamento do imposto até dezembro de 2020 e o Governo Espanhol ainda não conseguiu ultrapassar o processo de aprovação parlamentar. Estes impasses devem-se muito à pressão política e económica feita pelos Estados Unidos da América, que, por exemplo, ameaçou o Estado Francês de retaliação fiscal com o aumento de impostos sobre determinados bens franceses⁸. Importa referir que este jogo de interesses é relevantíssimo para os Estados Unidos da América, por serem a base territorial de vários gigantes da tecnologia, como a Microsoft.

Os Estados aguardam também avanços da Comissão Europeia e da OCDE para reforçar a sua posição.

Prova-se árduo desconstruir princípios fundamentais do direito fiscal, mas é uma necessidade exigida das características do mercado digital. Vejamos o exemplo de uma plataforma de intermediação, já referido supra, na qual uma empresa cria um serviço digital, através de um website, no qual os utilizadores interagem entre si e procedem à venda de bens entre si, funcionando a plataforma apenas como meio de contacto entre utilizadores. Ora, criar um website pode ser feito em qualquer parte do globo, e escolher um *host* em função do local físico do servidor é também tarefa simples. Após este processo, qualquer utilizador pode aceder ao *website* e tirar partido das suas funcionalidades. Se um português cria uma empresa alemã, constrói uma plataforma

⁷ Cfr. *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, “121/000001 Proyecto de Ley del Impuesto sobre Determinados Servicios Digitales”, de 28 de fevereiro de 2020.

⁸ A este respeito, vide NY Times, “U.S. Will Impose Tariffs on French Goods in Response to Tech Tax”, 2020, in <https://www.nytimes.com/2020/07/10/business/us-will-impose-tariffs-on-french-goods-in-response-to-tech-tax.html>.

digital direcionada para o mercado português, opta por um servidor dos Países Baixos, mas cria valor e gera lucro através da utilização da plataforma por utilizadores portugueses, como é que o Estado Português pode tributar esta situação? Não há qualquer contacto físico ou instalação fixa em território português.

Afigura-se, deste modo, tarefa simples planejar o encargo fiscal da empresa que se dedique a atividades com estas características especiais, ficando os Estados limitados a tributar os lucros que se conectem fisicamente no seu território. No exemplo anterior, teríamos conexão, porventura, com o Estado no qual o servidor que aloja o *website* se encontra, mas esta possibilidade cria consequências indesejáveis para uma justa repartição da tributação.

3. Características da Economia Digital

O Grupo de Especialistas de Tributação da Comissão Europeia, identifica três características da Economia Digital: mobilidade, efeitos em rede, e a importância de *data*, dados em massa.⁹

Na Economia Digital, a maior importância dada aos ativos intangíveis face aos ativos tangíveis resultou numa desmaterialização dos produtos, originando uma maior mobilidade dos fatores de produção. A principal distinção em relação ao mercado tradicional é mobilidade dos ativos, especialmente os ativos intangíveis, e a facilidade com que se armazenam ou deslocam produtos digitais.

Os novos modelos de negócio, com materialização virtual nas plataformas online, dependem em larga escala dos efeitos em rede dos seus consumidores ou utilizadores. Exemplificando, um utilizador de uma plataforma de rede social, ou plataforma de partilha de conteúdo, só retira benefícios da sua utilização com a presença de outros utilizadores. A sua utilidade é dependente da quantidade de utilizadores, e estes, tiram tanto proveito da plataforma consoante o número de utilizadores presentes na mesma. Se

⁹ EUROPEAN COMMISSION, “*Report of the Commission Expert Group on Taxation of the Digital Economy*“, 2014, Bruxelas.

for o utilizador único desse serviço, este fica obsoleto e sem utilidade. Por outro lado, no mercado tradicional, um consumidor de um bem tangível pode tirar total proveito do bem sem a dependência de outros utilizadores.

A terceira característica refere-se à importância de *data* para as empresas que atuam nestes mercados. A palavra “*data*”, pelo dicionário *Lexico*¹⁰, significa “factos e estatísticas recolhidos em conjunto para referência ou análise”. No âmbito da Economia Digital, refere-se a dados informáticos recolhidos em massa, com o propósito de analisar padrões dos utilizadores que fornecem essa informação, por vezes inconscientemente. Sobre isto, a expressão “*data is the new oil*” usada na última década reflete bem a relevância que os dados digitais têm na economia digital e global.

Estes dados são oferecidos por todos nós, consumidores, ao interagirmos com as plataformas digitais: onde clicamos, o que vemos, quanto tempo vemos, o que compramos ou o que pesquisamos, são exemplos de dados recolhidos por estas plataformas. Os negócios altamente digitalizados beneficiam desta informação para identificar correntes e comportamentos dos seus utilizadores, e aplicarem essa informação em marketing personalizado, por exemplo.

Os Autores Conceição Gamito, Joana Branco Pires e Filipe Cunha Marques¹¹, distinguem ainda três características da Economia Digital: modelos de negócio com grupo de consumidores abrangente, tendências monopolistas ou oligopolistas do mercado, e a sua volatilidade.

Sobre os modelos de negócio com um grupo de consumidores ou utilizadores bastante alargado ou abrangente, os Autores identificam que estas atividades são facilmente diversificadas para terem o maior número de consumidores possível, sem qualquer tipo de diferenciação, especialmente regional. A mobilidade destes negócios permite a sua inserção em, praticamente, todos os mercados e jurisdições do globo.

¹⁰ Cfr. definição in <https://www.lexico.com/definicao/data>;

¹¹ GAMITO, Conceição., PIRES, Joana Branco, & MARQUES, Filipe Cunha, “*Digital Economy Taxation: the quest for a perfect solution*”. in RIBEIRO, João Sérgio, “*International Taxation: New Challenges*”, Braga, Escola de Direito da Universidade do Minho, 2017, pp. 11-20.

Os Autores reconhecem que um bom modelo de negócio na Economia Digital pode atingir o monopólio, pois, a multiplicação dos utilizadores acontece devido aos efeitos de rede, reduzindo as opções dos restantes competidores para adaptação a pequenos nichos de mercado.

Devido ao baixo investimento na distribuição do serviço, os Autores referem a constante entrada de novas ideias e *planes* no mercado, o que causa a sua volatilidade e mudança constante. Neste sentido, o sucesso ao longo do tempo só é possível através do investimento constante em inovação, ou pela constante aquisição de potenciais novas ideias - ativos intangíveis. Este procedimento é adotado, por exemplo, pelos gigantes grupos da tecnologia Google ou Facebook.

É certo que o trajeto do combate aos desafios do mercado digital parece delineado, com os legisladores focados na publicidade direcionada aos utilizadores de determinado Estado, e na importância que os utilizadores locais têm no fornecimento gratuito de dados, mas que tem muitíssimo valor para estes modelos de negócio.

É nestas atividades que os decisores procuram dar resposta ao maior desafio da economia digital: aplicar o princípio da territorialidade e da repartição internacional, ao tentar encontrar uma conexão entre o lucro tributável e o Estado no qual o lucro é criado.

De seguida, analisaremos o desenvolvimento do tema promovido pela OCDE e pela União Europeia.

Capítulo II – Um novo conceito de estabelecimento estável

1. Conceito atual nos termos da CMOCDE e do artigo 5.º do CIRC

Atendendo aos desafios e consequências originadas pela Economia Digital, facilmente percebemos que o conceito atual de estabelecimento estável não é adequado às necessidades do mercado.

Para que uma sociedade não residente seja um sujeito passivo de uma relação tributária noutro Estado, é necessário verificar-se uma atividade significativa que permita a essa jurisdição tributar os lucros da sociedade.

Nesse sentido, a OCDE, na Convenção Modelo da OCDE¹², estabeleceu um modelo para os Estados se guiarem no momento de celebração de convenções de dupla tributação. Este modelo prevê alguns testes para se verificar, ou não, a existência de atividade de um não residente noutro Estado.

Os três testes estabelecidos na CMOCDE, como brevemente analisaremos de seguida, requerem a necessidade de uma presença física, para que um não residente possa ser tributado por um Estado.

No artigo 5.º, n.º 1 da Convenção Modelo, está previsto o teste “estabelecimento estável instalação fixa”, através da qual a sociedade exerce a sua atividade. Este teste, como considera o autor João Sérgio Ribeiro¹³, pode até ser confundido com o conceito geral de estabelecimento estável, por assentar na premissa de uma instalação física noutro Estado, desenvolvendo através dessa instalação o exercício da atividade.

O Comentário¹⁴ à Convenção, instrumento essencial para a interpretação da CMOCDE, esclarece que instalação fixa pode ser um local, edifício, máquinas ou instalações, ou seja, um espaço físico.

¹² OCDE (2019), “*Model Tax Convention on Income and on Capital, Full Version*”, OCDE Publishing

¹³ SOUSA, Jorge Manuel, RIBEIRO, João Sérgio e CAMPOS, Diogo Leite, *in* CAD, 2013, Processo nº 84/2013-T.

¹⁴ Cfr. *Ibidem* 12, p. 295

Sobre o conceito de instalação fixa, o autor Robert Williams considera que a instalação nem precisa de ser imóvel, por exemplo, uma *roulotte*. Apenas tem de ser utilizada para a atividade da empresa.

O teste seguinte, “estabelecimento estável projeto”, disposto no artigo 5.º, n.º 3 da CMOCD, estabelece a existência de um estabelecimento estável através da presença de um “estaleiro de construção ou de montagem” por um período superior a doze meses.

Embora o requisito temporal não tenha relevância para a nossa análise, este teste presume a presença física noutro Estado de preparativos para um projeto de construção ou montagem. O Comentário à CMOCD¹⁵, esclarece que o termo “projeto” inclui a instalação de novos equipamentos, como maquinaria num edifício ou num espaço exterior.

O terceiro teste trata-se do “estabelecimento estável agência”, que prevê a presença de uma sociedade noutro Estado através de um agente, que atue por conta da sociedade e tenha poderes para celebrar contratos em nome desta, nos termos do n.º 5, do artigo 5.º da Convenção Modelo.

O autor Alberto Xavier¹⁶, define o contrato de agência como um contrato no qual uma das partes tem a obrigação de promover e celebrar contratos de modo autónomo e estável, por conta da outra parte, recebendo uma remuneração em contrapartida.

Embora este teste não exija a presença de uma atividade física, também não soluciona os problemas em análise derivados dos negócios digitalizados, que exercem a sua atividade num Estado à distância.

O Direito Português, prevê, de forma idêntica, todos estes conceitos e testes no artigo 5.º do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas.

Embora a Convenção Modelo não o preveja, o Comentário¹⁷ introduz um novo teste que configura a existência de um estabelecimento estável resultante da prestação de serviços.

¹⁵ Ibidem. 12, p. 312.

¹⁶ XAVIER, Alberto, “*Direito Tributário Internacional*”, 2014, Almedina, p. 319.

¹⁷ Ibidem. 12, p. 344.

Nos termos do artigo 7.º, uma sociedade não residente não pode ser tributada num Estado onde não tenha um estabelecimento estável, sendo a existência de um estabelecimento estável a conexão necessária para configurar o direito à tributação. Assim, resulta deste artigo que enquanto uma sociedade não tiver um estabelecimento estável num Estado onde não for residente, não pode ser aí tributada, por se considerar que não participa na vida económica desse Estado.

Pelo disposto no Comentário, a atividade exercida por uma sociedade não residente deve ser vista como exercida através de um estabelecimento estável quando presta serviços através de alguém que se encontra nesse Estado por um período superior a 183 dias e mais de 50% das receitas brutas das atividades exercidas nesse Estado são provenientes da atividade dessa pessoa; ou quando presta serviços para o mesmo projeto ou projetos conexos através de pessoas presentes nesse Estado por mais de 183 dias.

Este novo teste permitiria estabelecer a existência de um estabelecimento estável, por exemplo, no caso da prestação de serviços de consultoria em vários locais desse Estado, por um colaborador de uma sociedade não residente.

Embora este novo teste tenha relevância no progresso contínuo de afastamento do conceito tradicional de estabelecimento estável, ainda não pode ser visto como a solução para os problemas derivados da Economia Digital.

Como podemos observar, os atuais testes não referem a tributação de lucros gerados por atividades exercidas de forma exclusivamente remota. Com vista a dar resposta a este obstáculo, o conceito de estabelecimento estável virtual, que vamos analisar de seguida, poderia ser uma solução sem interferir com o conceito de estabelecimento estável tradicional.

O objetivo passa por atrair, para este novo conceito, as atividades sem presença física no território, mas com uma presença digital significativa, e aí poderem serem tributadas.

Como teremos oportunidade de analisar os esforços dos Estados e organismos internacionais, a missão é identificar possíveis conexões entre presença digital com atividade proveniente desse território, para que sociedades inteiramente digitalizadas, sem qualquer elemento físico num determinado território, possam ser tributadas pela atividade à distância que aí exercem.

2. Descrição cronológica do desenvolvimento de um novo conceito

A OCDE, organização internacional que lidera os esforços para resolução dos problemas provenientes da digitalização da economia, na primeira versão do BEPS, em 2015, identificou desde logo vários desafios tributários emergentes.

Respeitando o princípio da repartição internacional do direito à tributação, o maior obstáculo surge na tentativa de fazer uma repartição justa e equilibrada pelos diversos países que apresentam uma conexão com a criação do lucro, com natural foco nos grupos multinacionais.

No seguimento da evolução do plano inicial, e mantendo-se a dificuldade em conciliar os tratados de tributação e o requisito de evitar a dupla tributação, surge o BEPS 2.0.

Os Estados onde os clientes e consumidores se encontram continuam sem ter direito a uma fatia adequada do direito de tributação os lucros provenientes desses mesmos consumidores.

Embora se reconhece os esforços durante o segundo semestre de 2019¹⁸, uma segunda versão do primeiro plano que desse seguimento a todo o trabalho realizado era requerida, sendo este o termo usado para o mais recente esforço da OCDE em alterar as regras de atribuição dos direitos tributários dos Estados conexos com os lucros das empresas multinacionais.

¹⁸ A este respeito, a 28 de maio de 2019, a OCDE publicou o Plano de Trabalhos para desenvolvimento de uma solução consensual para os desafios tributários provenientes da Economia Digital, sendo este plano aprovado pelos Estados mais influentes, quer no grupo G7 e no grupo G20; Mais tarde, a 9 de outubro de 2019, a OCDE publicou a proposta do secretariado para uma “abordagem unificada”, no âmbito do Pilar Um; A 8 de novembro de 2019, a OCDE publicou a proposta contra a erosão da base tributável a nível mundial, apelidado de GloBe, no âmbito do Pilar Dois; Finalmente, a 9 de dezembro de 2019, a OCDE deu a oportunidade a vários interessados em dar a sua opinião sobre os trabalhos no âmbito do Pilar Dois, num evento organizado em França.

A 13 de fevereiro de 2019, é publicado pela OCDE o documento “*Addressing the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy*”, que expõe três propostas distintas de tributação, todas com o objetivo de identificar lucros com conexão a uma jurisdição que, pela previsão das normas existentes, não lhe é reconhecido direito de tributação.

No decorrer dos trabalhos, foram identificadas três características fundamentais partilhadas pelos lucros provenientes da digitalização da economia: criação economias de escala sem a consequência da massificação do processo produtivo¹⁹, grande foco em ativos intangíveis, e o papel crucial de dados em massa ou participação pelos usuários/consumidores.

Estas três características permitem a criação de modelos de negócio totalmente digitais, com uma ligação económica muito próxima a uma determinada jurisdição, mas sem a necessidade de estabelecer uma presença física nessa mesma jurisdição tributária.

À luz das regras atuais, um modelo de negócio digital que gera o seu lucro através da participação de utilizadores de um determinado Estado, na sua plataforma *online*, mas que não tem qualquer presença física nesse território, não será qualquer relação tributária com essa jurisdição, embora o valor do seu negócio tenha origem nos utilizadores que estejam nesse território.

Para combater este desafio, é necessário rever as regras de tributação internacional, o que só pode ser feito através da ponderação do nexo de ligação entre o lucro e o Estado com direito a tributar, e, naturalmente, da distribuição de lucros feito através da engenharia fiscal das multinacionais.

Com estes pontos-chave na ordem do dia, foram publicadas três propostas para fazer face a este desafio, cada uma com diferente incidência, nomeadamente na “participação de

¹⁹ “*Managers today can scale up their process innovations rapidly via technology without the level of inertia that historically was associated with larger firms. They can achieve scale without mass.*” in BRYNJOLFSSON, Erik, “*Scale Without Mass: Business process Replication and Industry Dynamics*”, 2008.

Convém referir que no caso exposto, optou-se por manter a versão original (não traduzida), atenta a relevância da precisão das palavras na ciência do Direito e outras, assim garantido a não desvirtuação das mesmas.

utilizadores”, no “marketing de intangíveis” e na “presença económica significativa”, as quais analisaremos de seguida.

3. A proposta da participação dos utilizadores

A “*user participation proposal*”, defendida por Inglaterra, baseia-se na premissa de que alguns modelos de negócio digitais criam o seu valor através das contribuições dos próprios utilizadores.

Os utilizadores, através da sua participação contribuem para um aumento do valor da marca, e, essencialmente, são a fonte de dados valiosos para o negócio.

Como é fácil identificar, esta proposta tem como objetivo tributar modelos de negócio como as redes sociais ou mercados online, desde logo, pois são ambos modelos altamente dependentes de um número significativo de utilizadores, sendo esse número o fator mais relevante para atrair receitas através da publicidade generalizada, ou até personalizada.

Além destes dois modelos, também os motores de busca são alvo desta proposta, pois através da informação, ou *data*, que os utilizadores fornecem à plataforma, sem se aperceberem do valor que a informação sobre as suas atividades ou pesquisas aporta.

O valor que uma sociedade pode retirar dos usuários de um território, pode nunca chegar a ser tributado por esse as autoridades tributárias desse território. No âmbito das normas atuais, não tendo essa sociedade qualquer presença física no território em questão, não terá essa autoridade tributária direito a tributar os lucros dessa sociedade.

De forma simplificada, a proposta daria à jurisdição tributária na qual os utilizadores se encontram, direito a tributar os lucros da sociedade provenientes da atividade desses utilizadores, independentemente de a sociedade ter, ou não, presença física no território.

Em relação ao montante dos lucros a tributar, o grupo de trabalhos que apresentou esta proposta da participação dos utilizadores, reconhece a ineficácia do mecanismo tradicional de preços de transferência para repartir adequadamente o lucro que cada jurisdição teria direito a tributar.

Pelo que, é proposto que do lucro da sociedade, e através de critérios quantitativos e qualitativos da atividade dos utilizadores, seja atribuída uma parte dos lucros ao valor originado pelos utilizadores das suas plataformas.

Dessa parte do lucro da sociedade, seria necessário reparti-la pelas diversas jurisdições onde se encontram os utilizadores das plataformas da sociedade, consoante o volume de atividade dos utilizadores de cada Estado. A proposta refere a utilização de fórmulas para calcular os valores aproximados do número de utilizadores de cada Estado, bem como o valor que esses utilizadores aportam à sociedade.

Assim, mesmo sem qualquer presença física, a autoridade tributária de um Estado teria direito a tributar uma sociedade detentora de uma plataforma, que origina lucros à sociedade, através da atividade de utilizadores presentes no seu território.

De seguida, cabe-nos fazer uma análise crítica ao conteúdo apresentado pela proposta.

Uma das principais críticas a esta proposta é seu o reduzido âmbito de aplicação, na medida em que só se aplicaria a modelos de negócio existentes e pré-definidos, como identificamos supra.

Além dessa identificação ser difícil, os modelos de negócio evoluem, o que resultaria numa aplicação desajustada das normas, assim como potenciais discrepâncias concorrenciais. A título de exemplo, será certamente complexo identificar um modelo de negócio como plataforma de rede social ou como mercado online. Basta pensar que os modelos de negócios mais populares deste tipo, não se cingem apenas a uma plataforma única.

Mais, esta dificuldade de identificação dos modelos de negócio sujeitos a esta possível proposta, poderia resultar em situações de aplicação, ou não aplicação, a sociedades diferentes com modelos de negócio semelhantes, que fornecem serviços semelhantes aos seus utilizadores.

Essa complexa tarefa constituiria mais um obstáculo para as respetivas autoridades tributárias aplicarem uma eventual norma, a acrescer uma previsível necessidade de constante atualização de interpretação das regras aplicáveis.

A proposta é também criticada pela resolução de eventuais litígios fiscais entre os sujeitos da relação tributária. Ora, a aplicação de uma fórmula com valores imutáveis, em vez de uma abordagem com teor mais negocial, como, por exemplo, nos preços de transferência, não confere margem de manobra às autoridades tributárias conseguirem alcançar acordos. Este problema tem especial relevância no âmbito de acordos entre Estados com o objetivo de evitar a dupla tributação internacional.

Acresce que, é ainda questionado o valor dos utilizadores na origem do lucro tributável. Esta exposição, com a qual não concordamos, expõe que, sendo os utilizadores externos à sociedade, e não atuando em nome desta ou como seus agentes ou trabalhadores, não podem estes criar valor para a mesma. Acrescenta ainda que, os utilizadores não participam nas plataformas da sociedade, nem partilham os seus dados pessoais como um “gesto generoso”.

Sobre esta questão, e no âmbito do conceito de criação de valor empresarial, equipara-se a relação do utilizador com a plataforma, à relação de um qualquer contacto com a empresa. Como mero exemplo, assim como um utilizador convida conhecidos para a plataforma da sociedade, ou os seus dados pessoais aportam valor para a plataforma, e consequentemente, para a respetiva sociedade, também um contacto comercial tradicional, sendo cliente ou não, pode acrescentar valor à sociedade, através de divulgação ou como possível cliente.

Refuta-se ainda a ideia de que os utilizadores, especialmente em plataformas com grande popularidade, não partilham os seus dados de forma generosa. A participação na plataforma só é efetivamente conseguida através dessa partilha, com o objetivo de haver um enquadramento do seu perfil em relação aos restantes utilizadores. Ao partilhar os seus dados, o utilizador não espera qualquer contrapartida económica por parte da sociedade detentora da plataforma.

Como bem assinalado por consultores internacionais²⁰, esta proposta é limitada no âmbito subjetivo de aplicação, por ter um campo de aplicação reduzido no que toca a possíveis

²⁰ KPMG International Limited, “*Comments on OECD Public Consultation Document on Addressing the Tax Challenges of the Digitalized Economy*”, 2019.

sujeitos passivos da relação tributária. No entanto, o caminho trilhado para chegar ao ponto fulcral de tributação com base na quantidade e tipo de atividade dos utilizadores em determinado território, consiste numa das opções mais adequadas, no que ao princípio da repartição internacional diz respeito.

Esta proposta causa bastante desconforto nos países que sediam bastantes sociedades com modelos de negócio altamente digitalizados, e, conseqüentemente, sofreriam um maior impacto com a aprovação desta proposta²¹. China e Estados Unidos da América, embora constituam uma grande parte dos utilizadores mundiais das plataformas abrangidas pela proposta, seriam os Estados mais afetados pela mesma.

4. A proposta do *marketing* de intangíveis

O termo “*marketing intangibles*” abrange ativos intangíveis relacionados com o setor de marketing da empresa, ou seja, auxilia na exploração comercial de um serviço ou produto e aporta um valor promocional importante para o modelo de negócio da sociedade²². Por exemplo, marcas registadas, listas de clientes, relações comerciais e informação/data dos clientes, são considerados marketing intangíveis.

Estes tipos de ativos intangíveis contêm uma ligação especialmente forte com o mercado de onde originam. Enquanto uma lista de clientes portugueses terá pouco, ou nenhum valor em múltiplos países do mundo, uma patente para um motor automóvel pode dar frutos em qualquer país.

A proposta, como as restantes, visa dar resposta a situações em que sociedades atuam em determinados países, sem terem qualquer presença física nesse território. A segunda premissa da proposta, baseia-se na observação de que os negócios altamente digitalizados são altamente dependentes dos exemplos identificados supra.

²¹ A este respeito, cfr. CONNON, D. & DJANKOV, S., “*Valuing user data*”, 2019, in <https://blogs.worldbank.org/developmenttalk/valuing-user-data>.

²² OCDE, “*Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*”, Paris, 2017, pp. 27.

Ora, a proposta apresentada pelos Estados Unidos da América identifica os ativos intangíveis de marketing como, por exemplo, marcas registadas, que criam nos consumidores uma opinião sobre a marca. Essa opinião origina, posteriormente, o consumo do produto ou serviço. Esta valorização da marca registada, como marketing de intangíveis, é realizada numa determinada jurisdição, por pessoas localizadas nesse território, pelo que deve ser aí tributada.

O outro foco do marketing de intangíveis é a relação com o cliente, nomeadamente, informação recolhida do cliente ou lista de clientes. Se uma sociedade, derivada de atividade realizada “à distância” num determinado Estado, recolhe informações sobre clientes, normalmente em massa, e aportando esta informação valor para a sociedade, deverá a jurisdição onde se encontram os clientes tributar esse valor.

Aos olhos desta proposta, uma sociedade estrangeira detentora de uma plataforma online que recolhe dados sobre utilizadores portugueses pode ser tributada pela autoridade tributária portuguesa. Independentemente de haver presença física no território português, o lucro que resulta da recolha dessa informação sobre os clientes, e apenas esse, pode ser tributado em Portugal.

Neste exemplo, a ideia defendida por esta proposta é que, sem a atividade realizada pela sociedade no mercado português, esta não teria possibilidade de aumentar substancialmente o valor do marketing de intangíveis. Logo, essa atividade, embora não tenha presença física no território nacional, origina valor desse território, pelo que deve ser tributado por essa jurisdição tributária.

Até aqui, embora o âmbito objetivo seja diferente, a proposta assemelha-se à proposta da participação dos utilizadores.

Uma forma de colocar em prática esta proposta seria através de preços de transferência. No entanto, a proposta de “*marketing intangibles*” é dependente do cálculo correto da influência que estes intangíveis têm no lucro da sociedade. Essa identificação é a peça chave para se conseguir uma distribuição justa dos direitos tributários das várias jurisdições conexas com a sociedade. Outro fator complexo será a atribuição do montante tributável a atribuir a cada jurisdição.

Assim, a proposta sugere que, atendendo que estes modelos de negócio altamente digitalizados são também muito ativos na componente publicitária, a identificação far-se-ia através do Estado dos consumidores alvo da publicidade.

Sobre a nossa posição em relação à proposta do marketing de intangíveis, identificamos inicialmente que, ao contrário da proposta da participação dos utilizadores, a primeira não padece do problema do limitado subjetivo de aplicação da segunda. Ou seja, não tem como alvo um determinado tipo de modelo de negócio, não tendo apenas aplicação a modelos de negócio altamente digitalizados.

Esta diferença constitui, desde logo, uma vantagem por se proteger contra possíveis alterações e evoluções dos modelos de negócio, criando mais estabilidade e segurança tributária. Além de que não causa o desconforto da identificação das sociedades abrangidas pela proposta.

Sobre o cálculo do lucro tributável, iniciando-se por separar o lucro derivado do marketing de intangíveis e, posteriormente, distribuí-lo pelas várias jurisdições, ficam a falar filtros importantes. Nomeadamente, ao atuar em vários mercados, uma sociedade pode, e terá certamente, custos diferentes em cada mercado. Estes custos, que influenciam o lucro nesse mercado, não foram abordados na proposta.

Embora seja elogiada pela sua grande abrangência, a proposta foca-se essencialmente num contexto de *Business To Consumer* “B2C”, o que criou a incerteza em relação à sua aplicação na área de *Business To Business* “B2B”²³.

5. A proposta da presença económica significativa

Como as propostas anteriores, esta proposta visa resolver o problema que a economia digital causou, ao tornar obsoletas as regras de conexão e repartição tributária.

²³ A esse respeito, Brian Jenn do Departamento do Tesouro dos Estados Unidos da América. “*Faz sentido que o foco desta proposta incida sobre negócios que, direta ou indiretamente, se relacionam com consumidores individuais e não com outros negócios, pelo motivo de os marketing de intangíveis serem mais relevantes nesse contexto*” Tradução da nossa autoria, in MNE Tax, “*Marketing intangibles*” solution to global digital tax dispute should apply only to consumer-facing businesses, US official says”, 2019.

Esta proposta identifica vários elementos que podem configurar uma presença económica relevante de uma empresa, em determinada jurisdição, que mereça ser tributado. Desde logo, a verificação destes elementos permite conhecer se a sociedade tem uma interação intencional, sustentável e constante com a respetiva jurisdição através de tecnologias à distância.

Claro que, antes de serem verificados esses elementos, só faz sentido fazê-lo se houver um lucro sustentado da sociedade, mas este requisito básico não é suficiente para se considerar que haja uma presença económica relevante.

Além deste, a proposta identifica alguns elementos que, aliados ao lucro, configuram uma presença económica significativa numa determinada jurisdição:

- 1) A existência de uma base de utilizadores que têm atividade, e, conseqüentemente, criam dados, nas plataformas digitais da sociedade;
- 2) O volume de conteúdo digital deve ter origem nessa jurisdição;
- 3) Pagamentos na moeda corrente nessa jurisdição, assim como formas de pagamento local;
- 4) A existência de tradução da plataforma/website para a língua local da jurisdição;
- 5) Responsabilidade pela entrega de bens ou serviços consumidores dessa jurisdição, bem como disponibilização de serviços de pós-venda, como reparação ou manutenção;
- 6) Marketing, publicidade e campanhas de saldos, quer online ou localmente no próprio território, para atrair consumidores dessa jurisdição.

A proposta apresenta um mecanismo dividido em três passos para proceder à repartição tributária do lucro.

- 1) Identificação da base tributária a ser dividida;
- 2) Determinação de elementos de repartição para dividir a base tributária;
- 3) Identificar a percentagem de cada um desses elementos.

A base tributária seria determinada através da relação entre o lucro global do grupo empresarial e o montante faturado em determinada jurisdição. A base tributária a ser dividida teria ainda em consideração as vendas, ativos, colaboradores e também os utilizadores da respetiva jurisdição.

Para terminar, a proposta contempla ainda um mecanismo de pagamento por conta, no qual as sociedades com uma presença económica relevante pagariam um valor com uma taxa reduzida. Caso a liquidação final fosse inferior ao valor pago por conta, poderiam, naturalmente, exigir a restituição do montante pago excessivamente.

Nesta dissertação, defendemos que embora esta proposta enumere vários elementos adequados à identificação de uma atividade significativa numa determinada jurisdição, fica muito aquém do expectável na determinação do lucro tributável.

A forma como é calculada a base tributável e distribuída pelas várias jurisdições é exposta escassamente, pelo que é difícil imaginar a aplicação prática desta proposta, bem como a sua administração pelas autoridades tributárias.

No entanto, Olivier Boutellis-Taf²⁴ considera-a uma alteração significativa às regras de estabelecimento estável atual, pelo que a sua aplicação estaria dependente de um desenvolvimento mais elaborado.

²⁴ Accountancy Europe & BOUTELLIS-TAFT, O., “*Letter about OECD Public consultation – Addressing the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy*”, Bruxelas.

6. Análise geral das propostas apresentadas

As três propostas analisadas apresentam conceitos pertinentes na tentativa de identificar sociedades com atividade em jurisdições nas quais não são tributadas. Qualquer uma das três propostas apresenta conceitos relevantes de identificação da atividade, quer seja através da participação dos utilizadores, quer seja através dos intangíveis de marketing, e ainda pela presença económica significativa.

Um dos pontos chave da análise de cada proposta deve ser a que modelos de negócios se aplicam, e os impactos da aplicação limitada das propostas. Sendo limitada a modelos de negócios enumerados, a proposta acaba por criar divergências no mercado, aplicando-se apenas a uma parte das empresas altamente digitalizadas e com atividades à distância.

Por outro lado, é necessário restringir o âmbito de aplicação destas propostas para não impactar demasiados negócios e sociedades. Para tal, deve ser prevista um limite mínimo, por exemplo de faturação, para ser aplicado.

Pode ainda complicar bastante a tarefa das autoridades tributárias na identificação das sociedades com modelos a aplicar o imposto, pelo que, certamente, aumentariam os litígios motivados por essas questões de âmbito subjetivo.

No entanto, tarefa mais complexa parece ser a de determinar que parte dos lucros da sociedade têm origem nessa atividade, ou que mecanismos devem ser usados para fazer essa separação. A utilização dos conhecidos preços de transferência, ou o desenvolvimento de fórmulas complexas são os conceitos propostos, mas que, voltando à questão prévia do âmbito subjetivo, cria distorções no mercado. Basta pensar que, em algumas sociedades, aplicar-se-ia uma das fórmulas criadas para determinação da base tributável, e, para outras que não caíssem no âmbito subjetivo da proposta, aplicar-se-iam as regras tradicionais dos preços de transferência, originando uma discrepância de aplicação consoante o tipo de atividade.

Numa fase seguinte, a repartição pelas diferentes jurisdições, e a forma de as diferenciar também não é consensual entre as propostas analisadas.

Outro ponto importante que deve ser pensado na aplicação de qualquer uma das propostas são os prejuízos fiscais e as perdas de início de atividade. É necessário reconhecer que algumas sociedades continuam a sua atividade mesmo sem apresentarem lucros, acumulando prejuízos anualmente, e criar ferramentas que suportem essas situações.

Tratando-se de um imposto intrinsecamente relacionado com a economia digital, a existência dessas ferramentas é essencial. Ora, ao pensarmos em modelos de negócio altamente digitalizados, pensamos naturalmente em sociedades *start-ups*, que, geralmente, sofrem prejuízos fiscais durante vários anos até apresentarem lucros tributáveis.

7. Continuação dos trabalhos e a nova proposta da OCDE

A dificuldade em alcançar consenso entre todos os interessados é um obstáculo constante à resolução dos desafios que resultam da Economia Digital. Como sabemos, os interesses políticos aqui em causa afetam fortemente certas economias, pelo que a pressão política para as normas que regulam a tributação das multinacionais altamente digitalizadas varia entre Estados. Como referido por Brian Arnold²⁵, os Estados têm uma “atitude de duas caras” em relação ao BEPS, especialmente entre Estados importadores e exportadores.

Após vários esforços durante o ano de 2019, nomeadamente através das três propostas apresentadas que analisamos supra, o objetivo inicial era criar uma abordagem unificada entre todos os Estados. Um caminho delineado que todos concordassem.

E assim fez o Grupo de Trabalhos da OCDE, apresentando em maio de 2019, um Programa de Trabalho²⁶ com o objetivo de trilhar o caminho para alcançar uma solução consensual. Este documento foi aprovado pelos Ministros das Finanças do Grupo G20.

²⁵ ARNOLD, Brian J., *International Tax Primer*, p.189.

²⁶ OECD, “*Programme of Work to Develop a Consensus Solution to the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy*”, 2019, Paris.

De seguida, no primeiro mês de 2020, o Quadro Inclusivo da OECD/G20 sobre a BEPS, através do seu Grupo de Trabalho para a Economia Digital, publicou um relatório sobre o Plano de Ação BEPS e a abordagem dividida em duas frentes, ou “Dois Pilares”, para combater os desafios tributários provenientes da Digitalização da Economia²⁷.

Neste documento que vamos analisar, o Grupo de Trabalhos identifica que o esforço ainda não está concluído, mas acredita que as divergências entre Estados, neste capítulo, possam estar próximas de serem resolvidas.

Esta abordagem tem como missão retomar a estabilidade no sistema fiscal internacional, prevenir os conflitos tributários, bem como melhorar a sua resolução.

Para tal, o âmbito subjetivo da abordagem passa por conferir direito de tributação de alguns lucros a jurisdições nas quais:

- multinacionais vendam os seus produtos ou serviços nessa jurisdição;
- sociedades altamente digitalizadas que forneçam serviços para utilizadores localizados nessa jurisdição;
- sociedades altamente digitalizadas que recolham dados ou conteúdo fornecido por utilizadores localizados nessa jurisdição;

O Grupo de Trabalhos, no Pilar I, define três tipos de lucros, classificados como Montantes, que devem ser tributados por esta proposta:

²⁷ OECD, “*Statement by the OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS on the Two-Pillar Approach to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy*”, 2020, Paris.

8. Montante A

O montante A identifica uma parte da base tributável, antes de imposto, determinada através de uma fórmula que permita identificar participação ativa e constante de um negócio, numa determinada jurisdição, através de atividades localizadas quer no território dessa jurisdição, quer à distância. Assim, este novo imposto poderia ser aplicado independentemente de presença física da sociedade nessa jurisdição.

Retornando à motivação deste trabalho, as consequências da Economia Digital levam a um afastamento das regras atuais de estabelecimento estável, associadas à necessidade de presença física num território para que haja direito de tributação pela atividade exercida nessa jurisdição.

Este montante tributável, apresentado pelo Grupo de Trabalho, tem como objetivo dar resposta a esse problema mediante uma repartição dos poderes tributários das jurisdições, tendo como alvo, sociedades com modelos de negócio que permitam exercer a sua atividade presencial, ou remotamente.

No âmbito da atividade presencial, este montante visa aplicar-se a negócios de venda de produtos ou fornecimento de serviços através de plataformas digitais, quer para vendas, quer para atividades de marketing, mas focando-se essencialmente na venda ao consumidor, mesmo que indiretamente. Cabe aqui, por exemplo, produtos para computadores pessoais como software ou carros.

No que toca a modelos de negócio altamente digitalizados, este Montante teria aplicação a sociedades que exerçam a sua atividade maioritariamente através da recolha de dados e conteúdo fornecido pelos utilizadores das suas plataformas, nomeadamente, motores de busca, redes sociais, serviços de publicidade, serviços de streaming, mercados online, entre outros.

Sobre as regras de conexão referidas nos parágrafos anteriores, Martin Krivinskas²⁸ comenta a possibilidade de sociedades que exerçam a atividade de venda de bens tangíveis num mercado, pode, ou não, configurar uma “atividade significativa sem necessidade de presença física”.

Para existir um equilíbrio entre os encargos administrativos e os benefícios deste imposto, há certos requisitos para aplicação do mesmo:

- limite mínimo de receitas brutas para grupos multinacionais sujeitos à aplicação do imposto que poderá ser de 750 milhões de euros, evitando-se assim encargos adicionais para pequenas e médias empresas;
- valor mínimo de possível imposto a receber, para desaplicar situações em que o grupo societário tem uma alta atividade doméstica, e a atividade estrangeira é pouco relevante;

Relativamente, aos limites enunciados no ponto anterior, o autor²⁹ considera que as balizas deverão ser ajustadas consoante o tamanho do mercado no qual a atividade se insere, assim como o grau de digitalização da atividade.

Um dos desafios deste imposto é criar regras de conexão entre a atividade e a jurisdição. Nesse sentido, o Grupo de Trabalhos propõe que, no âmbito de negócios altamente digitalizados, basta ser cumprido o requisito de receita bruta para ser constituído nexos com a jurisdição, na medida em que estes negócios resultam da atividade constante dos seus utilizadores.

Nas restantes atividades, como venda de bens de luxo, a proposta não considera relevante criar regras de conexão, devido à desproporcionalidade entre os encargos administrativos

²⁸ KRIVINSKAS, Martin, Deloitte, “G20/OECD Inclusive Framework on BEPS issues new Statement on the Two-Pillar Approach to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy”, 2020, Suíça.

²⁹ Cfr. Ibidem.

e a receita do imposto. O Grupo entende que a mera venda de bens não constitui uma atividade significativa e constante nessa jurisdição. Não obstante, não é esquecida a possibilidade de identificar, neste tipo de atividades, uma presença publicitária ou de marketing que possam configurar uma atividade significativa.

A base tributável será baseada numa fórmula que identifica o lucro residual e o reparte pelas várias jurisdições elegíveis. No entanto, a proposta refere a possibilidade de aplicar diferentes percentagens consoante o tipo de negócio, em conformidade com a motivação da proposta.

Em relação à dupla tributação, e reconhecendo que esta proposta pode coincidir com a repartição já existente com base no princípio da plena concorrência³⁰, o Grupo de Trabalhos remete para a necessidade de identificar a jurisdição com a obrigação de eliminar a dupla tributação, e no caso de ser mais do que uma, identificar a quantidade a eliminar por cada uma.

O autor Stephen Blough³¹, alerta para a sensibilidade desta proposta, que visa uma redistribuição dos direitos tributários das jurisdições. Esta redistribuição, implica, naturalmente, um aumento dos direitos tributários de um Estado e, por outro lado, uma diminuição de outro Estado. O autor prevê que esta alteração na distribuição internacional de direito a tributação causará desconforto e desconfiança nos Estados que verão uma redução nos seus direitos.

Para dar resposta a este problema, o autor, e a sua equipa, propõe que o valor de lucros a ser realocado, no âmbito deste Montante, seja um valor comedido, e que tenha em

³⁰ A este respeito, cfr. Artigo 1.º, nº 1. da Portaria n.º 1446-C/2001, de 21 de dezembro, do Ministério das Finanças, “Nas operações efetuadas entre um sujeito passivo do IRS ou do IRC e qualquer outra entidade, sujeita ou não a estes impostos, com a qual esteja em situação de relações especiais, devem ser contratados, aceites e praticados termos e condições substancialmente idênticos aos que normalmente seriam contratados, aceites e praticados entre entidades independentes em operações comparáveis.”.

³¹ BLOUGH, Stephen, KPMG, “*Comments on the Secretariat Proposal for a ‘Unified Approach’ under Pillar One*”, 2019.

consideração quer o país de residência da sociedade, quer o mercado da jurisdição onde a sociedade exerce atividade.

9. Montante B

O Montante B, consiste num imposto de montante fixo, baseado no princípio de plena concorrência, definido pela atividade de distribuição e marketing que a sociedade mantém numa determinada jurisdição;

Este montante tem como âmbito subjetivo sociedades que exerçam a revenda de produtos, pelo que a sua atividade é composta por um nível mínimo de marketing e ainda distribuição dos produtos.

O desafio maior deste imposto passa por definir o conceito de nível mínimo de atividade de marketing e distribuição. A proposta refere a possibilidade definir o conceito através dos níveis de funcionalidade das atividades, com referência a elementos tanto qualitativos como quantitativos.

A aplicação de uma taxa fixa cria, naturalmente, mais previsibilidade na aplicação do tributo devido ao seu mecanismo simplificado, o que configura menos custos na sua administração para a autoridade tributária e menos esforços para o contribuinte.

Esta previsibilidade, conseqüentemente, reduz os litígios entre contribuinte e administração tributária.

O Grupo de Trabalhos considera que este imposto não exige alterações às regras e tratados atuais de dupla tributação, pois este imposto estará de acordo com o princípio de plena concorrência, presente nas normas atuais vigentes.

Em reflexão, o Grupo identifica ainda bastante trabalho a fazer no desenvolvimento deste Montante B, pelo que o percurso até chegar à sua aplicação prática ainda se encontra longe de terminado.

Sobre este montante, Stephen Blough³² critica a opção adotada de aplicação de um valor fixo, em detrimento de uma presunção ilidível. Na ótica do autor, a aplicação desta taxa fixa incongruente com o princípio de plena concorrência, criará consequências ainda mais complexas e indesejáveis.

10. Montante C

Por último, no Montante C, é prevista a tributação adicional do lucro quando os impostos anteriores não fossem suficientes para cobrir adequadamente a atividade exercida pela sociedade numa jurisdição. Este tributo embrionário ainda se encontra em discussão, embora o Grupo o considere importantíssimo para alcançar um consenso entre os Estados, como forma de ajuste subsequente.

Sobre este montante, o mesmo autor³³ identifica a possibilidade de o ajuste previsto através deste Montante seja negativo, criticando a proposta por não contemplar essa hipótese.

Na sua análise, o autor refere ainda que a proposta deste Montante é desnecessária como um conceito distinto, por já ir de encontro à aplicação do princípio de plena concorrência.

A nossa posição sobre a recente proposta da OCDE, inicia-se por identificar desde logo o surgimento de um novo direito de tributação atribuído às jurisdições, no Montante A, sem necessidade de presença física. Os outros dois montantes aplicam-se através das regras atuais de repartição internacional, pelo que não se afiguram como inovações extremas.

O documento clarifica que esta abordagem ainda não foi capaz de ser consensual entre os Estados, pelo que o objetivo principal de alcançar um acordo geral não foi conseguido.

³² Cfr. Ibidem.

³³ Cfr. Ibidem

No entanto, a proposta aqui analisada é considerada como uma base sólida para construir um acordo no futuro, que se espera alcançado em meados de 2021.

Nesse sentido, concordamos com a observação de Ana Magalhães³⁴, que refere a importância desta proposta, pois obteve a concordância dos Estados Unidos da América, um dos países mais influentes e afetados pelas possíveis consequências da tributação na Economia Digital. A Autora refere ainda que o aval dos Estados Unidos da América é “um passo importante para alcançar a meta de um acordo global e evitar a atuação unilateral dos países envolvidos”, referindo-se a alguns Estados, como Espanha, que não esperaram pela atuação dos organismos internacionais e legislaram internamente.³⁵

O autor Stephen Blough³⁶ defende, finalmente, que a solução a alcançar deve procurar um acordo o mais consensual possível entre os Estados; uma simples administração tributária da proposta; preservar ao máximo as regras tributárias existentes, nomeadamente o princípio de plena concorrência; ser compatível com as normas existentes para não resultar em dupla tributação; promover sustentabilidade temporal da proposta, para ser impermeável às alterações dos modelos de negócio em constante mutação na Economia Digital.

Como tivemos oportunidade de analisar, os testes previstos pelo CMOCDE encontram-se desatualizados face aos novos modelos emergentes que exercem a sua atividade remotamente, sem necessidade de qualquer presença física. A adoção de um novo teste suportado pelas propostas da participação de utilizadores ou do marketing de intangíveis seria uma possível solução para este desafio.

³⁴ MAGALHÃES, Ana., “O novo imposto sobre a economia digital – Desenvolvimentos na tributação da economia digital”, 2020, *in* *Jornal Económico*.

³⁵ MUÑOZ, Ramón, “*El Gobierno se plantea retomar la ‘tasa Google’ española si no hay acuerdo en la UE*”, 2019, *in* *El País*.

³⁶ Cfr. *Ibidem* 29.

Os negócios altamente digitalizados, não dependem de qualquer presença física para operar num determinado Estado, pelo que os testes atuais quer da instalação física, quer da agência, e até o da prestação de serviços não abrangem estas atividades.

O conceito de estabelecimento estável virtual é uma hipótese viável. Estabelecer a existência de um estabelecimento estável através de uma atividade suficientemente relevante para que configure uma presença significativa na economia desse Estado é o caminho a seguir.

Neste trabalho, sugerimos a adoção de uma proposta híbrida, que aproveite características do teste de prestação de serviços previsto no Comentário da CMOCDE, com a proposta do marketing de intangíveis. O teste da prestação de serviços requer que as receitas brutas de atribuídas à atividade empresarial sejam atribuídas a alguém que atue nesse Estado por mais de 183 dias.

Ora, sugere-se um teste que estabeleça a existência de estabelecimento estável quando, as receitas brutas atribuídas à atividade empresarial tenham origem na utilização do marketing de intangíveis, nomeadamente marcas, patentes, processos ou plataformas digitais.

Este teste permitia que sociedades não residentes que exercem atividades altamente digitalizadas, sem qualquer presença física, constituam um estabelecimento estável através deste teste.

Naturalmente, como tem sido sugerido por todos os interessados, a existência de critérios subjetivos como mínimo de receitas seria adequado para abranger apenas atividades altamente relevantes e presentes na economia de um Estado.

O Comentário ao artigo 5.º da CMOCDE³⁷, compare a diferença entre um website e um computador, enunciando que um *website* não pode configurar um estabelecimento

³⁷ Cfr. *Ibidem* 12, p. 419

estável, por não ser um ativo tangível. Esta abordagem, parece-nos desadequada às necessidades atuais, na medida em que o próximo passo para a atualização do conceito de estabelecimento estável, terá de consistir num afastamento do requisito da presença física, sob consequência do princípio de estabelecimento estável, e os testes previstos na Convenção Modelo, tornar-se antiquado e obsoleto para a nova economia digitalizada.

Capítulo III – Ativos Intangíveis

1. A especialidade do regime dos Ativos Intangíveis

O primeiro código jurídico em registo data de 2000 A.C., denominado de Código de Ur-Nammu, que já protegia a titularidade de direitos sobre bens físicos como terrenos. Em comparação, a primeira lei relacionada com bens intangíveis data de 1710, apelidado de “Statute of Anne”³⁸, pelo que é considerado um ramo de direito recente.

Hoje, o direito sobre coisas que não se vêm é aceite de forma comum, no entanto, há certos elementos que caracterizam um bem intangível.

Nos novos modelos de negócio emergentes da Economia Digital, os ativos intangíveis afiguram-se como elemento chave para o exercício da atividade da empresa. Além do valor que aportam à sociedade, a sua mobilidade choca com qualquer teste de estabelecimento estável previsto na CMOCDE.

A importância dos ativos intangíveis no âmbito da nossa análise, prende-se com a dificuldade em atribuir um ativo intangível a um estabelecimento estável. Num grupo empresarial internacional, a localização de um ativo intangível valioso facilmente se altera para jurisdições fiscalmente mais vantajosas. Desta forma, este ativo não fica associado a um estabelecimento estável presente numa jurisdição com uma carga tributária elevada.

Mais, os ativos intangíveis assumem-se como elemento fulcral nas grandes sociedades tecnológicas, na medida em que constituem uma parte significativa dos ativos contabilísticos destas empresas.

Uma gestão eficiente destes ativos, e dos lucros provenientes do aproveitamento destes ativos intangíveis, pode constituir grande parte da sua base tributável, pelo que uma

³⁸ Parliament of Great Britain, “*An Act for the Encouragement of Learning, by Vesting the Copies of Printed Books in the Authors or Purchasers of such Copies*”, 1710.

alocação e mensuração correta e adequada destes ativos é crucial para uma repartição equitativa do direito de tributação.

Como nos apercebemos, esta característica, prevê-se um difícil obstáculo de contornar, no que diz respeito à verificação da existência de um estabelecimento estável em sociedades não residentes que usam estes ativos para exercer a sua atividade. Para percebermos melhor, vejamos o que são ativos intangíveis.

A definição de ativo intangível varia consoante os seus atores. Nas palavras de Baruch Lev “Um ativo intangível é uma fonte de futuros retornos que não possui substância física”³⁹.

Na ótica de Jürgen Daum, um ativo intangível são todos os ativos que, não possuindo qualquer substância física, aportam valor para a empresa, embora de difícil mensuração.⁴⁰

No mesmo sentido, para o autor Ilídio Tomás Lopes, um ativo intangível é “tudo aquilo que não possui existência física ou é investimento, mas possui valor para a organização. São normalmente ativos de longo prazo, não podem ser fielmente mensurados a não ser quando a organização é transacionada”⁴¹.

Blair and Wallman, de forma mais prática, identificam ativos intangíveis como “fatores sem substância física que contribuem, ou são usados na produção de bens ou fornecimento de serviços ou são esperados que gerem futuros retornos produtivos para quem os detém”⁴²

Os Estados Unidos da América, através dos *General Accepted Accounting Principles* descrevem os ativos intangíveis como ativos, distintos de ativos financeiros, que não possuem substância física⁴³.

³⁹ LEV, Baruch., “*Intangibles: Management, Measurement and Reporting*”, Bookings Institution Press, 2001.

⁴⁰ DAUM, Jürgen, “*Intangible Assets and Value Creation*”, Wiley, 2003.

⁴¹ LOPES, Ilídio, “A gestão do capital intelectual e dos intangíveis na era do conhecimento”, Escolar Editora, 2013.

⁴² BLAIR, Margaret, & WALLMAN, Steven, “*The Growing Intangibles Reporting Discrepancy, Intangibles: Management, Measurement*”, Brooking Institution Press, pp. 451.

⁴³ A este respeito, “*The Generally Accepted Accounting Principles*” (GAAP) constituem um grupo de regras, princípios e orientações contabilísticas seguidos por empresas de várias dimensões e indústrias, nos

A *International Finance Report Standards* define um bem intangível como um bem não monetário sem substância física⁴⁴.

O Sistema de Normalização Contabilística⁴⁵, na sua Norma Contabilística e de Relato Financeiro (NCRF) 6, vai de encontro à IAS 38 da IFRS, definindo “Ativo Intangível é um ativo não monetário identificável sem substância física.”

A NCRF 6 refere três condições cumulativas para reconhecimento de um ativo intangível: identificabilidade, controlo e benefícios económicos futuros.

O critério da identificabilidade do ativo intangível é composto por dois elementos:

- a) separabilidade - capaz de ser separado ou dividido da entidade e vendido, transferido, licenciado, alugado ou trocado, seja individualmente ou em conjunto com um contrato, ativo ou passivo relacionado; ou
- b) resultar de direitos contratuais ou de outros direitos legais, quer esses direitos sejam transferidos quer sejam separáveis da entidade ou de outros direitos e obrigações;

O segundo critério do controlo, identifica a possibilidade de a entidade detentora do ativo poder obter benefícios económicos futuros que decorram da detenção do ativo intangível, bem como a possibilidade de restringir o acesso de outros a este benefício. Mais, a capacidade de detenção do ativo intangível é inerente a direitos legais de cumprimento forçado por um tribunal.

Por último, o critério de benefícios económicos futuros pode resultar em réditos pela venda de produtos ou serviços, ou outros benefícios que tenham origem ou resultem da utilização do ativo pela entidade detentora do ativo.

Estados Unidos da América. Estas regras foram estabelecidas pelo “*Financial Accounting Standards Board*” (FASB) e pelo “*American Institute of Certified Public Accountants*” (AICPA).

⁴⁴ Cfr. *International Accounting Standards*, “*IAS 38 — Intangible Assets*”, 2015.

⁴⁵ Note-se que o SNC é responsabilidade da Comissão de Normalização Contabilística.

A existência destes requisitos cumulativos permite fazer a distinção entre ativo intangível e recursos intangíveis, pois, como refere Ilídio Tomás Lopes⁴⁶, “a identificação de recursos intangíveis (sentido amplo) culmina numa particularização objetivo ao nível do seu reconhecimento contabilístico - a de ativos intangíveis (sentido restrito).” Esta identificação deriva efetivamente dos três critérios enumerados.

O Autor refere que o facto de faltar a um recurso intangível qualquer uma destas propriedades, “*não lhe retira a categoria de recurso intangível, embora restrinja a possibilidade de o reconhecer como ativo intangível.*”

A NCRF 6, no parágrafo 21, indica ainda que além do preenchimento dos requisitos já enunciados, para ser reconhecido como ativo intangível, deve ainda cumprir os elementos de reconhecimento seguintes:

- a) for provável que os benefícios económicos futuros esperados que sejam atribuíveis ao ativo fluam para a entidade;
- b) o custo do ativo possa ser fiavelmente estimado;

Para Eduardo Sá Silva⁴⁷, se houver dúvidas sobre os benefícios económicos futuros e o custo, o item deve ser imediatamente reconhecido como um gasto do período.

A mensuração contabilística dos intangíveis configura o maior desafio destes ativos. As suas características especiais, como a falta de substância física e o reconhecimento de benefícios económicos futuros dificulta imenso a mensuração contabilística de um ativo intangível.

Na teoria da contabilidade, são defendidos três métodos distintos de medição destes ativos, nomeadamente o método baseado no custo, método baseado no mercado e método baseado no rendimento. Neste trabalho, não serão explorados estes métodos, mas para terminar, apenas mencionar que a NCRF 6, no seu parágrafo 24, indica que, inicialmente, o ativo intangível deve ser mensurado pelo seu custo.

⁴⁶ LOPES, Ilídio, “A gestão do capital intelectual e dos intangíveis na era do conhecimento” Escolar Editora, 2013, pp. 108-109.

⁴⁷ SILVA, Eduardo Sá, “*Ativos intangíveis: abordagem contabilística, fiscal e auditoria*”, in Vida Económica, 2014, pp. 20.

2. A influência dos Ativos Intangíveis na Economia Digital

Quando as pessoas pensam em economia digital, pensam imediatamente em empresas relacionadas com informática, mas o investimento em ativos intangíveis não se limita às empresas tecnológicas. Os autores Jonathan Haskel e Stian Westlake⁴⁸ exemplificam esta abrangência com ginásios, um modelo de negócio naturalmente físico, que detém vários ativos tangíveis como máquinas, no entanto, também têm valiosos ativos intangíveis, nomeadamente a marca e marketing.

Uma das principais vantagens dos ativos intangíveis na economia digital, é a facilidade com que se consegue exponenciar o valor de um ativo intangível. Através de um exemplo de economia digital, o modelo de negócio da Uber, nomeadamente o software e toda a envolvente do serviço de transporte de passageiros, pode ser usado em qualquer parte do mundo. A empresa aplica os mesmos ativos intangíveis - marca, software e know-how - em todas as principais cidades do planeta.

A OCDE, em 2015⁴⁹, caracterizou a economia digital como altamente dependente em ativos intangíveis, através do uso generalizado de dados (nomeadamente dados pessoais), a generalização de modelos de negócio multifacetados e, mais importante, a dificuldade em determinar a jurisdição na qual este valor tem origem.

Pela complexidade destes ativos no âmbito da economia digital, o valor contabilístico dos ativos intangíveis torna-se, nestes casos, ainda mais difícil de mensurar.

Nesse sentido, e como já indicamos, a OCDE, no Plano de Ação BEPS 7, identifica os desafios criados pela grande mobilidade dos ativos intangíveis e a sua difícil mensuração.

⁴⁸ HASKEL, Jonathan, & WESTLAKE, Stian, “*Capitalism without Capital: The Rise of the Intangible Economy*” Princeton University Press, 2017.

⁴⁹ OECD, “*Final Report, Base Erosion and Profit Shifting Project, Action Plan 1: Addressing the tax challenges of the digital economy*”, Paris, 2015.

A facilidade com que os grupos societários internacionais moviam, artificialmente, lucros para jurisdições com menor tributação através da transferência dos seus ativos intangíveis, foi identificada como uma das causas de uma repartição injusta do poder dos Estados a tributar. Esta repartição incorreta dos lucros derivados de ativos intangíveis valiosos tem contribuído para a erosão da base tributável e transferência de lucros de sociedades do mesmo grupo.

Um dos maiores obstáculos que as administrações tributárias enfrentam nestes processos é a falta de informação. Quando um ativo intangível é alienado ou transferido, cada uma das partes envolvidas avalia o ativo através do seu conhecimento sobre o negócio e toda a envolvente do mercado no qual esse ativo se insere. No entanto, a administração fiscal também tem de fazer a sua própria avaliação do ativo, mas fica limitada à informação que os contribuintes apresentam. Aliás, ninguém conhece melhor as contas e o negócio de uma sociedade, do que ela mesmo.

Deste modo, o objetivo desta ação era claro: desenvolver regras para tratar os preços de transferência de ativos intangíveis de difícil mensuração.

Nesse caminho, em 2018, a OCDE publicou um guia destinado às administrações tributárias para padronizar o tratamento a estes ativos intangíveis de difícil avaliação/mensuração, e evitar cenários de dupla tributação internacional⁵⁰.

Neste guia, a OCDE rege-se pelo princípio fundamental que os preços de transferência atribuídos, devem corresponder à efetiva criação de valor da sociedade.

A aplicação das recomendações limita-se a ativos intangíveis de difícil mensuração, os quais são compostos por dois elementos. O primeiro consiste na inexistência de situações comparáveis, o segundo trata-se da incerteza e dificuldade de projetar os retornos que a empresa poderá receber derivado desse ativo intangível. Assim, este documento tem como objeto ativos intangíveis que, à data da transação entre empresas do mesmo grupo societário ou com relações especiais, não têm transação semelhante que possa ser

⁵⁰ OECD, “*Guidance for Tax Administrations on the Application of the Approach to Hard-to-Value Intangibles - BEPS Actions 8-10, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*”, Paris, 2018.

comparável, e é praticamente impossível prever o retorno que este ativo poderá conceder à empresa no futuro.

Assim, a Organização sediada em França, recomenda às administrações tributárias para considerarem resultados efetivos para aferir a razoabilidade das suposições feitas anteriormente em sede de preços de transferência.

Os resultados efetivos, verificados posteriormente, informam o valor que deveria ter sido tido em conta no momento da atribuição do preço de transferência do ativo intangível. No entanto, seria incorreto avaliar o valor da transferência através da efetiva receita da empresa, independentemente das empresas com ligação especial pudessem, ou devessem conhecer a probabilidade de atingir essa receita. No entanto, a aplicação desta medida pode tornar-se complexa, especialmente no âmbito de ativos intangíveis, pois o espaço temporal entre a transação e a exploração comercial do ativo intangível e as receitas provenientes desse ativo pode ser demasiado extenso.

Na eventualidade de, após revisão, se verificar que o valor atribuído a uma transferência seja inferior ou superior ao valor que seria aplicado através do princípio de plena concorrência, deverá ficar prevista a compensação a aplicar nestes casos.

Naturalmente, este mecanismo não seria aplicado a situações em que haja acordos prévios de preços de transferência entre o contribuinte e a administração tributária.

Finalmente, é recomendado que as administrações tributárias devem privilegiar auditorias para garantir que a informação apresentada pelo contribuinte é verdadeira e completa. As auditorias permitem, também, verificar se as suposições feitas em relação ao preço da transferência eram adequadas, no sentido de efetuar eventuais correções, no mais curto prazo possível.

Este documento da OCDE não foi de encontro às preocupações apresentadas anteriormente pela International Chamber of Commerce⁵¹, que, naturalmente em proteção dos contribuintes, criticava, entre outros, a falta de aplicação de decisões que excluem renegociações de preços de transferência, ou seja, a ICC pretendia que, através do

⁵¹ International Chamber of Commerce, “*Comments to the OECD Discussion Draft on BEPS Action 8 “Hard to value intangibles”*”, 2015.

preenchimento de certos requisitos, a determinação de certos preços de transferência não poderiam ser alterados posteriormente.

A ICC continua por criticar a demasiada carga burocrática e documental que é suportada pelos contribuintes, especialmente em jurisdições de países em desenvolvimento.

Por último, a ICC alerta que as revisões posteriores e, consequentes compensações/ajustes, podem dar origem a situações de dupla tributação internacional. Para tal, é sugerido a criação de mecanismos nos quais o ajuste seja feito pelas várias jurisdições envolvidas.

O autor Stef van Weegh⁵² critica o âmbito objetivo do documento, por considerar que os elementos que a OCDE considera constituírem um ativo intangível de difícil mensuração, são demasiados abrangentes e indeterminados, ao ponto de não serem aplicados a nenhum ativo intangível.

Já o autor John Henshall⁵³, realça a necessidade de clarificar situações em que as autoridades tributárias aceitam as informações prévias apresentadas pelo contribuinte, e consideram que as diferenças entre as previsões e os valores verificados posteriormente dos preços de transferência têm causa em razões impossíveis de prever.

Além disso, Henshall também menciona que os eventuais ajustes por discrepâncias verificadas posteriormente, devem ser efetuados por todas as autoridades tributárias envolvidas, de forma a evitar uma dupla tributação *a posteriori*.

A importância da quantificação dos ativos intangíveis centra-se na grande facilidade de deslocação destes ativos para jurisdições com menos carga tributária. Esta engenharia fiscal, naturalmente, não é possível em negócios não digitalizados, pelo que se cria uma distorção de possibilidades entre os diferentes modelos de negócio.

Além disso, o planeamento fiscal exercido através destes mecanismos de deslocação dos ativos intangíveis, é incongruente com o princípio de repartição internacional do direito

⁵² WEEGHEL, Stef van, PwC., “*OECD releases guidance for tax administrations on hard-to-value intangibles*”, 2018.

⁵³ HENSHALL, John, “*Deloitte comments on BEPS action 8: Application guidance released on hard-to-value intangibles*”, in *Tax&Hand*, 2018.

de tributação. Como já vimos, uma sociedade que, remotamente, exerce a sua atividade em determinada jurisdição, não será aí tributada pelos ativos intangíveis que aí retira benefícios. Enquanto de uma máquina só se pode retirar proveitos onde a máquina opera, dum ativo intangível esta frutificação pode ser aplicada em qualquer lado.

A nossa posição centra-se na necessidade de criar certeza na deslocação destes ativos intangíveis no seio dos grupos societários multinacionais, para evitar o planeamento fiscal abusivo e reajustar o direito de tributação dos Estados, com o objetivo de uma repartição internacional mais justa e adequada.

Sendo estes ativos absolutamente essenciais para a maioria dos negócios altamente digitalizados, a sua inescrutabilidade cria uma cortina difícil de desvendar para as administrações tributárias, ficando estas muito desprotegidas e à mercê dos contribuintes. É necessário alcançar um consenso entre os Estados, organizações e contribuintes, de forma a estancar este problema, para que as jurisdições possam tributar eficazmente os lucros originados a partir destes ativos nebulosos.

Pela natureza das suas operações, os ativos intangíveis apresentam-se para as sociedades uma possibilidade de fuga aos testes tradicionais do estabelecimento estável.

Como vimos, os testes atuais de estabelecimento estável não preveem a existência de um estabelecimento estável sem o requisito de presença física. Este problema é agravado pelos ativos intangíveis pela sua falta de substância física.

Como exemplo académico, se pensarmos numa multinacional com um estabelecimento estável em Portugal, a lista de clientes – ativo intangível – que o estabelecimento constrói em Portugal, pode facilmente ser deslocada para outro local. Neste exemplo, o estabelecimento até pode ter uma sucursal e é tributada pelos lucros provenientes dessa sucursal. No entanto, se pensarmos numa plataforma digital que um dos seus valiosos ativos é dados de utilizadores, e se esta plataforma estiver presente no mercado português, sem qualquer presença física, como podemos tributar os lucros gerados pelos utilizadores presentes em território português? Sendo esse ativo intangível, constituído em território Português, determinante para criação de lucro, deve ter o Estado Português legitimidade para o tributar.

Assim, no domínio destes ativos, os testes tradicionais não se enquadram, pelo que é necessário tomar decisões no sentido de regular melhor estes ativos, bem como atualizar

os testes de estabelecimento estável, ou criar um novo que enquadre as novas modalidades de atividades digitais, e uma das soluções pode passar pela avaliação dos ativos intangíveis e a forma como estes resultam em lucro para a sociedade detentora dos mesmos.

Conclusão

As consequências da Economia Digital estão identificadas por todos os intervenientes, assim como os objetivos a alcançar estão bem delineados. O conceito de estabelecimento estável, assim como os testes enunciados para verificar a sua existência, enfrentam um momento crítico da sua vigência. Urge às entidades competentes rever os testes atuais, ou introduzir um novo que não se apoie no requisito tradicional de presença física, sob pena de uma tomada de posição unilateral dos Estados, o que dificultaria o consenso internacional.

As organizações competentes, nomeadamente OCDE e União Europeia, também já trilharam o percurso a seguir, faltando agora o passo mais difícil: resolver o braço de ferro de interesses políticos dos Estados.

Como sabemos, o jogo de interesses político no âmbito do Direito Fiscal Internacional é complexo, e um reajuste na repartição internacional implica, naturalmente, perdas para alguns Estados.

A criação do conceito de estabelecimento virtual, sem interferir com o conceito tradicional aplicado aos modelos de negócio não digitalizados, tem sido desafiante, e as propostas analisadas foram extremamente pertinentes para a realização da nova proposta feita pela OCDE, no âmbito do Pilar I do documento apresentado em janeiro de 2020.

Embora alguns Estados tenham legislado internamente para a criação de um imposto aplicável às plataformas digitais à distância, esses trabalhos encontram-se ainda em *stand-by*, na expectativa de perceber os desenvolvimentos conseguidos pelas organizações internacionais no futuro recente. Esta espera, para os mais otimistas, é entendida como um depósito de confiança nos esforços multilaterais de Estados e organizações.

De todo o modo, é necessário proceder-se à tributação de sociedades que atuem ativa e de modo constante em Estados, sem a necessidade de qualquer presença física. Os lucros dessas sociedades, consequentes dessa atividade em mercados distantes, tem de constituir direitos de tributação à respetiva jurisdição. Neste âmbito, é, como já referimos,

importante criar normas abrangentes e duradouras, que consigam acompanhar as alterações constantes dos modelos de negócio digitalizados, característica presente nos modelos emergentes da Economia Digital.

Um dos outros grandes desafios, como observamos no final, é causado pelos ativos intangíveis e as suas características invulgares. Tratando-se de um conceito relativamente recente, é difícil regular estes ativos adequadamente. Contudo, estes ativos têm maior relevância nos negócios altamente digitalizados, pelo que as sociedades tiram partido da sua mobilidade e inescrutabilidade para retirar vantagens fiscais, movendo-os conforme os seus planos tributários.

A sua difícil avaliação, e pouca comparabilidade, causa desconforto especialmente nas transferências entre contribuintes com relações especiais, deixando as administrações tributárias limitadas à informação recebida do contribuinte.

Importa, ainda, continuar os esforços para dar seguimento à missão delineada no âmbito do plano BEPS em 2015. No entanto, é importante reconhecer que o conceito de estabelecimento estável tem ficado desatualizado, sendo necessário alcançar uma abordagem unificada, que se concretize numa alteração à própria CMOCDE. Esta alteração, pode beber muito das propostas já enunciadas, seja da presença significativa, marketing de intangíveis ou participação de utilizadores. O importante é caminhar para uma nova mentalidade, que reconheça a não necessidade de presença física para existência de um estabelecimento estável.

Bibliografia

ACCOUNTANCY Europe & BOUTELLIS-TAFT, O., “*Letter about OECD Public consultation – Addressing the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy*”, Bruxelas.

BLAIR, Margaret, & WALLMAN, Steven, “*The Growing Intangibles Reporting Discrepancy, Intangibles: Management, Measurement*”, Brooking Institution Press, pp. 451.

BLOUGH, Stephen, KPMG, “*Comments on the Secretariat Proposal for a ‘Unified Approach’ under Pillar One*”, 2019

BRYNJOLFSSON, Erik, “*Scale Without Mass: Business process Replication and Industry Dynamics*”, 2008

CONNON, D. & DJANKOV, S., “*Valuing user data*”, 2019

DAUM, Jürgen, “*Intangible Assets and Value Creation*”, Wiley, 2003

EUROPEAN COMISSION, “*Proposal for a Council Directive on the common system of a digital services tax on revenues resulting from the provision of certain digital services*“, 2018, Bruxelas.

EUROPEAN COMISSION, “*Report of the Commission Expert Group on Taxation of the Digital Economy*“, 2014, Bruxelas.

GAMITO, Conceição., PIRES, Joana Branco, & MARQUES, Filipe Cunha, “*Digital Economy Taxation: the quest for a perfect solution*”. in RIBEIRO, João Sérgio, “*International Taxation: New Challenges*”, Braga, Escola de Direito da Universidade do Minho, 2017, pp. 11-20.

HASKEL, Jonathan, & WESTLAKE, Stian, “*Capitalism without Capital: The Rise of the Intangible Economy*” Princeton University Press, 2017.

HENSHALL, John, “*Deloitte comments on BEPS action 8: Application guidance released on hard-to-value intangibles*”, in *Tax&Hand*, 2018.

International Chamber of Commerce, “*Comments to the OECD Discussion Draft on BEPS Action 8 “Hard to value intangibles”*”, 2015.

International Data Corporation, “*IDC Addresses the Digital Economy and Its Impact on the Future Enterprise*”, 2019

KRIVINSKAS, Martin, Deloitte, “*G20/OECD Inclusive Framework on BEPS issues new Statement on the Two-Pillar Approach to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy*”, 2020, Suiça.

LEV, Baruch., “*Intangibles: Management, Measurement and Reporting*”, Bookings Institution Press, 2001.

LOPES, Ilídio, “*A gestão do capital intelectual e dos intangíveis na era do conhecimento*” Escolar Editora, 2013, pp. 108-109.

MAGALHÃES, Ana., “*O novo imposto sobre a economia digital – Desenvolvimentos na tributação da economia digital*”, 2020, in *Jornal Económico*.

MNE Tax, “*“Marketing intangibles” solution to global digital tax dispute should apply only to consumer-facing businesses, US official says*”, 2019.

MORAIS, Rui Duarte, “*Apontamentos ao IRC*”, Almedina, 2009, pp. 12

MUÑOZ, Ramón, “*El Gobierno se plantea retomar la ‘tasa Google’ española si no hay acuerdo en la UE*”, 2019, in *El País*.

NABAIS, José Casalta, *“Introdução ao Direito Fiscal das Empresas”*, Almedina, 2015, pp. 84-85.

NY Times, *“U.S. Will Impose Tariffs on French Goods in Response to Tech Tax”*, 2020, in

OCDE, *“Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations”*, Paris, 2017, pp. 27.

OECD, *“Final Report, Base Erosion and Profit Shifting Project, Action Plan 1: Addressing the tax challenges of the digital economy”*, Paris, 2015.

OECD, *“Guidance for Tax Administrations on the Application of the Approach to Hard-to-Value Intangibles - BEPS Actions 8-10, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project”*, Paris, 2018.

OECD, *“Programme of Work to Develop a Consensus Solution to the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy”*, 2019, Paris.

OECD, *“Statement by the OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS on the Two-Pillar Approach to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy”*, 2020, Paris.

Parliament of Great Britain, *“An Act for the Encouragement of Learning, by Vesting the Copies of Printed Books in the Authors or Purchasers of such Copies”*, 1710.

SILVA, Eduardo Sá, *“Ativos intangíveis: abordagem contabilística, fiscal e auditoria”*, in *Vida Económica*, 2014, pp. 20.

WEEGHEL, Stef van, PwC., *“OECD releases guidance for tax administrations on hard-to-value intangibles”*, 2018.

XAVIER, Alberto, *“Direito Tributário Internacional”*, 2014, Almedina, p. 319