

O ESTABELECIMENTO ESTÁVEL NA ERA PÓS-BEPS

THE PERMANENT ESTABLISHMENT IN A POST-BEPS ERA

SUSANA ESTÊVÃO GONÇALVES¹

RESUMO

O presente artigo pretende, por um lado, abordar as recentes alterações ao conceito de estabelecimento estável (EE) introduzidas na sequência do Projeto BEPS e, por outro lado, propor uma reflexão sobre a (des)adequação deste conceito, enquanto critério de fonte de rendimentos empresariais, face à atual e futura realidade económica, altamente digital.

A relevância das alterações introduzidas ao conceito de EE (com vista à prevenção de situações de elisão de EE) é inegável. No entanto, podemos questionar-nos se fará sentido continuar a utilizar a localização dos fatores de produção (presença física) como critério de alocação de rendimentos empresariais entre jurisdições, uma vez que esta cada vez mais tende a não coincidir com o local da criação de valor (jurisdição de mercado).

Palavras-Chave: Estabelecimento estável, BEPS, presença física, criação de valor, jurisdição do mercado

ABSTRACT

This article aims, on the one hand, to address the recent amendments to the concept of permanent establishment (PE) following BEPS Project and, on the other hand, to propose a reflection on the (in)adequacy of this concept, as the source criteria of business income, at the light of the current economic context, highly digital.

¹ Advogada. A autora pode ser contactada em susana.goncalves@cmsportugal.com

The relevance of the amendments to the PE concept (to prevent the avoidance of PE status) is undeniable. However, we should question whether it makes sense to continue to rely on a supply-approach (physical presence) as a criteria to allocate business income between jurisdictions, while such criteria is getting further away from the place where the value is created (market jurisdiction).

Keywords: Permanent establishment, BEPS, physical presence, value creation, market jurisdiction

ÍNDICE

1. Introdução	3
2. Origem e Relevância do Conceito de EE.....	4
3. O Conceito Tradicional de EE e a sua desadequação	10
4. Os Avanços Trazidos pelo Projeto BEPS ao Conceito de EE	15
4.1. Enquadramento.....	15
4.2. EE Real - Trabalho à distância (Home-Office)	19
4.3. Atividades Preparatórias e Auxiliares	23
4.3.1. Exclusões do Conceito de EE.....	24
4.3.2. Regra Anti-Fragmentação (Atividades Preparatórias e Auxiliares).....	26
4.4. Regra Anti-Fragmentação Temporal de Contratos.....	28
4.5. Conceito de EE Pessoal	29
4.6. Entidades Estreitamente Relacionadas	32
5. O Caso Português.....	33
6. Análise Crítica	35
7. Conclusões	41

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objeto conceito de estabelecimento estável (EE)², enquanto critério de fonte dos rendimentos empresariais, que tradicionalmente (e mesmo numa era pós-BEPS – *Base Erosion and Profit Shifting*) se encontra fortemente baseado na presença física dos fatores de produção.

Partindo do contexto histórico que levou à introdução do conceito de EE no Direito Fiscal Internacional e de uma análise ao conceito tradicional de EE, pretendemos demonstrar a sua desadequação face ao contexto económico atual, altamente digital e tecnológico, para em seguida focarmos a nossa análise nas modificações a este conceito introduzidas na sequência do Projeto BEPS.

Com efeito, consciente desta desadequação e das consequências da mesma, a Organização de Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE), no âmbito do Projeto BEPS (em particular a Ação 7), veio propor um conjunto de modificações (legais e interpretativas) ao conceito de EE, com vista a colmatar lacunas e evitar situações de elisão do EE. As modificações propostas traduziram-se em alterações ao conceito de EE previsto no Modelo de Convenção Fiscal sobre o Rendimento e o Património da OCDE (CMOCDE) e respetivos comentários (no âmbito da revisão da CMOCDE de 2017), na introdução de novas regras nas Convenção(ões) para Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Elisão Fiscal em Matéria de Impostos sobre o Rendimento (CDTs) já em vigor, através da Convenção Multilateral para Aplicação de Medidas Relativas às Convenções Fiscais Destinadas a Prevenir a Erosão da Base Tributária e a Transferência de Lucros (MLI), e também em alterações na legislação interna dos Estados (como foi o caso de Portugal, com as alterações introduzidas pela Lei do Orçamento do Estado para 2021 - Lei n.º 75-B/2020, de 31 de dezembro (LOE 2021)).

De entre as modificações introduzidas, destacamos as seguintes (sobre as quais nos debruçaremos com detalhe):

² A nossa análise será limitada ao conceito de EE tal como adotado no contexto da OCDE, que é aquele que tem vindo a ser adotado de forma quase universal (sem prejuízo de podermos encontrar diferentes definições ou particularidades noutros contextos – e.g. CMONU).

- (i) as clarificações relativas ao recurso a "*home-offices*" e a sua qualificação como EE real,
- (ii) as restrições introduzidas no que respeita às exclusões do conceito de EE ("lista negativa") e a regra anti-fragmentação introduzida com vista a evitar o aproveitamento abusivo destas exclusões,
- (iii) a introdução de uma regra anti-fragmentação temporal dos contratos cuja qualificação como EE depende de um período de vigência mínimo (o EE projeto), e
- (iv) o alargamento significativo do conceito de EE pessoal, que vai desde a introdução de modificações ao conceito de agente dependente à introdução de novas regras relativas à natureza dos contratos abrangidos e respetivos critérios.

Como veremos, é inegável que o conceito de EE pós-BEPS se veio revelar bastante mais robusto do que o conceito tradicional, permitindo, à partida, que fiquem bloqueados determinados (já conhecidos) comportamentos abusivos ou aproveitamentos de lacunas por parte dos operadores de mercado com vista à elisão do EE.

Não obstante, as alterações introduzidas não só não são isentas de críticas, como, em nossa opinião, não são ainda suscetíveis de resolver o real problema de fundo: numa economia cada vez mais digital e desmaterializada continuamos a utilizar como critério de fonte (elemento de conexão para alocação da competência tributária) a localização dos fatores de produção (presença física), quando a mesma já não corresponde (ou poderá não corresponder) ao local da criação de valor.

Mesmo num contexto pós-BEPS (1.0) a problemática em torno do conceito de EE está longe de estar resolvida. Torna-se cada vez mais premente uma reforma de fundo que permita tornar a tributação internacional simples e justa, quer na perspetiva dos Estados (alocação de receita tributária à jurisdição onde ocorre a criação de valor), quer na perspetiva dos operadores de mercado (permitindo-lhes (re)focar na eficiência económica das operações).

2. ORIGEM E RELEVÂNCIA DO CONCEITO DE EE

Em matéria de fiscalidade internacional, e tendo em conta a soberania tributária dos Estados no que respeita à tributação dos rendimentos gerados com conexão com o seu território, vamos

encontrar sempre presente uma dicotomia – que é há muito objeto de consenso internacional – entre (i) o Estado da residência, que, como regra geral, tributa os rendimentos dos seus residentes de acordo com um princípio da universalidade, e (ii) o Estado da fonte, que, como regra geral tributa os rendimentos de não residentes com origem ou proveniência no seu território³.

Tendo em conta que as relações económicas e comerciais internacionais podem dar azo a pretensões tributárias por mais do que um Estado (residência e fonte(s)), sobre o mesmo rendimento, suscetíveis de gerar situações de dupla (ou até múltipla) tributação internacional, foi sendo necessária a criação de mecanismos a nível internacional que estabelecessem os limites dentro dos quais os Estados têm o poder de tributar, alocando-o assim entre os vários Estados. É neste contexto que surgem as CDTs, que têm vindo a ser aprimoradas e aperfeiçoadas em resultado do trabalho das várias organizações internacionais (desde a Liga das Nações à OCDE e à Organização das Nações Unidas (ONU))⁴.

Neste contexto, de necessidade de alocação de poder tributário entre os Estados, o conceito de EE surge enquanto critério de competência tributária no que respeita a rendimentos empresariais (lucros). Este conceito veio sendo estruturado e desenvolvido ao longo do tempo, tendo conhecido a sua institucionalização no início do século XX.

O conceito de EE foi introduzido pela primeira vez num tratado internacional em 1899, em concreto no tratado fiscal internacional assinado entre o Império Austro-Húngaro e a Prússia (sendo que a Prússia vinha já adotando internamente este conceito na definição de alocações entre municípios)⁵.

Posteriormente, no contexto do final da Primeira Guerra Mundial, a necessidade de restabelecer as relações comerciais internacionais levaram a que a resolução dos problemas de dupla tributação internacional assumisse uma urgência e destaque relevantes. Esta circunstância levou

³ Vide, PAULA ROSADO PEREIRA, *Princípios do Direito Fiscal Internacional, do Paradigma Clássico ao Direito Fiscal Europeu*, Almedina, 2010, págs. 85 e ss.

⁴ Vide, PAULA ROSADO PEREIRA, *Convenções sobre a Dupla Tributação no Atual Direito Fiscal Internacional*, 2021, Almedina, págs. 23 e ss.

⁵ A respeito da análise detalhada da evolução histórica do conceito de EE, vide, MARIA CELESTE CARDONA, *O conceito de EE: algumas reflexões em torno deste conceito*, Estudos em Homenagem à Dra. Maria de Loures Órfão de Matos Correia e Vale, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, n.º 171, Lisboa, 1995, págs. 250 e ss.

à negociação de várias CDTs e ao desenvolvimento de um modelo de convenção por parte da Liga das Nações (1928), que integraria já o conceito de EE.

Finalmente, após a Segunda Guerra Mundial, com o crescimento das relações interestaduais, a proliferação de acordos para evitar a dupla tributação e a fundação da OCDE, viria a ser produzido o Modelo de Convenção de 1963 (tendo por base os relatórios produzidos e os estudos efetuados pela Comité Fiscal da OCDE), que integravam um conceito próprio e aprofundado de EE. É este conceito de EE que, na sua essência, vamos encontrar ainda hoje praticamente inalterado (tal como previsto no artigo 5.º da CMOCDE).

O conceito de EE (e sua integração nas CDTs) resulta, assim, da necessidade de responder aos problemas de dupla tributação internacional, estabelecendo um critério de alocação dos poderes tributários entre os Estados da fonte e da residência (i.e., entre os Estados que estão de certa forma envolvidos na obtenção do rendimento por parte dos sujeitos passivos) no que respeita a rendimentos empresariais. Como bem refere PAULA ROSADO PEREIRA, “*no contexto do Direito Fiscal Internacional, a repartição entre os Estados do poder de tributar rendimentos empresariais assenta, fundamentalmente, na figura do estabelecimento estável*”⁶.

O princípio de que a tributação dos rendimentos empresariais deve ocorrer onde se encontre localizado o EE⁷ tem sido aceite, de forma transversal, pela generalidade dos Estados: por um lado, delimitando a competência tributária do Estado da residência (ao atribuir competência tributária cumulativa ao Estado da fonte i.e., aquele onde se localize o EE, cabendo ao Estado da residência eliminar a dupla tributação, através de mecanismos de isenção ou crédito de imposto⁸); por outro lado, restringindo a competência tributária do Estado da fonte às situações em que existam laços económicos significativos, que se consubstanciem na existência de um

⁶ In, *O papel do estabelecimento estável no Direito Fiscal Internacional*, Almedina, 2021 Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier, Vol II., 2013, Almedina, pág. 571.

No mesmo sentido, MANUELA DURO TEIXEIRA afirma que “*O estabelecimento estável constitui assim, na prática, um limite mínimo a partir do qual o Estado da fonte tem legitimidade para tributar o não residente de forma semelhante, em vários aspetos, à dos residentes, permitindo um equilíbrio entre as competências tributárias do Estado da fonte e as competências tributárias do Estado da residência*” – in, *A Determinação do Lucro Tributável dos Estabelecimentos Estável de Não Residentes*, Almedina, 2007, pág. 33.

⁷ A imputação de rendimentos ao EE deve ser efetuada de acordo com uma análise funcional – i.e., tendo em conta os ativos, riscos e funções por estes assumidos.

⁸ Artigo 7.º da CMOCDE, conjugado com os artigos 23.º-A e 23.ºB da CMOCDE, que foram (e têm vindo a ser) replicados na generalidade das CDTs.

EE. Pode, assim, afirmar-se que "*Tal regime representa, nesta medida uma concessão ao princípio da residência, permitindo a tributação exclusiva no Estado da residência de todas as situações de lucros empresariais que não sejam imputáveis a um estabelecimento estável existente noutra Estado*"⁹.

Cabe agora verificar qual é esse nível mínimo de envolvimento de uma entidade com um determinado Estado da fonte que permite e justifica que sejam atribuídos poderes de tributar deste último, ou seja, qual o critério que tem vindo a ser adotado para o preenchimento do conceito de Estado da fonte, no que respeita aos rendimentos empresariais (i.e., para o preenchimento do conceito de EE)¹⁰.

Ora, na atribuição ou não de poderes tributários ao Estado da fonte (seja qual for a natureza do rendimento), terá necessariamente de ser tido em conta o grau de envolvimento da entidade não residente na vida económica desse Estado (i.e., do Estado da fonte que é o Estado recetor / *host*) e os laços económicos existentes entre ambos (i.e., entre o Estado da fonte e a entidade não residente). Com efeito, quanto maior for o envolvimento da entidade não residente no Estado da fonte, em princípio, maiores são os benefícios que tal entidade retira desse envolvimento, em particular no que respeita aos serviços disponibilizados por tal Estado (nomeadamente em matérias como proteção e segurança, sistema judicial, infraestruturas, etc.). É o aproveitamento de tais benefícios que, em princípio, justificará a competência para tributar do Estado da fonte no que respeita aos rendimentos gerados na sua jurisdição¹¹.

⁹ In, PAULA ROSADO PEREIRA, *Convenções sobre a Dupla Tributação no Atual Direito Fiscal Internacional*, 2021, Almedina, pág. 111.

¹⁰ "O estabelecimento estável representa um "nível mínimo de presença" (*threshold*) e de ligação ao território de um Estado distinto daquele no qual é residente a empresa que desenvolve a atividade empresarial. Essa presença deve ser suficientemente forte e estável para justificar a atribuição, ao Estado onde ocorre, da competência para tributar (a parte correspondente) dos lucros de uma empresa não residente" – in, PAULA ROSADO PEREIRA, *Princípios do Direito Fiscal Internacional, do Paradigma Clássico ao Direito Fiscal Europeu*, Almedina, 2010, pág. 134.

¹¹ Como refere EVA ESCRIBANO LOPEZ "the fundamental question that needs to be addressed when dividing the tax base over international income in a tax treaty is under which circumstances and to what extent the source country should be permitted to tax the income that the non-resident entity derives from its investments therein. (...) the answer should take into consideration the level of involvement of the non-resident in the economic life of the host state, which serves as an indicator to measure the degree of enjoyment of benefit provided by the aforementioned state" – in, *An Opportunistic, and yet Appropriate, Revision of the Source Threshold for the Twenty-First Century Tax Treaties*, Intertax n.º 1, 2015, pág. 7.

Os critérios indicadores desse envolvimento (e conseqüente aproveitamento de benefícios) não são necessariamente objetivos ou autodefinidos, sendo naturalmente possíveis diversas abordagens. Na realidade, o próprio conceito de fonte não é um conceito autodefinido¹², é a definição desses critérios de um ponto de vista convencional (i.e., por parte do Estados envolvidos) que irá estabelecer onde se localiza a fonte do rendimento e em que medida o Estado respetivo tem ou pode ter poder tributário sobre os rendimentos de uma entidade não residente "gerados" na sua jurisdição.

Sem prejuízo do conceito de fonte aplicado a rendimentos de outras naturezas¹², de entre as abordagens possíveis no que respeita à fonte de rendimentos empresariais poderão, por exemplo, ser tidas em conta a localização do mercado (onde se encontram os consumidores da entidade não residente), a localização dos fatores de produção (instalações ou mão-de-obra) ou, até, uma abordagem conjugada mercado-fatores de produção. Note-se, aliás, que para além da localização dos fatores de produção, a abordagem conjugada mercado-fatores de produção chegou a seu tempo a ser considerada e analisada¹³.

Não obstante, desde as primeiras manifestações do conceito de EE que se adotou uma preferência clara pelo critério de localização dos fatores de produção (em detrimento da

¹² Dependendo da natureza dos rendimentos, o conceito de fonte – enquanto local de origem ou proveniência dos rendimentos – pode ter várias abordagens possíveis no que respeita à determinação do elemento de conexão relevante. Os elementos de conexão fonte que historicamente têm sido considerados vão desde a localização da entidade pagadora (fonte de pagamento – como verificamos, por exemplo, em determinados rendimentos de capitais, como sejam juros e dividendos), à localização de bens – "*lex rei sitae*" (conexão real – como verificamos por exemplo no caso dos rendimentos prediais ou mais-valias imobiliárias), ou à localização da fonte de produção (que, como veremos, tem vindo a ser o critério adotado em matéria de rendimentos empresariais – i.e. determinação de EE), entre outras abordagens possíveis. Neste sentido, *vide*, ALBERTO XAVIER, em colaboração com CLOTILDE CELORICO PALMA e LEONOR XAVIER, *Direito Tributário Internacional*, Almedina, 2009, 2ª Edição Atualizada, 2007, pág.297 e ss.

¹³ "*Economists have attempted to shed some light when determining the profits' source from theoretical point of view. They consider two approaches: (a) supply approach, which identifies the source to the place where the factors generating income operate and (b) supply-demand approach that states that profits are created through the interaction of supply (factors of production) and demand (where the market is located)*" – in, EVA ESCRIBANO LOPEZ, *op.cit.*, pág. 8.

localização do mercado ou até de uma abordagem conjugada)¹⁴, o qual acabou refletido na CMOCDE¹⁵ e que se mantém até aos dias de hoje.

Subjacente à opção adotada estava naturalmente o contexto económico da época, traduzindo-se em dois principais fatores: por um lado, os interesses tributários dos países exportadores de capitais, e por outro, o tipo de economia vigente (uma economia tradicional, altamente dependente da presença física e pouco móvel).

Com efeito, no contexto em que a CMOCDE foi preparada (início do século XX) os seus Estados-membros, eram essencialmente países exportadores de capital que tinham todo o interesse em manter a tributação tanto ao nível da residência (ou mesmo do Estado da localização dos fatores de produção) quanto possível e não tanto ao nível do mercado¹⁶. Ou seja, quanto mais exigentes os critérios de determinação de EE, menor o nível de tributação na "fonte" e maior a fatia de receita de tributária para os Estados da residência.

Por outro lado, não podemos esquecer que, ao tempo da introdução do conceito do EE (i.e., quando inicialmente se colocou esta questão de definição do elemento de conexão relevante), a importância do comércio eletrónico e economia digital em geral, era ainda muito residual ou praticamente incipiente. No início do século XX, apesar de já se poderem encontrar algumas manifestações da chamada economia digital, a presença física era ainda fundamental para o desenvolvimento de qualquer atividade económica, o que justificaria a adoção deste parâmetro (presença física dos fatores de produção) como o mais adequado a medir o envolvimento de um determinado sujeito passivo na vida económica de um determinado Estado. Acresce que, naquele contexto económico, a mobilidade das pessoas, entidades e fatores de produção era significativamente menor do que aquela a que assistimos nos dias de hoje.

¹⁴ "A PE is merely a piece of evidence of economic allegiance not the reason for source-state taxation" – in, ARVID AAGE SKAAR, *Permanent Establishment: Erosion of a Tax Treaty Principle*, Kluwer Law International, 1991, pág. 559.

¹⁵ Note-se que, sem prejuízo de outros modelos de convenção, a CMOCDE tem vindo a ser adotada de forma particularmente global. Como refere ANA PAULA DOURADO a respeito da CMOCDE, "apesar de todos os constrangimentos, tem sido exportado como modelo universal" - in, *Governança Fiscal Global*, Almedina, 2.^a Edição Revista Atualizada, pág. 30.

¹⁶ Por uma questão de delimitação da nossa análise não nos debruçaremos sobre a CMONU. Não obstante, não podemos deixar de notar que este instrumento, tendo em conta os interesses que visa proteger – países em desenvolvimento – contém um conceito de EE que, embora presente, no essencial, traços comuns com o conceito previsto na CMOCDE, acaba por ser mais abrangente (incluindo, por exemplo, um conceito de EE serviços).

Assim, como regra geral e sem prejuízo dos ajustes e melhorias efetuados ao longo do tempo, vingou e mantém-se até aos dias de hoje – nos Modelos de Convenção (em particular a CMOCDE, sobre a qual nos debruçaremos), nas CDTs existentes e nas legislações interinas dos Estados – uma concetualização do conceito de “fonte de rendimentos empresariais” traduzida num conceito de EE que tem por base um critério (*threshold*) de localização dos fatores de produção.

Como veremos sumariamente no ponto seguinte, tradicionalmente o conceito de EE (enquanto localização dos fatores de produção), tem vindo essencialmente a assumir duas formas: a existência da instalação fixa ou de agente dependente, quando verificados determinados critérios ou condições.

3. O CONCEITO TRADICIONAL DE EE E A SUA DESADEQUAÇÃO

Para efeitos da presente análise, tomaremos por base o tradicional (i.e., pré-BEPS) conceito de EE tal como previsto no artigo 5.º da CMOCDE antes da revisão operada em 2017, e no qual se inspiram as CDTs e as legislações internas dos respetivos Estados-membros, em particular a legislação doméstica portuguesa (cf. artigo 5 do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas (CIRC)).

Ora, muito resumidamente, o conceito de EE vinha abarcando (e abarca ainda), essencialmente, duas categorias distintas e alternativas¹⁷:

- (i) EE real¹⁸ – “*instalação fixa através da qual a empresa exerce toda ou parte da sua atividade*”, incluindo, nomeadamente, um local de direção, sucursal, escritório,

¹⁷ Importa referir que o conceito de EE previsto na CMONU é mais abrangente do que o conceito de EE da CMOCDE, desde logo restringindo o número de meses para que um estaleiro de construção se possa considerar EE – de 12 para 6 meses – e prevendo uma categoria adicional de EE – o EE serviços. Não entraremos em detalhe sobre esta matéria, uma vez que a mesma se encontra excluída do escopo da nossa análise.

¹⁸ Cf. Artigo 5.º, n.º 1, 2 e 3 da CMOCDE, na versão de 2014:

“1. For the purposes of this Convention, the term “permanent establishment” means a fixed place of business through which the business of an enterprise is wholly or partly carried on.

2. The term “permanent establishment” includes especially: a) a place of management; b) a branch; c) an office; d) a factory; e) a workshop, and f) a mine, an oil or gas well, a quarry or any other place of extraction of natural resource .

3. A building site or construction or installation project constitutes a permanent establishment only if it lasts more than twelve months”.

fábrica, oficina, minas e outros locais de extração de recursos naturais e, bem assim, estaleiros de construção e projetos de instalação cuja duração exceda um determinado período de tempo, como regra geral, 12 meses (note-se que na legislação portuguesa e algumas CDTs celebradas por Portugal esse período é reduzido a 6 meses – o mesmo resulta do Modelo de Convenção da ONU para Evitar a Dupla Tributação entre Países Desenvolvidos e em Desenvolvimento (CMONU)).

Para efeitos do preenchimento do conceito de EE real, é necessário que a entidade não residente tenha no Estado da fonte (i) uma instalação, (ii) que esteja à sua disposição, (iii) seja considerada (uma instalação) fixa, (iv) com um certo grau de permanência, e (v) que seja utilizada para o exercício da sua atividade principal (i.e., não relevando atividades meramente preparatórias ou auxiliares da atividade principal).

- (ii) EE pessoal¹⁹ – agente dependente *"que atue por conta da empresa e que tenha e exerça com caráter de habitualidade poderes para concluir contratos em nome da empresa"* no Estado da fonte. Excluem-se deste conceito os agentes independentes que atuem no âmbito normal da sua atividade – i.e., suportando o risco do negócio com independência jurídica e económica da empresa.

Para efeitos do preenchimento do conceito de EE pessoal, é necessário que a entidade não residente tenha no Estado da fonte (i) um agente dependente (i.e., não um agente com estatuto de independência, como seja um comissionista ou um corretor, atuando no âmbito normal da sua atividade), (ii) que atue em nome e por conta da entidade não residente, (iii) com poderes de vinculação da entidade não

¹⁹ Cf. Artigo 5.º n.ºs 5 e 6 da CMOCDE, na versão de 2014 (i.e., anterior a 2017):

"5. Notwithstanding the provisions of paragraphs 1 and 2, where a person — other than an agent of an independent status to whom paragraph 6 applies — is acting on behalf of an enterprise and has, and habitually exercises, in a Contracting State an authority to conclude contracts in the name of the enterprise, that enterprise shall be deemed to have a permanent establishment in that State in respect of any activities which that person undertakes for the enterprise, unless the activities of such person are limited to those mentioned in paragraph 4 which, if exercised through a fixed place of business, would not make this fixed place of business a permanent establishment under the provisions of that paragraph.

6. An enterprise shall not be deemed to have a permanent establishment in a Contracting State merely because it carries on business in that State through a broker, general commission agent or any other agent of an independent status, provided that such persons are acting in the ordinary course of their business."

residente (i.e., autoridade para concluir contratos)²⁰, e (iv) que exerça esse poderes com caráter de habitualidade²¹.

Encontram-se, no entanto, previstas determinadas exceções ao conceito de EE (seja real seja pessoal) no n.º 4 do artigo 5.º da CMOCDE ²², a chamada "lista negativa". De entre essas exceções incluem-se as atividades que vinham sendo tradicionalmente consideradas como "não essenciais" para a concretização do negócio (i.e., não integrando a atividade principal da entidade não residente), como sejam, por exemplo, o armazenamento e depósito de mercadorias ou as atividades preparatórias ou auxiliares²³.

Sucedem que a rigidez deste conceito tradicional de EE e a flexibilidade introduzida no comércio internacional pela crescente digitalização da economia, a que vimos de assistir ao longo dos últimos anos, vieram pôr em causa a adequação deste conceito e, conseqüentemente, colocar em crise a alocação do poder tributário decorrente do mesmo.

²⁰ De acordo com o comentário 33 ao artigo 5.º da CMOCDE (na versão de 2014 – i.e., anterior a 2017) tal significa “*A person who is authorised to negotiate all elements and details of a contract in a way binding on the enterprise can be said to exercise this authority in that State, even if the contract is signed by another person in the State in which the enterprise is situated or if the first is not formally given a power of representation. The mere fact, however, that a person has attended or even participated in negotiations in a State between the enterprise and the client will not be sufficient, by itself, to conclude that the person has exercised in that State an authority to conclude contracts in the name of the enterprise*”.

²¹ De acordo com o comentário 33.1 ao artigo 5.º da CMOCDE (na versão de 2014 – i.e., anterior a 2017) este critério implica que “*a (...) person makes use of this authority repeatedly and not merely in isolated cases*”.

²² Cf. Artigo 5.º n.º 4 da CMOCDE, na versão de 2014:

" 4. Notwithstanding the preceding provisions of this Article, the term "permanent establishment" shall be deemed not to include: a) the use of facilities solely for the purpose of storage, display or delivery of goods or merchandise belonging to the enterprise; b) the maintenance of a stock of goods or merchandise belonging to the enterprise solely for the purpose of storage, display or delivery; c) the maintenance of a stock of goods or merchandise belonging to the enterprise solely for the purpose of processing by another enterprise; d) the maintenance of a fixed place of business solely for the purpose of purchasing goods or merchandise or of collecting information, for the enterprise; e) the maintenance of a fixed place of business solely for the purpose of carrying on, for the enterprise, any other activity of a preparatory or auxiliary character; f) the maintenance of a fixed place of business solely for any combination of activities mentioned in subparagraphs a) to e), provided that the overall activity of the fixed place of business resulting from this combination is of a preparatory or auxiliary character".

²³ Os comentários 32 e 24 ao artigo 5.º da CMOCDE (na versão de 2014 – i.e., anterior a 2017) estabeleciam, a respeito das atividades preparatórias e auxiliares que “*It is recognised that such a place of business [or dependent agent] may well contribute to the productivity of the enterprise, but the services it performs are so remote from the actual realisation of profits that it difficult to allocate any profit to the fixed place of business in question. (...) The decisive criterion is whether or not the activity of the fixed place of business in itself forms an essential and significant part of the activity of the enterprise as a whole. Each individual case will have to be examined on its own merits. In any case, a fixed place of business whose general purpose is one which is identical to the general purpose of the whole enterprise, does not exercise a preparatory or auxiliary activity*”.

A respeito da delimitação operada pelo conceito de EE, MANUELA DURO TEIXEIRA vinha já sublinhando tratar-se de uma *"matéria cada vez mais complexa, à medida que a forma tradicional de desenvolver uma atividade económica fora do país de origem, que implica uma presença física e afetação de uma estrutura material e humana mínima, vai sendo substituída pela facilidade de realização de operações desmaterializadas e sem localização precisa"*²⁴.

Mais recentemente, ANA PAULA DOURADO vem salientar que *"A crise da soberania do Estado nacional, resultante da globalização, tem como manifestação mais preocupante a crise do Estado fiscal, e, com ela a crise da ordem fiscal internacional. (...) Os Estados da residência deixam de o ser quanto aos intangíveis e serviços desmaterializados (financiamento, administração, patentes e afins). Os Estados da fonte deixam de o ser, por não conseguirem tributar as atividades empresariais aí desenvolvidas, por não ser possível identificar um estabelecimento estável, pressuposto da tributação no quadro das convenções"*²⁵.

Com efeito, o desenvolvimento dos meios de comunicação e tecnologia a que assistimos nos últimos anos vieram alterar profundamente a forma como os negócios são conduzidos (em particular, quando nos referimos a empresas multinacionais (MNEs)). No contexto da economia atual – moderna, móvel, global, digital –, verifica-se muitas vezes (i) por um lado, uma desnecessidade de estrutura física ou presença de pessoas no local onde os negócios são conduzidos (e.g., comércio eletrónico, comunicações à distância, serviços *online*, *marketing* digital, etc.), que se traduz numa dificuldade de subsunção da "presença" da entidade não residente na jurisdição onde desenvolve a sua atividade (e cria valor) ao conceito de EE, e (ii) por outro, uma enorme facilidade de deslocalização dos fatores de produção e mesmo residência (nomeadamente para zonas de baixa tributação)²⁶.

²⁴ *In, op. cit.*, pág. 21.

²⁵ *In, op. cit.*, pág. 27.

²⁶ Como afirma PAULA ROSADO PEREIRA, *"O planeamento fiscal internacional e a crescente digitalização da economia têm, ao longo das últimas décadas, colocado importantes desafios ao conceito de estabelecimento estável. A economia digital, no seio da qual as atividades económicas prescindem, cada vez mais do suporte de uma instalação fixa ou de agentes dependentes "no terreno", altera as premissas das quais partiu a conceção do estabelecimento estável. Assim, a crescente desmaterialização de muitas atividades económicas origina sérias dificuldades ao nível da subsunção de uma determinada "presença de negócio", existente num território ao conceito de estabelecimento estável"* – in, *Convenções sobre a Dupla Tributação no Atual Direito Fiscal Internacional*, 2021, Almedina, pág. 117.

Em resultado desta alteração de pressupostos, tem-se vindo a constatar um incremento das situações de elisão de EE, seja através de estratégias premeditadamente abusivas por parte dos sujeitos passivos, seja em resultado da própria natureza dos negócios conduzidos. Esta situação traduz-se, ou pode traduzir-se, em duas consequências fundamentais: (i) uma desadequação da repartição das receitas tributárias (*share of the pie*), porquanto os Estados a quem é permitido tributar não são necessariamente aqueles que têm uma efetiva relevância na vida económica da empresa, ou seja, que contribuíram para a efetiva “criação de valor”, e (ii) a diminuição global das receitas tributárias (*size of the pie*), em resultado da opção dos sujeitos passivos por zonas de baixa tributação.

Em face destas circunstâncias, a questão que se coloca é a de saber em que medida o conceito tradicional de EE continua a ser um parâmetro adequado a medir o grau de envolvimento de um determinado Estado na vida económica de uma empresa. Não será, pelo contrário, o conceito de EE, ele próprio, um instrumento ao dispor dos contribuintes para evitarem a tributação no Estado da (verdadeira) "fonte" dos seus rendimentos empresariais?

Esta problemática vem já (pelo menos desde meados da década de 90) sendo identificada e discutida quer pela doutrina internacional quer pelas organizações internacionais.

A OCDE, no contexto do Projeto BEPS, vem abordar especificamente quer a questão da erosão do EE, quer a questão da tributação da economia digital – Ações 7 e 1 do Projeto BEPS, respetivamente.

No âmbito e na sequência do Projeto BEPS vamos, então, assistir a um aperfeiçoamento do conceito de EE, embora sob um critério de continuidade do princípio. Não assistimos ainda a uma mudança disruptiva, como a situação parece requerer, mas antes a uma insistência na conveniência do princípio (alocação do poder de tributar os rendimentos empresariais de acordo com um critério de localização dos fatores de produção) embora tentativamente reinterpretado à luz das atuais circunstâncias do mercado²⁷. No entanto, apesar de ainda fora do âmbito do

No mesmo sentido, alertava já MANUELA DURO TEIXEIRA que "*A internacionalização das economias e a ultrapassagem, em grande medida, das formas tradicionais de desenvolvimento de atividades transfronteiriças, associadas, (...) põem em causa a validade do conceito tradicional de estabelecimento estável e a sua adequação à função de elemento de conexão*" – *in, op. cit.* pág. 33.

²⁷ Vide, a este respeito, PAULA ROSADO PEREIRA, *Convenções sobre a Dupla Tributação no Atual Direito Fiscal Internacional*, 2021, Almedina, pág. 117: "*Em resposta ao planeamento fiscal internacional agressivo aos*

conceito de EE, é já identificada a necessidade de soluções para a problemática da economia digital e a relevância do Estado do mercado como local da "criação de valor"²⁸.

É, pois, sobre as modificações, clarificações e aperfeiçoamentos ao conceito de EE – de forma a preencher lacunas e tornar tal conceito mais robusto e menos "elidível" – introduzidas na sequência do Projeto BEPS (e concretizadas na revisão à CMOCDE de 2017 e nas disposições relativas ao EE do MLI) que nos debruçaremos no ponto seguinte e que constituem o principal foco do presente trabalho.

4. OS AVANÇOS TRAZIDOS PELO PROJETO BEPS AO CONCEITO DE EE

4.1. Enquadramento

Trataremos agora de analisar as modificações ao conceito tradicional de EE sugeridas pelo Projeto BEPS, que se traduziram na revisão de 2017 ao artigo 5.º da CMOCDE e na Parte IV do MLI, que introduz alterações às CDTs existentes (e também na alteração à legislação interna portuguesa – artigo 5 do CIRC – introduzida pela LOE 2021).

O Projeto BEPS foi impulsionado pelo desafio lançado pelo G20, com vista à implementação a nível global de mecanismos de combate ao planeamento fiscal agressivo e implementação generalizada de mecanismos de troca de informações, tendo dado origem ao Relatório e Plano de Ação disponibilizados pela OCDE em 2013 e, subsequentemente, às 15 Ações, apresentadas entre 2014 e 2016²⁹.

desafios suscitados pela economia digital, têm ocorrido sucessivos aperfeiçoamentos do conceito de estabelecimento estável – embora sem modificar as suas linhas essenciais e, portanto, sem ultrapassar verdadeiramente os problemas que se colocam".

²⁸ Cf. Relatório da Ação 1- *Address the tax challenges of the digital economy*. A matéria aí discutida veio recentemente culminar no acordo internacional OCDE /G20 Inclusive Framework (mais complexo e abrangente – que vai além dos temas da economia digital) e que é já conhecido por BEPS 2.0 (Pilar 1 e Pilar 2). No âmbito do referido acordo e tal como resulta do *Statement on a Two-Pillar Solution to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy*, de 8 de outubro de 2021, apesar de ainda muito residual, poderá ser atribuída alguma competência tributária ao Estado do mercado, enquanto local da criação de valor.

²⁹ De acordo com a informação disponibilizada a este respeito no *website* da OCDE (<https://www.oecd.org/tax/beps/>): "*Base erosion and profit shifting (BEPS) refers to tax planning strategies used by multinational enterprises that exploit gaps and mismatches in tax rules to avoid paying tax. Developing countries' higher reliance on corporate income tax means they suffer from BEPS disproportionately. BEPS practices cost countries USD 100-240 billion in lost revenue annually. Working together within OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS, 141 countries and jurisdictions are collaborating on the implementation of 15 measures to tackle tax avoidance, improve the coherence of international tax rules and ensure a more transparent tax environment*".

Desde logo, no Relatório "*Addressing BEPS*" (OCDE, 2013) é identificada a necessidade de reavaliação dos conceitos de residência e fonte no âmbito do Direito Fiscal Internacional, dada a facilidade de deslocalização das mesmas no atual contexto económico internacional, o que permite a transferência de lucros entre jurisdições e a consequente erosão das bases fiscais dos Estados. Em particular, a respeito do conceito de EE, afirma já o referido Relatório que, atualmente, é possível que uma entidade esteja fortemente envolvida na vida económica de uma determinada jurisdição sem que tal implique uma presença (física) relevante para efeitos do atual conceito de EE³⁰.

De entre as 15 Ações do Projeto BEPS, para efeitos da presente análise – focada no conceito de EE – destacamos, as seguintes:

(i) **Ação 1 – *Address the tax challenges of the digital economy***

Nesta Ação, são identificados os principais desafios da economia digital no contexto da tributação internacional, em particular, a desadequação das atuais regras de alocação de competência tributária (alicerçada na conexão territorial e presença física) tendo em conta a atual desnecessidade de presença física para a condução de negócios nas várias jurisdições e necessidade de identificar novos critérios de conexão. É aqui já reconhecido que o local da criação de valor corresponde no essencial à jurisdição do mercado (i.e., onde se encontram os consumidores).

São também identificadas as várias abordagens possíveis aos desafios da economia digital, de forma a mitigar as discrepâncias e desajustamentos das regras em vigor face aos contornos da economia digital e do atual contexto económico.

Os temas da economia digital são ainda relacionados com as demais Ações do Plano BEPS. No que respeita ao EE – que será objeto de análise na Ação 7 que referiremos em seguida – propõe-se uma alteração de critérios, por forma a considerar atividades

³⁰ "Nowadays it is possible to be heavily involved in the economic life of another country, e.g., doing business with customers in that country via internet, without having a taxable presence therein (such as substantial physical presence or a dependent agent). In an era where non-resident taxpayers can derive substantial profits from transactions with customers located in another country, questions are being raised as to whether the current rules ensure a fair allocation of taxing rights on business profits, especially where the profits from such transactions go untaxed anywhere" – Relatório "*Addressing BEPS*", pág. 35 e 36.

desmaterializadas, chegando a ser sugerido um abandono do critério tradicional de presença física e o recurso a um critério de "presença digital significativa" num determinado mercado.

Não obstante, nesta Ação, apesar de serem identificadas várias abordagens possíveis aos desafios da economia digital, não são propostas quaisquer medidas concretas, sendo a discussão remetida para uma fase posterior (a que chamamos atualmente BEPS 2.0³¹).

(ii) **Ação 7 – *Prevent the artificial avoidance of Permanent Establishment status***

Nesta Ação, são sugeridas determinadas alterações ao conceito de EE, de forma a que, sem que este perca a sua essência, se previnam situações de elisão de EE (e.g., fragmentação temporal de contratos entre entidades relacionadas) e se preenchem lacunas atualmente existentes no que a este conceito diz respeito (nomeadamente, a necessidade de qualificação das atividades excluídas do conceito de EE como sendo preparatórias ou auxiliares e a densificação do conceito de EE pessoal).

Ou seja, no âmbito dessa Ação, apenas se recomenda um reajustamento do conceito de EE de forma a colmatar lacunas e evitar situações de abuso (i.e., a elisão do EE), mas não ainda uma revisão profunda do conceito – enquanto conceito de “fonte” no que respeita aos rendimentos empresariais que continua altamente suportado na "presença física"³².

³¹ Notamos que a este respeito – no desenvolvimento e concretização da Ação 1 – foi entretendo realizado um longo percurso por parte da OCDE/G20 Inclusive Framework com vista à obtenção de um consenso quanto à forma de abordar e solucionar o problema da tributação da economia digital, tendo inclusivamente, havido lugar a uma vasta produção de relatórios. Finalmente, em 2021, foi alcançado o tão aguardado consenso e divulgado pela OCDE/G20 Inclusive Framework o *Statement on a Two-Pillar Solution to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy* (ao qual aderiram já 137 países). Não sendo este o escopo da nossa análise, uma vez que não são introduzidas quaisquer medidas em matéria de EE, não podemos deixar de realçar que pela primeira vez há um consenso internacional no sentido de alocar competência tributária sobre os rendimentos empresariais à jurisdição do mercado (embora ainda de forma muito residual, dada a exigência do *thresholds* estabelecidos) – *Pillar One, Amount A*.

³² "Para criar uma divisão justa de receitas tributárias entre a fonte e a residência, teria sido necessário aprovar novas regras entre fonte e residência, mas os resultados da ação 7 ficam aquém do desejável. (...) A ação 7 também não resolve a tributação dos serviços digitais, porque o estabelecimento estável continua a exigir a presença física da atividade" – in, ANA PAULA DOURADO, *op. cit.* pág. 87.

As alterações sugeridas no âmbito desta Ação foram subsequentemente refletidas na CMOCDE (na sua versão de 2017), seja no artigo 5.º e nos comentários respetivos, no MLI – tal como recomendado no âmbito da Ação 15 – como também nas legislações domésticas dos Estados. Analisaremos em seguida tais alterações com maior detalhe.

(iii) **Ação 15 – *Develop a multilateral instrument to modify bilateral tax treaties***

Esta Ação vem sugerir a implementação de um instrumento multilateral – o MLI – que permita aos Estados alterar de forma eficiente e coordenada as CDTs existentes (sem necessidade de negociações bilaterais), no sentido de introduzir as recomendações das demais Ações do Projeto BEPS.

Em matéria de EE, pretende-se implementar as medidas desenvolvidas pela Ação 7 antes mencionadas. Estas medidas vieram a ser incluídas na Parte IV do MLI (artigos 12.º a 15.º) e serão por nós analisadas *infra*.

Tal como antecipado, as Ações do Plano BEPS acabaram por se traduzir quer em alterações à CMOCDE e respetivos comentários – no âmbito da revisão da CMOCDE de 2017 –, quer na introdução de regras anti-abuso nas CDTs já em vigor, através do MLI. Note-se que o MLI – assinado em 7 de julho de 2017 por 68 países, incluindo Portugal –, vem modificar as CDTs celebradas pelos Estados, após a respetiva ratificação pelos mesmos e nos termos dessa ratificação por parte de cada um dos Estados s³³.

Em matéria de EE, vamos encontrar as principais alterações quer no texto do artigo 5.º da CMOCDE de 2017 e respetivos comentários, quer em normas específicas no âmbito MLI (parte IV – artigos 12.º a 15.º), que têm em vista colmatar lacunas e evitar situações de elisão do EE. Como veremos *infra*, Portugal apresentou reservas a praticamente todas as normas relativas a EE contidas no MLI (não obstante, acabou por as acolher na sua legislação interna).

³³ A respeito do MLI importa referir que, as CDTs celebradas por cada um dos Estados signatários do MLI apenas se consideram alteradas à luz do MLI após decorridos três meses do depósito do respetivo instrumento de ratificação e, apenas e somente, na medida em que o outro Estado contratante na CDT em causa tenha igualmente aderido ao MLI, tendo já decorridos os três meses do depósito do respetivo instrumento de ratificação por parte desse Estado e ambos os Estados tenham adotado as mesmas disposições do MLI (ou seja, ambos tenham aceite modificar a mesma disposição da CDT e quando existam várias opções as mesmas sejam coincidentes).

Sem prejuízo, não podemos deixar de antecipar que o conceito de EE continua assente nos mesmos dois elementos essenciais – EE real e EE pessoal – em que se estrutura o conceito tradicional e que as alterações introduzidas vão apenas no sentido de colmatar lacunas e evitar situações abusivas de elisão do EE.

Dada a densidade das modificações e clarificações introduzidas em matéria de EE por ambos os instrumentos – CMOCDE e MLI –, em particular se tomarmos em consideração as alterações aos comentários da CMOCDE, destacaremos apenas aquelas que consideramos terem uma maior relevância (teórica e prática), e que são as seguintes:

- i. *"Home-office"* enquanto EE Real – desenvolvimentos e especificações introduzidos nos comentários ao artigo 5.º da CMOCDE;
- ii. Conceito de atividades preparatórias e auxiliares, em particular no que respeita às alterações às exclusões do conceito de EE e a introdução da regra anti-fragmentação;
- iii. Introdução de regra anti-fragmentação temporal dos contratos que configuram um EE quando verificado um determinado período mínimo (o chamado EE projeto – e.g., estaleiros de construção); e
- iv. Alterações ao conceito de EE pessoal, que vão desde o alargamento do conceito de agente dependente à natureza dos contratos abrangidos e respetivos critérios.

Vejamos:

4.2. EE Real - Trabalho à distância (Home-Office)

Em matéria de EE real – *"instalação fixa através da qual a empresa exerce toda ou parte da sua atividade"* – não foram introduzidas quaisquer modificações no clausulado da CMOCDE ou em resultado do MLI. Com efeito, o conceito tradicional de EE real, tal como previsto no artigo 5.º, n.ºs 1 a 3 da CMOCDE, mantém-se inalterado com a revisão de 2017.

No entanto, são introduzidas algumas alterações e clarificações nos comentários que consideramos bastante relevantes, nomeadamente, a densificação do requisito "à disposição" e a determinação das situações em que a existência de um *"home-office"* pode configurar um EE. Com efeito, tendo em conta a atual mobilidade dos indivíduos e a facilidade do trabalho remoto ou à distância (ainda mais incrementado e testado em resultado da crise pandémica), parece-

nos crucial abordar a questão da possível existência de EE na jurisdição em se localize o "home-office" de um trabalhador – enquanto instalação fixa à disposição da empresa não residente e através da qual é desenvolvido o seu negócio.

Antes de mais importa notar que o conceito de "EE real" tem sempre vindo a ser entendido como um conceito amplo – incluindo qualquer instalação fixa através da qual uma entidade desenvolva a sua atividade noutra jurisdição –, independentemente da forma legal através da qual a entidade utiliza a mesma (enquanto proprietário, arrendatário ou qualquer outra), bastando que esteja por qualquer forma ao seu dispor³⁴. Assim, nada impede que o "home-office" de um trabalhador ou prestador de serviços possa ser considerado como um EE.

A este respeito, a OCDE vem agora estabelecer – nos comentários à CMOCDE, versão de 2017 – algumas linhas orientadoras no que respeita à qualificação de "home-offices" como EE, tal como transcritas *infra*:

"18. Even though part of the business of an enterprise may be carried on at a location such as an individual's home office, that should not lead to the automatic conclusion that that location is at the disposal of that enterprise simply because that location is used by an individual (e.g. an employee) who works for the enterprise. Whether or not a home office constitutes a location at the disposal of the enterprise will depend on the facts and circumstances of each case. In many cases, the carrying on of business activities at the home of an individual (e.g. an employee) will be so intermittent or incidental that the home will not be considered to be a location at the disposal of the enterprise (see paragraph 12 above). Where, however, a home office is used on a regular and continuous basis for carrying on business activities for an enterprise and it is clear from the facts and circumstances that the enterprise has required the individual to use that location to carry on the enterprise's business (e.g. by not providing an office

³⁴ De acordo com o comentário 10 (na versão da CMOCDE de 2017 – anterior comentário 4) ao artigo 5.º da CMOCDE "The term "place of business" covers any premises, facilities or installations used for carrying on the business of the enterprise whether or not they are used exclusively for that purpose. A place of business may also exist where no premises are available or required for carrying on the business of the enterprise and it simply has a certain amount of space at its disposal. It is immaterial whether the premises, facilities or installations are owned or rented by or are otherwise at the disposal of the enterprise".

to an employee in circumstances where the nature of the employment clearly requires an office), the home office may be considered to be at the disposal of the enterprise.

19 A clear example is that of a non-resident consultant who is present for an extended period in a given State where she carries on most of the business activities of her own consulting enterprise from an office set up in her home in that State; in that case, that home office constitutes a location at the disposal of the enterprise. Where, however, a cross-frontier worker performs most of his work from his home situated in one State rather than from the office made available to him in the other State, one should not consider that the home is at the disposal of the enterprise because the enterprise did not require that the home be used for its business activities. It should be noted, however, that since the vast majority of employees reside in a State where their employer has at its disposal one or more places of business to which these employees report, the question of whether or not a home office constitutes a location at the disposal of an enterprise will rarely be a practical issue. Also, the activities carried on at a home office will often be merely auxiliary and will therefore fall within the exception of subparagraph e) of paragraph 4." [sublinhado nosso]

Com base na nossa interpretação dos comentários *supra* transcritos, a posição da OCDE é a de que se deve considerar que existe um EE derivado da existência de um "home-office" de um trabalhador ³⁵, quando:

- (i) o "home-office" do trabalhador seja utilizado de forma regular e numa base de continuidade;
- (ii) o "home-office" seja utilizado para prosseguir a atividade comercial da entidade não residente (empregador) e não meramente atividades auxiliares ou preparatórias dessa atividade comercial; e
- (iii) a entidade não residente (empregador) exija ao trabalhador que este use aquela localização (a sua casa – "home-office") para desenvolver a sua atividade (e como

³⁵ O mesmo regime poderá ser aplicável em caso de "home office" de um prestador de serviços à disposição da entidade não residente.

tal, devendo considerar-se que o "home-office" está à disposição da entidade não residente).

Pelo contrário, dever-se-á considerar que não existe EE da entidade empregadora na jurisdição do "home-office", se:

- (i) o "home-office" for utilizado pelo trabalhador de forma intermitente ou numa base incidental;
- (ii) a entidade não residente (empregador) não exigir ao trabalhador que este utilize o "home-office" para desenvolver a sua atividade (e.g., mantém um posto de trabalho à disposição do trabalhador nas suas instalações); ou
- (iii) as atividades desenvolvidas através do "home-office" sejam meramente auxiliares ou preparatórias da atividade principal da entidade não residente (i.e., o empregador)³⁶.

Notamos que, no contexto da crise pandémica, a OCDE emitiu um parecer – *Secretariat analysis of tax treaties and the impact of the COVID-19 crisis*, de 3 de abril de 2020 – onde aborda diretamente esta questão do "home-office" e a sua qualificação como EE no contexto específico da pandemia. Neste parecer, a OCDE conclui que a utilização do "home-office" devido a um impedimento de deslocação não é suficiente para que se possa afirmar que o "home-office" está à disposição da entidade não residente (empregador), uma vez que se trata de uma alteração da localização dos trabalhadores excepcional e temporária³⁷. Assim, mesmo

³⁶ A este respeito o atual comentário 60 ao artigo 5 da CMOCD, vem clarificar que: “As a general rule, an activity that has a **preparatory character** is one that is carried on in contemplation of the carrying on of what constitutes the essential and significant part of the activity of the enterprise as a whole. Since a preparatory activity precedes another activity, it will often be carried on during a relatively short period, the duration of that period being determined by the nature of the core activities of the enterprise. (...) An activity that has an **auxiliary character**, on the other hand, generally corresponds to an activity that is carried on to support, without being part of, the essential and significant part of the activity of the enterprise as a whole. It is unlikely that an activity that requires a significant proportion of the assets or employees of the enterprise could be considered as having an auxiliary character” [sublinhado e realçado nosso].

³⁷ Pode ler no ponto 9 do parecer da OCDE, *Secretariat analysis of tax treaties and the impact of the COVID-19 crisis*, o seguinte: “During the COVID-19 crisis, individuals who stay at home to work remotely are typically doing so as a result of government directives: it is force majeure not an enterprise’s requirement. Therefore, considering the extraordinary nature of the COVID-19 crisis, and to the extent that it does not become the new norm over time, teleworking from home (i.e. the home office) would not create a PE for the business/employer, either because such activity lacks a sufficient degree of permanency or continuity or because, except through that one employee, the

neste contexto específico, a posição da OCDE, tal como resultante dos comentários à CMOCDE, mantém-se, sendo apenas interpretada à luz das circunstâncias específicas.

Assim, particularmente no que respeita a jurisdições que não tenham produzido interpretações ou *guidelines* próprias a este respeito ou nas quais não existam precedentes sobre a matéria – como é o caso de Portugal –, as recomendações da OCDE nesta matéria são seguramente uma ferramenta interpretativa muito útil para os Estados e operadores de mercado.

4.3. Atividades Preparatórias e Auxiliares

No âmbito do conceito tradicional de EE (cf. artigo 5.º, n.º 4 da CMOCDE, na sua versão anterior à revisão de 2017), encontrava-se excluído do conceito de EE um conjunto exemplificativo de situações / atividades consideradas não essenciais ("lista negativa")²², designadamente (a) instalações utilizadas unicamente para armazenar, expor ou entregar mercadorias pertencentes à empresa, (b) depósitos de mercadorias pertencentes à empresa com o único propósito de armazenagem, exposição ou entrega de mercadorias, (c) depósitos de mercadorias pertencentes à empresa com o único propósito de transformação por outra empresa, (d) instalação fixa mantida unicamente para comprar mercadorias ou reunir informações para a empresa, (e) instalação fixa mantida unicamente para o exercício de atividade de caráter auxiliar ou preparatória, e (f) instalação fixa mantida unicamente para o desenvolvimento de um conjunto das atividades anteriores.

Sucedem que, com o desenvolvimento do comércio eletrónico e atividades digitais e desmaterializadas, aquelas atividades (e.g., armazenamento de produtos para venda online) podem passar a ter uma relevância significativa na atividade da empresa e, como tal, um caráter essencial para a concretização do negócio, passando a integrar seu objeto principal (já não meramente auxiliar ou preparatório).

Por outro lado, foram identificadas várias situações de utilização destas exclusões de forma abusiva, nomeadamente com recurso a mecanismos de fragmentação da atividade por parte dos sujeitos passivos – muitas vezes envolvendo outras empresas estreitamente relacionadas –, de forma a elidir o conceito de EE (e consequentemente a tributação no Estado da fonte).

enterprise has no access or control over the home office. In addition, it provides an office which in normal circumstances is available to its employees".

De forma a preencher a lacuna referida e a evitar as situações de abuso por fragmentação, foram adotadas as seguintes soluções:

4.3.1. Exclusões do Conceito de EE

Desde logo, a Ação 7 do BEPS vem propor a reformulação da "lista negativa" no sentido de assegurar que tais atividades aí referidas, apenas fiquem excluídas do conceito de EE quando efetivamente assumam um carácter preparatório ou auxiliar no contexto da atividade desenvolvida pela empresa.

Tal alteração foi materializada na própria redação do artigo 5.º, n.º 4 da CMOCDE (na sua versão atual, i.e., em resultado da revisão de 2017) que, apesar de manter o mesmo elenco, passa a estabelecer que aquelas atividades apenas ficam excluídas do conceito de EE caso tenham um carácter preparatório ou auxiliar – *"provided that such activity or, in the case of subparagraph f), the overall activity of the fixed place of business, is of a preparatory or auxiliary character"*. Também os comentários ao artigo 5.º, n.º 4 da CMOCDE foram ajustados em conformidade (cf. ponto 58 dos comentários ao artigo 5.º).

Nos termos dos comentários (cf. comentário n.º 60 ao artigo 5.º da CMOCDE), agora reformulados no âmbito da revisão de 2017, considera-se:

- i. Atividade preparatória, aquela que antecede o exercício da atividade principal da empresa, sendo esta geralmente de curta duração, embora possam existir exceções – *"an activity that has a preparatory character is one that is carried on in contemplation of the carrying on of what constitutes the essential and significant part of the activity of the enterprise as a whole. Since a preparatory activity precedes another activity, it will often be carried on during a relatively short period, the duration of that period being determined by the nature of the core activities of the enterprise. This, however, will not always be the case as it is possible to carry on an activity at a given place for a substantial period of time in preparation for activities that take place somewhere else. Where, for example, a construction enterprise trains its employees at one place before these employees are sent to work at remote work sites located in other countries, the training that takes place at the first location constitutes a preparatory activity for that enterprise"*.

- ii. Atividade auxiliar, aquela que tem em vista dar apoio à atividade principal da empresa, não sendo expectável que aloque uma parte significativa dos recursos da empresa – *"An activity that has an auxiliary character, on the other hand, generally corresponds to an activity that is carried on to support, without being part of, the essential and significant part of the activity of the enterprise as a whole. It is unlikely that an activity that requires a significant proportion of the assets or employees of the enterprise could be considered as having an auxiliary character"*.

Também o MLI, no seu artigo 13.º (sob a epígrafe, elisão artificial da qualificação como EE através das exceções aplicáveis a atividades específicas) vem possibilitar a alteração dos CDTs atualmente em vigor, conferindo aos Estados a possibilidade de incorporar estas alterações – i.e., a exigência de verificação da natureza preparatória ou auxiliar das atividades para que a exclusão se possa aplicar – no texto das CDTs existentes. De acordo com o referido artigo 13.º do MLI, são disponibilizadas aos Estados duas opções possíveis, alternativas, para incorporar estas alterações³⁸. Notamos a este respeito, que Portugal não exerceu qualquer das opções previstas no artigo 13 do MLI com vista a alterar as suas CDTs, tendo antes afirmado que todas as suas convenções fiscais abrangidas contêm uma disposição semelhante.

³⁸ A opção A (prevista no n.º 2 do artigo 13.º do MLI) estabelece que: *"Não obstante as disposições de uma convenção fiscal abrangida que definam a expressão «estabelecimento estável», considera -se que esta expressão não inclui: a) As atividades especificamente mencionadas na convenção fiscal abrangida (antes da sua modificação pela presente Convenção) como atividades que se considera não constituírem um estabelecimento estável, quer essa exceção à qualificação como estabelecimento estável esteja ou não subordinada à condição de a atividade ser de caráter preparatório ou auxiliar; b) Uma instalação fixa mantida unicamente para exercer, para a empresa, qualquer atividade não referida na alínea a); c) Uma instalação fixa mantida unicamente para exercer uma combinação das atividades mencionadas nas alíneas a) e b); desde que essa atividade ou, no caso da alínea c), a atividade de conjunto da instalação fixa seja de caráter preparatório ou auxiliar"*. A opção B (prevista no n.º 2 do artigo 13.º do MLI) estabelece que *" Não obstante as disposições de uma convenção fiscal abrangida que definam a expressão «estabelecimento estável», considera -se que esta expressão não inclui: a) As atividades especificamente mencionadas na convenção fiscal abrangida (antes da sua modificação pela presente Convenção) como atividades que se considera não constituírem um estabelecimento estável, quer essa exceção à qualificação como estabelecimento estável esteja ou não subordinada à condição de a atividade ser de caráter preparatório ou auxiliar, exceto na medida em que a disposição relevante da convenção fiscal abrangida preveja expressamente que uma atividade específica se considera não constituir um estabelecimento estável desde que essa atividade seja de caráter preparatório ou auxiliar; b) Uma instalação fixa mantida unicamente para exercer, para a empresa, qualquer atividade não referida na alínea a), desde que esta atividade seja de caráter preparatório ou auxiliar; c) Uma instalação fixa mantida unicamente para exercer uma combinação das atividades mencionadas nas alíneas a) e b), desde que a atividade de conjunto da instalação fixa resultante desta combinação seja de caráter preparatório ou auxiliar"*.

Ora, a modificação introduzida – necessidade de verificação do carácter preparatório ou auxiliar das atividades elencadas na "lista negativa" – vem impedir uma exclusão automática do conceito de EE apenas porque a atividade exercida num determinado Estado integra a "lista negativa", exigindo-se assim um "duplo teste"³⁹ que tem por base uma análise casuística, que nem sempre é de fácil determinação⁴⁰.

4.3.2. Regra Anti-Fragmentação (Atividades Preparatórias e Auxiliares)

Da mesma forma, na Ação 7 do BEPS propõe-se a introdução de uma regra anti-fragmentação que pretende evitar a fragmentação da atividade – dentro da mesma empresa ou entre esta e outras entidades estreitamente relacionadas – em vários segmentos, que se vistos isoladamente caem na categoria de atividades de carácter auxiliar ou preparatório (excluídas do conceito de EE), mas se vistas no seu conjunto, por serem complementares, já não são meramente auxiliares ou preparatórias de uma atividade principal, mas antes uma estrutura empresarial coesa capaz de integrar o conceito de EE.

Pretende-se com esta regra evitar comportamentos abusivos por parte de empresas e grupos de empresas que, de forma a evitarem um grau de conexão significativo com um determinado Estado, fracionem a sua atividade de forma a elidir o conceito de EE⁴¹.

Assim, na revisão da CMOCDE de 2017, foi introduzido um novo número (4.1) no artigo 5.º que estabelece o seguinte *"Paragraph 4 shall not apply to a fixed place of business that is used or maintained by an enterprise if the same enterprise or a closely related enterprise*

³⁹ Como refere PAULA ROSADO PEREIRA, "Trata-se de um "duplo teste" introduzido pela revisão de 2017 do MC OCDE, com o propósito de impedir abusos que, a cobro da lista negativa de atividades preparatórias e auxiliares, permitam a empresas multinacionais, escapar à qualificação como estabelecimento estável de algumas das suas atividades empresariais noutros Estados" – In, *Convenções sobre a Dupla Tributação no Atual Direito Fiscal Internacional*, 2021, Almedina, pág.131

⁴⁰ É que, como refere ANA PAULA DOURADO, "A análise casuística implica um juízo de substância sobre a atividade em causa e a sua relação com a atividade principal que não é fácil determinar, por exemplo, é discutível se no caso de multinacionais cujo produto seja o fabrico de café, os armazéns de depósito do mesmo para ser vendido num determinado Estado terão carácter auxiliar" – In, *op. Cit.*, pág. 98 e 99.

⁴¹ Como refere PAULA ROSADO PEREIRA, "Neste contexto, a regra anti-fragmentação introduzida no artigo 5.º, n.º 4.1 pretende impedir que as empresas beneficiem indevidamente do regime previsto no n.º 4 do mesmo artigo. Tem como propósito evitar o sucesso de estratégias de erosão da qualificação como estabelecimento estável num determinado Estado, prosseguidas através da referida fragmentação de atividades, dentro da mesma empresa ou entre empresas estreitamente relacionadas, com o intuito de beneficiar das exceções relativas a atividades preparatórias ou auxiliares previstas no artigo 5.º, n.º 4" - in, *Convenções sobre a Dupla Tributação no Atual Direito Fiscal Internacional*, 2021, Almedina, pág.132.

carries on business activities at the same place or at another place in the same Contracting State and

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

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

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

Os comentários da CMOCDE a esta disposição vêm esclarecer a *ratio* (o intuito anti abusivo) da mesma – "*The purpose of paragraph 4.1 is to prevent an enterprise or a group of closely related enterprises from fragmenting a cohesive business operation into several small operations in order to argue that each is merely engaged in a preparatory or auxiliary activity. Under paragraph 4.1, the exceptions provided for by paragraph 4 do not apply to a place of business that would otherwise constitute a permanent establishment where the activities carried on at that place and other activities of the same enterprise or of closely related enterprises exercised at that place or at another place in the same State constitute complementary functions that are part of a cohesive business operation*" (cf. comentário 79 ao artigo 5).

Também o MLI, no seu artigo 13.º, n.º 4, vem igualmente possibilitar a alteração das CDTs atualmente em vigor, conferindo aos Estados a possibilidade de incorporar estas alterações no texto das CDTs existentes. Portugal também não adotou esta disposição, tendo antes afirmado que todas as suas convenções fiscais abrangidas contêm uma disposição semelhante.

No que respeita ao conceito de entidade estreitamente relacionada para estes efeitos remetemos para o ponto 4.6 *infra*.

4.4. Regra Anti-Fragmentação Temporal de Contratos

O nº 3 do artigo 5.º do CMOCDE estabelece que um estaleiro de construção ou um projeto de instalação constitui um EE (o chamado EE projeto) apenas se a sua duração exceder 12 meses⁴². Assim, sempre que esteja em causa um qualquer estaleiro de construção ou projeto de instalação, se o requisito temporal não estiver preenchido, não estamos perante um EE, ainda que se trate de uma instalação fixa.

Tendo-se verificado que também este limiar (*threshold* de 12 meses) tem vindo a dar origem a várias situações de abuso⁴³ – fracionamento temporal de contratos por uma ou várias entidades estreitamente relacionadas de forma a evitar exceder o prazo de 12 meses –, na sequência da recomendação da Ação 7 do BEPS, esta questão passou a ser abordada especificamente nos comentários à CMOCDE (na sua versão de 2017).

Assim, o comentário 52⁴⁴ ao artigo 5.º da CMOCDE, com vista a evitar situações de abuso, vem propor que, para efeitos da determinação do período de 12 meses, se considerem agregadas as várias fases / períodos (que excedam 30 dias) de exercício das atividades correspondentes, por uma ou mais entidades estreitamente relacionadas, incluindo atividades conexas.

⁴² Notamos que na legislação interna portuguesa, assim como em várias CDTs celebradas por Portugal, este limiar é de apenas 6 meses.

⁴³ Como a este respeito refere ANA PAULA DOURADO, "A divisão de contratos foi um dos esquemas elisivos mais utilizados pelos contribuintes, para não atingirem o referido prazo e, portanto, de modo a não serem considerados estabelecimentos estáveis tributados no Estado da fonte (artigo 7º, n.º 1, primeira parte do Modelo da OCDE)" – *In, op. cit.*, pág. 99.

⁴⁴ Pode ler-se na parte final do comentário 52 ao artigo 5.º da CMOCDE (introduzida com a revisão de 2017) que "For the sole purpose of determining whether the twelve month period referred to in paragraph 3 has been exceeded,

a) where an enterprise of a Contracting State carries on activities in the other Contracting State at a place that constitutes a building site or construction or installation project and these activities are carried on during one or more periods of time that, in the aggregate, exceed 30 days without exceeding twelve months, and

b) connected activities are carried on at the same building site or construction or installation project during different periods of time, each exceeding 30 days, by one or more enterprises closely related to the first-mentioned enterprise,

these different periods of time shall be added to the period of time during which the first-mentioned enterprise has carried on activities at that building site or construction or installation project".

Nos termos dos comentários, são ainda estabelecidos critérios indicadores dessa conexão, como sejam, a título de exemplo, a celebração de contratos com a mesma entidade, natureza idêntica do trabalho realizado ou desenvolvimento das atividades pelos mesmos trabalhadores⁴⁵.

Esta regra foi igualmente incorporada no MLI (artigo 14.º), possibilitando assim que as CDTs atualmente em vigor passem a incorporar a referida regra de agregação dos diferentes períodos (superiores a 30 dias) de exercício de atividades conexas ao estaleiro de construção e projeto de instalação levadas a cabo por uma ou várias entidades relacionadas, abrangendo as atividades exercidas no local do estaleiro ou outro projeto específico e as atividades de fiscalização e consultoria conexas. Portugal reservou-se, uma vez mais, no direito de não aplicar esta norma do MLI.

No que respeita ao conceito de entidade estreitamente relacionada para estes efeitos remetemos para o ponto 4.6 *infra*.

4.5. Conceito de EE Pessoal

Em matéria de EE pessoal foram também introduzidas relevantes modificações no conceito, com vista a evitar situações abusivas.

Na Ação 7 encontramos identificadas um conjunto de práticas abusivas relativas a este conceito de EE pessoal⁴⁶, que estão na base das alterações propostas e implementadas, e que são essencialmente as três seguintes⁴⁷:

⁴⁵ Comentário 53 ao artigo 5.º da CMOCD (igualmente introduzido com a revisão de 2017): "*For the purposes of the alternative provision found in paragraph 52, the determination of whether activities are connected will depend on the facts and circumstances of each case. Factors that may especially be relevant for that purpose include:*

- *whether the contracts covering the different activities were concluded with the same person or related persons;*
- *whether the conclusion of additional contracts with a person is a logical consequence of a previous contract concluded with that person or related persons;*
- *whether the activities would have been covered by a single contract absent tax planning considerations;*
- *whether the nature of the work involved under the different contracts is the same or similar;*
- *whether the same employees are performing the activities under the different contracts".*

⁴⁶ Relatório da Ação 7– *Prevent the artificial avoidance of Permanent Establishment status*, págs. 9 e 10.

⁴⁷ CUNNINGHAM, KEVIN, *The Post-BEPS World of Permanent Establishment*, Vol. 82, n.º 5, p. 503-510, *Tax Notes International*, Falls Church, 2016, págs. 504 e ss.

- i. Por um lado, os denominados "*commissionnaire arrangements*" enquanto esquemas através do quais uma entidade não residente vende produtos noutra jurisdição através de um comissionista que atua em seu próprio nome, mas por conta da entidade não residente, sem que isso configure um EE (já que a pessoa – i.e., o comissionista – atua em seu próprio nome).
- ii. Por outro lado, as situações em que os contratos são substancialmente negociados num determinado Estado, sem serem aí formalmente concluídos (formalizados ou autorizados), assim não caindo nos critérios da definição tradicional de EE pessoal – "pessoa que habitualmente conclui contratos"; ou
- iii. Finalmente, os casos em que a pessoa que habitualmente conclui os contratos constitui formalmente um "agente independente" – à luz do conceito tradicional previsto no artigo 5.º, n.º 6 da CMOCDE – apesar de ser uma pessoa que atua exclusivamente ou quase exclusivamente por conta de uma ou mais entidades com a(s) qual(ais) esteja estreitamente relacionada.

Na sequência das recomendações decorrentes da Ação 7 do BEPS, com a revisão de 2017 são introduzidas alterações relevantes na redação dos n.ºs 5 e 6 do artigo 5.º da CMOCDE, com vista ao alargamento deste conceito. A redação dos referidos números passa a ser a seguinte:

"5. Notwithstanding the provisions of paragraphs 1 and 2 but subject to the provisions of paragraph 6, where a person is acting in a Contracting State on behalf of an enterprise and, in doing so, habitually concludes contracts, or habitually plays the principal role leading to the conclusion of contracts that are routinely concluded without material modification by the enterprise, and these contracts are

a) in the name of the enterprise, or

b) for the transfer of the ownership of, or for the granting of the right to use, property owned by that enterprise or that the enterprise has the right to use, or

c) for the provision of services by that enterprise,

that enterprise shall be deemed to have a permanent establishment in that State in respect of any activities which that person undertakes for the enterprise, unless the activities of such

person are limited to those mentioned in paragraph 4 which, if exercised through a fixed place of business (other than a fixed place of business to which paragraph 4.1 would apply), would not make this fixed place of business a permanent establishment under the provisions of that paragraph.

6. Paragraph 5 shall not apply where the person acting in a Contracting State on behalf of an enterprise of the other Contracting State carries on business in the first mentioned State as an independent agent and acts for the enterprise in the ordinary course of that business. Where, however, a person acts exclusively or almost exclusively on behalf of one or more enterprises to which it is closely related, that person shall not be considered to be an independent agent within the meaning of this paragraph with respect to any such enterprise" [sublinhado nosso].

Ora, as alterações introduzidas podem resumir-se nos termos seguintes:

- i. Passam a configurar um EE pessoal não apenas as situações em que a atuação do agente dependente respeita a contratos em "nome da empresa", mas também as situações relativas a contratos para a transmissão da propriedade ou concessão do direito de uso de bens pertencentes a essa empresa ou relativamente aos quais essa empresa detenha o direito de uso, ou para a prestação de serviços por essa empresa⁴⁸;
- ii. Passam a configurar um EE pessoal não apenas as situações em que o agente dependente exerça, com carácter de habitualidade, poderes para concluir contratos, mas também as situações em que o agente dependente exerça habitualmente um papel determinante conducente à conclusão de contratos, celebrados de forma rotineira e sem a intervenção da empresa⁴⁹; e

⁴⁸ Como resulta do comentário 91 ao artigo 5.º da CMOCDE (introduzida com a revisão de 2017), "*The wording of subparagraphs a), b) and c) ensures that paragraph 5 applies not only to contracts that create rights and obligations that are legally enforceable between the enterprise on behalf of which the person is acting and the third parties with which these contracts are concluded but also to contracts that create obligations that will effectively be performed by such enterprise rather than by the person contractually obliged to do so*".

⁴⁹ O comentário 89 ao artigo 5.º da CMOCDE (introduzida com a revisão de 2017) clarifica, a este respeito, que "*The phrase "habitually plays the principal role leading to the conclusion of contracts that are routinely concluded without material modification by the enterprise" therefore applies where, for example, a person solicits and receives (but does not formally finalise) orders which are sent directly to a warehouse from which goods belonging to the enterprise are delivered and where the enterprise routinely approves these transactions. It does not apply,*

- iii. Sendo redefinida a figura do agente independente (definição da qual se extrai o conceito de agente dependente, *a contrario*), passam a integrar o conceito de agente dependente as pessoas que (ainda que formalmente independentes – i.e., atuando no âmbito normal da sua atividade) atuem "exclusivamente ou quase exclusivamente" por conta de uma ou mais entidades com as quais estejam estreitamente relacionadas (cf. ponto 4.6 *infra*)⁵⁰.

Em linha com as alterações introduzidas nos n.ºs 5 e 6 do artigo 5.º da CMOCDE, também o artigo 12.º do MLI vem incorporar estas normas, de forma a permitir a sua introdução nas CDTs já em vigor. Portugal reservou-se igualmente no direito de não aplicar a regra contida no artigo 12.º do MLI.

4.6. Entidades Estreitamente Relacionadas

Para efeitos do conceito de EE, e tendo em conta as regras anti-fragmentação introduzidas e as alterações ao conceito de agente dependente (referidos *supra*), envolvendo o conceito de "entidades estreitamente relacionadas", foi introduzido (na revisão de 2017 – na sequência da proposta da Ação 7 do BEPS) um novo número (n.º 8) no artigo 5 da CMOCDE densificando tal conceito.

Assim, estabelece o n.º 8 do atual artigo 5 da CMOCDE que, "*For the purposes of this Article, a person or enterprise is closely related to an enterprise if, based on all the relevant facts and circumstances, one has control of the other or both are under the control of the same persons or enterprises. In any case, a person or enterprise shall be considered to be closely related to an enterprise if one possesses directly or indirectly more than 50 per cent of the beneficial interest in the other (or, in the case of a company, more than 50 per cent of the aggregate vote*

however, where a person merely promotes and markets goods or services of an enterprise in a way that does not directly result in the conclusion of contracts".

⁵⁰ Pode ler-se no comentário 112 ao artigo 5.º da CMOCDE (introduzida com a revisão de 2017) que "*The last sentence of paragraph 6 applies only where the person acts "exclusively or almost exclusively" on behalf of closely related enterprises, as defined in paragraph 8. This means that where the person's activities on behalf of enterprises to which it is not closely related do not represent a significant part of that person's business, that person will not qualify as an independent agent. Where, for example, the sales that an agent concludes for enterprises to which it is not closely related represent less than 10 per cent of all the sales that it concludes as an agent acting for other enterprises, that agent should be viewed as acting "exclusively or almost exclusively" on behalf of closely related enterprises".*

and value of the company's shares or of the beneficial equity interest in the company) or if another person or enterprise possesses directly or indirectly more than 50 per cent of the beneficial interest (or, in the case of a company, more than 50 per cent of the aggregate vote and value of the company's shares or of the beneficial equity interest in the company) in the person and the enterprise or in the two enterprises".

Note-se que este conceito de "entidades estreitamente relacionadas" não se confunde – ainda que se possam encontrar alguns pontos comuns – com o conceito de "entidades associadas", para efeitos do artigo 9 da CMOCDE (respeitante a preços de transferência).

O mesmo conceito de "entidades estreitamente relacionadas" foi transposto para o artigo 15.º do MLI – dada a necessidade de densificar este conceito de "partes estreitamente relacionadas" utilizado nos artigos 12º a 14.º.

5. O CASO PORTUGUÊS

Embora a aplicação e delimitação do conceito de EE no direito português não seja o foco da presente análise, sendo esta a nossa jurisdição, não podemos deixar de dar algumas notas a este respeito.

Desde logo, cabe referir que sendo Portugal um Estado-Membro da OCDE, tem adotado no essencial – quer nas CDTs celebradas quer no contexto da legislação doméstica (artigo 5.º do CIRC) – o conceito de EE presente na CMOCDE. Contudo, vamos verificar que o conceito de EE estabelecido quer em algumas CDTs quer na legislação interna acaba por ser mais abrangente do que o conceito da OCDE. Podemos mesmo afirmar que algumas regras estabelecidas estão até mais em linha com as posições adotadas pelos países em desenvolvimento (e não tanto com o conceito da OCDE)⁵¹.

⁵¹ A este respeito referia já MARIA CELESTE CARDONA que "*Portugal é membro da OCDE e no contexto das suas relações bilaterais tem observado, com maior ou menor grau de fidelidade, consoante os casos e os países, as soluções constantes do respetivo Modelo de Convenção. Curioso será salientar que em termos de política de tratados sobre matéria fiscal, a nossa posição é muitas vezes de duvidosa coerência. Com efeito, embora integrados na União Europeia, e por isso mesmo membro do denominado «clube dos ricos», a verdade é que em determinadas áreas continuamos a defender, e em muitos casos a lograr obter, soluções que são, na generalidade dos casos, consentâneas com as exigências dos países menos desenvolvidos*", in, *op. cit.*, págs. 265 e 266.

A mesma Autora referia ainda que "*o conceito de estabelecimento estável consagrado no sistema fiscal português é mais amplo do que o consagrado no Modelo da OCDE e usualmente acordado nas convenções bilaterais sobre dupla tributação*", in, *op. cit.*, pág. 269.

De entre as diferenças históricas do conceito de EE na legislação doméstica portuguesa e em algumas das CDTs celebradas por Portugal, face ao conceito tradicional de EE adotado pela OCDE, destacamos, a título de exemplo (i) o prazo mais reduzido de 6 meses (ao invés dos 12 meses previstos na CMOCDE – tendo sido efetuada a correspondente reserva) no que respeita ao EE projeto (i.e., estaleiro de construção, de instalação ou de montagem), (ii) o alargamento do EE projeto a instalações, plataformas ou barcos de perfuração utilizados para a prospeção ou exploração de recursos naturais, (iii) a clarificação da irrelevância das interrupções temporárias ou do número de entidades envolvidas no EE projeto para efeitos da contagem do prazo, e (iv) a limitação das exceções ao conceito de EE (“lista negativa”) à verificação do carácter auxiliar ou preparatório da atividade (com as alterações BEPS, esta posição acaba por ser adotada, de forma expressa, pela OCDE).

Na sequência das alterações ao conceito de EE levadas a cabo no âmbito da OCDE, como resultado do Projeto BEPS – i.e., as alterações ao artigo 5.º da CMOCDE na sequência da revisão de 2017 e refletidas no MLI a que aludimos no ponto 4 *supra* –, Portugal procede também a uma revisão profunda do artigo 5.º do CIRC através da LOE 2021 (reformulando, assim, o conceito interno de EE).

Além das modificações que refletem as alterações levadas a cabo na OCDE – i.e., a regra anti-fragmentação, o alargamento do conceito de EE pessoal, a regra sobre as entidades estreitamente relacionadas, etc.⁵² –, nesta reformulação do conceito levada a cabo no âmbito da LOE 2021, introduz-se ainda, *inter alia*:

- (i) Uma redução para 90 dias do prazo para que as "*instalações, plataformas ou navios utilizados na prospeção ou exploração de recursos naturais*" se considerem EE – cf. artigo 5.º, n.º 3, al. b) do CIRC;
- (ii) Um novo conceito de EE serviços, de acordo com o qual o conceito de EE passa incluir "*[a]s atividades de prestação de serviços, incluindo serviços de consultadoria, prestados por uma empresa, desde que tais atividades sejam exercidas durante um período ou períodos que, no total, excedam 183 dias num*

⁵² Apesar de Portugal ter apresentado reservas às alterações ao MLI em matéria de EE, vem incorporar essas alterações – com vista à uniformização com o conceito previsto na CMOCDE – na sua legislação interna.

período de 12 meses com início ou termo no período de tributação em causa" – cf. artigo 5.º, n.º 3, al. c) do CIRC⁵³; e

- (iii) Alarga o conceito de EE pessoal às situações em que um agente dependente atue em território português por conta de uma empresa e "*mantenha em território português um depósito de bens ou mercadorias para entrega desses bens ou mercadorias em nome da empresa, ainda que não celebre habitualmente contratos relativamente a esses bens ou mercadorias nem tenha qualquer intervenção na celebração desses contratos*" – cf. artigo 5.º, n.º 6, al. c) do CIRC.

Como antecipámos, o conceito de EE adotado pela legislação interna portuguesa – numa linha nem sempre consistente ou de política fiscal clara – acaba por ser mais abrangente e detalhado do que o conceito adotado no seio da OCDE.

Em todo o caso, notamos que esta nova abrangência – pelo menos no que respeita às alterações agora recentemente introduzidas (e referidas nos pontos (i) a (iii) *supra*) – nem sempre (ou quase nunca) se encontra refletida nas CDTs celebradas por Portugal. Desta forma, e atendendo ao princípio do primado do direito internacional, estas novas regras apenas serão aplicadas nas situações em que não exista CDT celebrada entre Portugal e a jurisdição em causa ou quando as mesmas sejam acolhidas pela CDT aplicável (o que vemos como muito residual).

6. ANÁLISE CRÍTICA

Apesar de muito relevantes no combate ao abuso e situações de elisão de EE, as modificações introduzidas em resultado do projeto BEPS ao conceito de EE não estão isentas de críticas.

Desde logo, as regras (anti-elisão) agora introduzidas vêm, no essencial, recorrer a conceitos amplos e indeterminados que podem ser suscetíveis de gerar incertezas interpretativas quer para os agentes de mercado quer para as próprias administrações tributárias e, bem assim, conflitos interpretativos entre jurisdições⁵⁴.

⁵³ Notamos que Portugal fez uma reserva ao n.º 3 do artigo 5 da CMOCDE neste sentido – "*Portugal reserves the right to treat an enterprise as having a permanent establishment in Portugal if the enterprise carries on an activity consisting of planning, supervising, consulting, any auxiliary work or any other activity in connection with a building site or construction or installation project lasting more than six months, if such activities or work also last more than six months*".

⁵⁴ "*The effect of the new definition of PE is likely to be significant. The new standard is broader and — just as troubling — ‘grayer,’ in that it will be far less certain when an enterprise will be considered to have a PE. The*

Por outro lado, não podemos deixar de notar que temas como o comércio eletrônico e as vendas à distância – i.e., sem necessidade de presença física –, que acarretam os maiores desafios e dificuldades interpretativas quanto ao conceito de EE, simplesmente não foram abordados nesta revisão (em particular, a secção relativa ao *e-commerce* dos comentários ao artigo 5.º da CMOCDE mantém-se inalterada). Sucede que, a proposta de tratamento prevista nos comentários da CMODE – que consiste na qualificação como EE de um servidor no local onde este se encontra fiscalmente localizado⁵⁵ –, não apresenta, a nosso ver, qualquer aderência à realidade ou coerência lógica. Em nossa opinião, tal critério, não só não reflete por si só qualquer envolvimento entre o Estado e a entidade respetiva (podem nem sequer ser efetuadas quaisquer vendas no Estado onde se localiza o servidor), como esta regra será facilmente contornável (seja porque o servidor não está à disposição da entidade em causa seja porque sempre será facilmente deslocalizável para zonas de tributação mais atrativas⁵⁶).

Acresce que, os resultados do BEPS na construção de um novo conceito de EE ficam ainda muito aquém dos desafios e necessidades atuais. O conceito de EE pós-BEPS continua (i) a exigir a presença física, o que não responde às questões da economia digital (desconsidera a particular relevância do Estado do consumo para a criação de valor), e (ii) é permeável a situações de abuso (dada a facilidade com que os operadores económicos, atualmente, conseguem evitar, ou simplesmente não necessitam, de uma presença física geradora de tributação).

Como a este respeito refere PAULA ROSADO PEREIRA, "*Com frequência, apesar da obtenção de lucros significativos no "mercado" de um determinado Estado, não existe qualquer presença*

real risk of the new standard is that countries will interpret the rules differently, leading to a proliferation of disputes and putting greater pressure on dispute resolution procedures" – in, CUNNINGHAM, KEVIN, op. cit, pág. 510.

⁵⁵ Ver, a título de exemplo, o comentário 125 ao artigo 5.º da CMOCDE – "(...) *if the enterprise carrying on business through a web site has the server at its own disposal, for example it owns (or leases) and operates the server on which the web site is stored and used, the place where that server is located could constitute a permanent establishment of the enterprise if the other requirements of the Article are met*".

⁵⁶ "*The sole presence of a server does not manifest per se any kind of participation in the economic life of the host state beyond the presence of a dusty computer running in the basement of a building. On top of that, the taxpayer can easily circumvent the constitution of the PE as long as the server is not at his/her disposal, something easy to achieve thanks to the widespread 'hosting arrangements' through which the non-resident taxpayer does not rent the server as such but an amount of disk space to store his or her website" – in, EVA ESCRIBANO LOPEZ, op. cit. pág. 10.*

*física no seu território, para o desenvolvimento da atividade geradora dos lucros; ou é duvidosa a presença, nesse território, de uma instalação física ou de um agente dependente, em termos "clássicos" atualmente previstos nas CDTs e na legislação interna dos Estados"*⁵⁷.

Também neste sentido vinha já afirmando MARIA CELESTE CARDONA que *"se como sabemos, o conceito de estabelecimento estável foi historicamente um elemento fundamental regulador da repartição do poder de tributar os lucros das empresas em razão da sua residência e do local do exercício das suas atividades, hoje, face às questões postas, importa verificar (...) se continua válido e eficaz como pressuposto essencial da atribuição do poder de tributar os lucros das empresas no Estado em que as mesmas exercem a sua atividade por intermédio de uma instalação fixa de negócio"*⁵⁸.

É inegável que, face às tecnologias hoje utilizadas e à forma como atualmente se processa o comércio internacional (altamente desmaterializado e suportado em tecnologia), onexo físico a um território pode ser simplesmente desnecessário, sem prejuízo de se poder considerar que é nesse território que se verifica a "criação de valor".

Fará sentido manter ainda hoje como critério de alocação do poder de tributar o conceito de EE, quando, para que uma entidade possa operar e criar valor numa jurisdição, cada vez menos necessita do recurso a um estabelecimento e muito menos que esse estabelecimento se caracterize como estável? Parece relativamente claro que o critério de "presença física" já não serve para medir o envolvimento de um determinado Estado na vida económica de um contribuinte (porque é permeável ou desnecessária).

Em nossa opinião, mais do que criar regras anti-abuso para evitar a elisão do EE, é urgente repensar o conceito de "fonte" no que respeita a rendimentos empresariais, identificando um critério relevante de envolvimento de um determinado Estado na vida económica de um

⁵⁷ In, *Convenções sobre a Dupla Tributação no Atual Direito Fiscal Internacional*, 2021, Almedina, pág. 117.

Neste mesmo sentido alertava já a mesma autora, em 2013, no artigo *O papel do estabelecimento estável no Direito Fiscal Internacional*, publicado em *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier*, Vol II., 2013, Almedina, págs. 571 a 586 - "(...) com o actual panorama do comércio internacional, - pautado pelas novas forma de desenvolvimento de actividades económicas, pela evolução tecnológica e das comunicações, em particular pelo comércio eletrónico - as empresas podem, de forma reiterada, obter avultados rendimentos empresariais originados num determinado território, sem necessitarem de ter aí qualquer presença física estável, quer em termos de instalação física estável, quer em termos de pessoal", pág. 586.

⁵⁸ In, *op. cit.*, págs. 273 e 274.

contribuinte e presença económica de um contribuinte na jurisdição em causa (não necessariamente fixo ou físico).

Como a este respeito bem refere DALE PINTO "(...) *it is contended that the way source is defined for business profits under the permanent establishment threshold may need to be reconceptualized in light of electronic commerce transactions. It was previously argued in this article that theoretically the taxation of business profits is justifiable in the absence of a physical presence, yet trying to deal with electronic commerce transactions in the context of the conventional formulation of the permanent establishment threshold seems to be inadequate as these rules depend on a finding of some kind of physical presence at a specific geographical location for a certain period of time. Therefore, the permanent establishment principle, which emerged as a tax concept at the end of the last century, may no longer represent an appropriate instrument for the taxation of business profits*"⁵⁹.

Parece-nos, assim, necessário redefinir o conceito de fonte à luz de indicadores que reflitam efetivamente o nível de envolvimento significativo do Estado *host* que justifique a partilha de receita tributária (*share of the pie*) evitando a deslocalização para zonas de baixa tributação (*size of the pie*), tendo por base o conhecimento da nova realidade económica.

O critério adequado para um novo conceito de “fonte” parece-nos que não pode ser outro que não aquele que vem sendo avançado pela OCDE (desde o BEPS 1.0 – Relatório da Ação 1) – o local da criação de valor, que corresponde ao Estado do consumo / mercado⁶⁰. O Estado do mercado tem não apenas legitimidade tributária, como também os meios para cobrar o imposto.

A necessidade desta mudança de paradigma tem já algum reconhecimento na comunidade internacional, como, aliás, resulta do recente acordo alcançado no âmbito da OCDE/G20 Inclusive Framework (que reuniu já o consenso de 137 países) – conhecido por BEPS 2.0 –, o

⁵⁹ In, *The Need to Reconceptualize the Permanent Establishment Threshold*, *Bulletin for International Taxation* 60(7):266-279.

⁶⁰ "The market, a historically despised factor, seems to come back to life. The first thing that strikes us is precisely the constant references to the market jurisdiction in both the draft and the final report [Relatório Ação 1], a fact that seems to reflect the desire of many OECD member countries to bring the source threshold closer to where the consumers are. When highlighting common features in the tax planning schemes of MNE, the report observes that they succeed to avoid a taxable presence in market jurisdictions in part due to the 'artificial' avoidance of the PE status – under the scope of action – but fundamentally due to the current wording of allocation rules" – in, EVA ESCRIBANO LOPEZ, *op. cit.*, pág. 11.

qual (no âmbito do Pilar 1, *Amount A*), vem atribuir um determinado nível de competência tributária ao Estado do mercado (ainda apenas sobre os chamados lucros residuais⁶¹ e não ainda de forma estrutural) a determinadas situações (i.e., quando verificados determinados *thresholds*, ainda muito elevados).

A nosso ver, estamos ainda longe da reforma profunda que a situação presente exige: uma reformulação dos princípios de Direito Fiscal Internacional que permita uma tributação e alocação de receita tributária simples e justa.

Alinhamo-nos, pois, com a posição que tem vindo a ser desenvolvida por alguma doutrina internacional – *inter alia*, REUVEN S AVI-YONAH⁶², MICHAEL DEVEREUX e RITA DE LA FERIA⁶³, KYLE POMERLEAU⁶⁴, MAARTEN DE WILDE⁶⁵ – no sentido de reconduzir o conceito de “fonte”, no que respeita aos rendimentos empresariais para uma fonte-mercado ou fonte-destino – i.e., a aplicação de um princípio de destino (localização dos consumidores) na tributação de rendimentos empresariais.

Esta solução / sugestão havia sido já identificada no Relatório do grupo de peritos nomeados pela Comissão Europeia, de 28 de maio de 2014⁶⁶, onde são referidos e analisados os estudos académicos em torno do princípio de tributação no destino para rendimentos empresariais (*destination based corporation tax*), reconhecendo-se que a jurisdição do mercado (i.e.,

⁶¹ "There will be a new special purpose nexus rule permitting allocation of Amount A to a market jurisdiction when the in-scope MNE derives at least 1 million euros in revenue from that jurisdiction. For smaller jurisdictions with GDP lower than 40 billion euros, the nexus will be set at 250 000 euros. (...) For in-scope MNEs, 25% of residual profit defined as profit in excess of 10% of revenue will be allocated to market jurisdictions with nexus using a revenue-based allocation key." – cf. *Statement on a Two-Pillar Solution to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy*, de 8 de outubro de 2021, pág. 1.

⁶² In, *International Taxation of Electronic Commerce*, Tax Law Review. Vol. 52 (Spring 1997).

⁶³ In, *Designing and implementing a destination-based corporate tax*, Oxford University Centre for Business Taxation Working Paper series, 2014.

⁶⁴ In, *How a Destination-Based Tax System Reduces Tax Avoidance*, Tax Foundation, 4 de Abril de 2017.

⁶⁵ In, *European Union/International - On the Future of Business Income Taxation in Europe*, World Tax Journal, 2020 (Volume 12), No. 1 e *Tax jurisdiction in a digitalizing Economy; Why 'Online Profits' Are so Hard to Pin Down*, Intertax n.º 12, 2015, p 796 e ss.

⁶⁶ Vide, "Comission Expert Group on Taxation of the Digital Economy Report", de 28 de maio de 2014, págs. 47 a 50.

localização dos consumidores) tem, não apenas legitimidade tributária, como os meios necessários para proceder à cobrança⁶⁷.

O modelo tributação de rendimentos no destino, tal como tem vindo a ser proposto pelos autores referidos, funcionaria de uma forma semelhante ao IVA – tributação das importações e isenção das exportações –, mas com um modelo de dedução diferenciado, sendo admitidas as deduções dos gastos relevantes à obtenção dos rendimentos (nomeadamente, custos com pessoal)⁶⁸.

Entendemos, pois, que um critério tributação no destino (i.e., na jurisdição de mercado, onde se encontram os utilizadores / consumidores) apresenta vantagens significativas, nomeadamente:

- (i) promoveria a eficiência económica, uma vez que eliminaria o incentivo à deslocalização da fonte produtora⁶⁹;
- (ii) seria menos suscetível de abusos ou elisão, porquanto o mercado é relativamente inelástico (menos móvel que os fatores de produção), permitindo também uma simplificação das regras fiscais⁷⁰;

⁶⁷ "Given the pace of technological development and the need to avoid creating barriers to trade, more radical changes to the corporation tax system have been proposed in academic literature. Some of these focus on a "destination based" corporation tax. This would be similar to a VAT in that its key feature would be that exports would be zero-rated and imports would be taxed. It would differ from a VAT in that wage costs would continue to be deductible, and the tax would continue to be levied on an accounting basis, rather than using the invoice-credit method" - ver *Comission Expert Group on Taxation of the Digital Economy Report*", de 28 de maio de 2014, pág. 50.

⁶⁸ A título de exemplo, MICHAEL DEVEREUX e RITA DE LA FERIA, na obra antes identificada - *Designing and implementing a destination-based corporate tax* –, vêm elaborar sobre os contornos legais e práticos de um modelo de tribulação no destino (desde a forma de determinação da sua base fiscal até à mecânica de liquidação – sendo proposto um *one-stop-shop*), demonstrando que é efetivamente possível conceber este modelo de tributação alternativo. Afirmam os referidos Autores que "The destination-based tax would still be a tax on corporate profits, but would work similarly to a VAT: the key difference between the two being the treatment of labour, which would be regarded as deductible business costs under the proposed destination based tax, but are not so under a VAT" (in, *op.cit.*, pág. 9).

⁶⁹ MAARTEN DE WILDE refere que "The final destination would be a new, destination-based corporate tax paradigm operating both neutrally and non-discriminatorily on the supply side. That, in turn, would produce a result that, as the author sees it, would not only be fair, but also – and primarily – economically efficient" – In, *European Union/International - On the Future of Business Income Taxation in Europe*, *World Tax Journal*, 2020 (Volume 12), No. 1., pág. 39.

⁷⁰ Como refere KYLE POMERLEAU "One of the most attractive features of moving to a destination-based business tax is that its base would be much easier to define than our current corporate tax base. At the end of the day, it is easier to track the single, final transaction between the end consumer and the producer than figure out how much of a good was produced in each tax jurisdiction. (...) A consequence of this move to a destination base is that it effectively shuts down the type of base erosion that exists under the current system. Under the current system,

- (iii) levaria a uma alocação justa do poder tributário dos Estados, traduzindo-se na tributação por parte da jurisdição onde é verdadeiramente criado valor (independentemente do modelo de negócio)⁷¹.

Reconhecemos naturalmente que a mudança de paradigma de um conceito de fonte-produção para um conceito de fonte-destino poderá envolver um processo de transição complexo, ainda para mais considerando a existência de interesses políticos e económicos divergentes entre as várias jurisdições. Acresce que o modelo a adotar sempre implicaria uma relevante e apertada coordenação entre as diversas jurisdições no que respeita ao funcionamento deste novo modelo (e.g., em matéria de deduções e alocação de custos).

Não obstante, parece-nos que estas dificuldades de transição seriam um mal necessário para alcançar um progresso significativo no caminho para uma tributação simples, justa e adequada à realidade económica atual (e futura), a qual, a nosso ver, passará pelo desaparecimento da figura do EE e sua substituição por um princípio de tributação na jurisdição do mercado (destino), como local de "criação de valor" ao qual deve ser atribuída competência tributária.

7. CONCLUSÕES

Não obstante o contexto económico, social e geopolítico à data da introdução do conceito de EE no Direito Fiscal Internacional, a insistência na sua manutenção no contexto atual (e futuro) parece revelar-se cada vez mais desadequada.

Não deixamos de reconhecer a relevância das modificações ao conceito de EE sugeridas no âmbito do Projeto BEPS, que se traduziram na revisão do artigo 5.º da CMOCDE e respetivos comentários, na parte IV (artigos 12.º a 15.º) do MLI e em grande parte das alterações ao conceito de EE na legislação interna portuguesa introduzidas pela LOE 2021.

Com efeito, o trabalho do Projeto BEPS (em particular a Ação 7) na identificação dos esquemas de planeamento fiscal mais utilizados em torno do conceito de EE e na sugestão de normas que

companies that produce goods throughout the world have an incentive to artificially shift their production locations (...). Under a destination-based tax, the location of production doesn't matter, which means that this technique of profit shifting becomes impossible " - In, How a Destination-Based Tax System Reduces Tax Avoidance, Tax Foundation, 4 de Abril de 2017.

⁷¹ *There is clearly a connection between what is being taxed and the country imposing the tax. If sales are being made in a country, then arguably that country is the origin of the income: it is from sales that profits are generated, without sales there would be no income to tax" - in, MICHAEL DEVEREUX e RITA DE LA FERIA, op. cit, pág. 11.*

visam colmatar as lacunas identificadas e prevenir situações de elisão de EE, revelou-se da maior utilidade, do ponto de vista teórico e prático, para um melhor entendimento e aplicação do conceito face aos desafios atuais.

Contudo, parece-nos que o problema é bastante mais complexo e estrutural: fará sentido, no atual contexto económico, continuar a utilizar o conceito de EE (localização dos fatores de produção, inevitavelmente ligado a uma necessidade de presença física) como critério de fonte no que respeita a rendimentos empresariais? A nosso ver, a resposta não pode deixar de ser negativa.

O conceito de EE (enquanto critério de fonte, no que respeita a rendimentos empresariais) não se adequa ao atual (e futuro) contexto económico, em que as empresas, para desenvolverem a sua atividade numa determinada jurisdição, pouco ou nada necessitam em termos de estrutura física (sejam instalações sejam agentes dependentes) nessa jurisdição.

E a este respeito, entendemos que o conceito de EE – mesmo alterado à luz das propostas dos Projeto BEPS (1.0) – está já ultrapassado, porquanto:

- (i) Por um lado, promove uma desadequação na partilha da receita tributária (*share of the pie*), uma vez que, no contexto atual, a localização dos fatores de produção nem sempre coincide com a jurisdição onde é "criado o valor", a jurisdição do mercado (onde se encontram consumidores); e
- (ii) Por outro lado, continua a permitir uma redução da receita tributária global (*size of the pie*), sendo permeável a situações de abuso, dada a facilidade com que os operadores económicos, no contexto atual, conseguem evitar ou simplesmente não necessitam de uma presença física geradora de tributação.

Ora, tal como vem já sendo desenvolvido pela academia internacional, entendemos que a solução de longo prazo deverá passar por um abandono da figura do EE e uma reformulação do conceito de fonte no que respeita a rendimentos empresariais, adotando-se um princípio de tributação no destino (i.e., na jurisdição do mercado – onde se encontram os consumidores).

É sobre este ponto que esperamos que venham a incidir os próximos trabalhos da OCDE. Sem prejuízo de o BEPS 2.0 já ter dado os primeiros passos neste sentido, esperamos que os

próximos trabalhos das organizações internacionais venham preconizar novos avanços nesta matéria.