

1 2 9 0



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Daniel Alexandre Tavares Lopes

REQUIEM PELO DIREITO FISCAL INTERNACIONAL
AS DISRUPÇÕES PROVOCADAS PELAS EMPRESAS DA
ECONOMIA DIGITAL EM SEDE DE TRIBUTAÇÃO DO
RENDIMENTO

Dissertação no âmbito do Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas, com
Menção em Direito Fiscal, orientada pela Professora Doutora Maria Matilde
Costa Lavouras Francisco e apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra.

Maio de 2023



Requiem pelo Direito Fiscal Internacional
As disrupções provocadas pelas empresas da
economia digital em sede de tributação do
rendimento

Requiem for International Tax Law
Disruptions caused by the companies of the digital
economy in corporate income taxation

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Políticas, com Menção em Direito Fiscal, sob a orientação da Professora Doutora Maria Matilde Costa Lavouras Francisco.

Daniel Alexandre Tavares Lopes

Coimbra, 2023

À memória da minha querida Avó 'lice,
Aos meus pais e ao meu irmão,
Os Grandes Contribuintes

AGRADECIMENTOS

Muitos foram os que, mesmo não se apercebendo, contribuíram para que esta tese chegasse a bom porto: Família, Amigos e tantos outros. Sob pena de uma listagem demasiado extensa e o risco de omissões involuntárias que a individualização de tais apoios acarretaria, entendo que tal tarefa se configura desnecessária. Cada um sabe do seu contributo, valor e da minha eterna gratidão.

Impõem-se, todavia, alguns agradecimentos institucionais.

Em primeiro lugar, à minha orientadora, Professora Doutora Maria Matilde Costa Lavouras Francisco, pelo carinho, disponibilidade, sugestões e propostas de reflexão. Uma palavra de agradecimento e de profunda admiração.

À minha verdadeira *Alma Mater*, a Universidade de Coimbra e a sua Faculdade de Direito, pela formação jurídica rigorosa e de excelência.

Ao Professor Manuel Coroa, pela dedicação isenta e ímpar no sentido de manter A Nossa Guitarra e técnica vivas, pelos diversos ensinamentos, sobretudo a cultura poética, histórica e política, mas também a importância do carácter, para os quais as nossas aulas sempre navegavam. Tudo contribuiu para o desenvolvimento da minha personalidade. Por isto, pela confiança em mim depositada e por tanto mais, estarei sempre em débito para consigo. A talho de foice, à Secção de Fado da Associação Académica de Coimbra, por me ter feito apaixonar pela Canção de Coimbra, pelo verdadeiro significado de *praxe*, pelas viagens e atuações, serenatas e pela boémia.

À Dona Deolinda Marme, da Biblioteca Geral da Universidade de Coimbra, pelo trabalho e boa disposição de todos os dias e a alegria de cada vez que me entregava um livro.

Por fim, a Coimbra e à Associação Académica de Coimbra, a singularidade desta academia fará sempre de mim um afortunado por me ter cruzado convosco. Memórias que aqui criei e que se tornarão *In Illo Tempore!*

Bem-Haja!

*Agora que chega a hora
Surge a memória
Do que vivi aqui.
Coimbra, ai quem me dera
Parar o tempo e ficar...
Nos teus braços vejo o Mundo,
Sem pressa de embarcar*

Balada de Despedida de 2015
Manuel Coroa, Luís Silva, João Luís Silva | Grupo de Fado *In Illo Tempore* da Secção
de Fado da Associação Académica de Coimbra

Decidimos adotar o modo de citar *Chicago Manual of Style 17th Edition (full note)*.

RESUMO

No presente trabalho é abordada a problemática causada pelas empresas da economia digital que provocam disrupções no contexto do Direito Fiscal Internacional, embora sem esquecer a generalidade das empresas e modelos de negócio digitais. Procurou-se fazer resenha histórica explicando a evolução da economia digital, bem como elencar as suas principais características e os desafios que dela decorrem.

Levantaram-se as questões que estão a agitar o Direito Fiscal Internacional: *onde* tributar e o *que* tributar, bem como foram analisadas as principais propostas e tendências atuais na sua relação com os princípios jurídico-tributários.

Palavras-chave: economia digital, tributação internacional, princípios jurídico-tributários, BEPS, Abordagem Unificada, Pilar Um.

ABSTRACT

The paper examines one of the newest phenomena of the international taxation: the challenges that the digital economy companies pose to international taxation. We sought to make a historical review explaining the evolution of the digital economy, as well as to list its main characteristics and the challenges that arise from it.

We raised the questions that are agitating International Tax Law: *where* to tax and *what* to tax, as well as the main proposals and current trends in their relationship with the traditional taxation principles.

key-words: digital economy, international taxation, taxation principles, BEPS, Unified Approach, Pillar One.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

- B2B – Business to Business
- B2C – Business to Consumer
- BEPS – *Base Erosion and Profit Shifting*
- CDTs – Convenções para evitar a Dupla Tributação
- Cfr.* – Confronte
- CM-OCDE – Convenção-Modelo da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico
- DFI – Direito Fiscal Internacional
- DST('s) – Digital Service(s) Tax(es)
- E.E. – Estabelecimento Estável
- EMN('s) – Empresa(s) Multinacional(ais)
- EUA – Estados Unidos da América
- I&D – Investigação e Desenvolvimento
- IA – Inteligência Artificial
- IoT – *Internet of Things*
- ISD('s) – Imposto(s) sobre Serviço(s) Digital(is)
- M2M – *Machine-to-Machine*
- MC-OCDE – *Model Tax Convention on Income and on Capital – Organisation for Economic Co-operation and Development*
- OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico
- OECD – *Organisation for Economic Co-operation and Development*
- p. página
- P2P – *Peer-to-Peer*
- PIB – Produto Interno Bruto
- pp. – páginas
- PSD – Partido Social Democrata
- ss. – seguintes
- TI – Tecnologias de Informação
- TIC – Tecnologias de Informação e Comunicação
- TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia
- UE – União Europeia

v.g. – *verbi gratia*, por exemplo

vd. – *Vide*, Veja

ÍNDICE

AGRADECIMENTOS	3
RESUMO.....	6
LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS	7
ÍNDICE.....	9
NOTAS INTRODUTÓRIAS	12
CAPÍTULO I – A ECONOMIA DIGITAL: RESENHA HISTÓRICA, ÂMBITOS DE RELEVÂNCIA E ALGUMAS NOTAS CARACTERIZADORAS	15
1. A Economia Digital (resenha histórica).....	15
2. Âmbitos de relevância da economia digital.....	18
3. Desmaterialização, elementos digitais e o esboroar da distinção entre bens e serviços.....	21
4. Modelos de negócio tributário-disruptivos, a relevância dos dados e dos utilizadores-consumidores	27
5. Modelos de negócio tributário-disruptivos.....	28
5.1 <i>Every breath you take and every move you make [...], I'll be watching you: a relevância dos dados e o papel dos utilizadores-consumidores na economia digital.....</i>	31
i. Criação de valor proveniente dos dados	34
ii. Fornecimento de valor através dos dados	38
iii. Captura de valor pelos dados	39
5.1.2. A monetização dos dados e o caso em particular da Netflix	40
i. Netflix	42
CAPÍTULO II – OS DESAFIOS QUE A ECONOMIA DIGITAL LEVANTA EM SEDE DE TRIBUTAÇÃO DO RENDIMENTO DAS EMPRESAS	44
1. Contextualização do problema: desafios que a economia digital levanta em sede de tributação do rendimento das empresas na generalidade.....	44

2.	O Tratamento a dar à Economia Digital. Tributar, ou não Tributar: eis a questão. A subversão dos princípios jurídico-tributários tradicionais?	45
2.1.	O princípio da equidade (entre sujeitos passivos e entre Estados).....	47
i.	Equidade entre sujeitos passivos.....	48
ii.	Equidade entre Estados	50
2.2.	O Princípio da Neutralidade Fiscal	53
2.3.	A integridade do sistema fiscal. A necessidade de receita pública e a erosão da base tributária	57
3.	A fragilidade dos elementos de conexão tradicionais.....	62
3.1.	O Princípio da Residência.....	65
3.1.2.	Problemas que a economia digital coloca ao Princípio da Residência.....	68
3.2.	O Princípio da Fonte	70
3.2.1.	O relevo da noção de Estabelecimento Estável na atualidade.....	71
3.2.2.	Problemas que a economia digital coloca ao critério da fonte	73
	III CAPÍTULO – PROPOSTAS E TENDÊNCIAS ATUAIS.....	75
1.	A progressiva orientação da tributação do lugar da oferta (residência) para o lugar da procura (fonte)	75
2.	Algumas tendências atuais como manifestações deste fenómeno	78
2.1.	O princípio da criação de valor.....	78
2.2.	Algumas propostas atuais e a sua (in)conformidade com os princípios jurídico-tributários tradicionais: a Abordagem Unificada.....	87
2.2.1.	<i>Significant Economic Presence/Presença Económica Significativa</i>	87
2.2.2.	User Participation	91
2.2.3.	Marketing Intangibles.....	94
3.	O Pilar Um da OCDE	96
i.	Montante A	98
ii.	Montante B	103

3.1. Reflexão crítica acerca do Quadro Normativo do Pilar Um: breve análise ao nível dos princípios	104
4. Crítica às medidas unilaterais: a solução multilateral.....	110
CONSIDERAÇÕES FINAIS	115
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	119
REFERÊNCIAS JURISPRUDÊNCIAIS	141
ANEXO 1	143
ANEXO 2	144
ANEXO 3	145
ANEXO 4	146
ANEXO 5	147

NOTAS INTRODUTÓRIAS

A digitalização é considerada o fenómeno económico mais importante desde a revolução industrial¹.

Ao mesmo tempo que hiperboliza e lhe dá contornos que a denominada aldeia global² desconhecia, a economia digital está associada aos maiores desafios que ao Direito Fiscal Internacional se impõem³. É, pois, um dado sobejamente reconhecido que o surgimento de certas atividades digitais e, por conseguinte, de novos modelos de negócio, veio colocar desafios aos modernos sistemas fiscais.

O problema reside no facto de a generalidade dos regimes fiscais em vigor, especialmente ao nível da tributação das sociedades, não se coadunarem com a realidade coeva, uma vez que foram concebidos para um contexto em que a generalidade das empresas possuía presença física num determinado Estado, através da respetiva sede ou, mais amplamente, através de uma filial ou sucursal.

Com a globalização e, conseqüentemente, o alargamento das fontes de rendimento, os mesmos Estados passaram a adotar princípios de maior amplitude, destacando-se o princípio do rendimento mundial. Só que neste tipo de sistema, que, diga-se de passagem, ainda é o vigente, o pressuposto continua a ser o de uma presença física.

Efetivamente, as empresas cujos modelos de negócio estão ancorados nos vetores digital e tecnológico podem ter utilizadores e clientes num determinado Estado sem aí ter necessariamente qualquer tipo de presença física, residindo a base dos rendimentos obtidos na interação digital com os mesmos utilizadores e clientes.

Sucedem, porém, que no estado d'arte, uma entidade não-residente apenas será tributada caso se considere que tem um estabelecimento estável num determinado Estado, conceito assente na presença física, ou que obtém uma certa tipologia de rendimentos que a

¹ Erik Brynjolfsson e Brian Kahin, eds., *Understanding the Digital Economy: Data, Tools, and Research* (Cambridge, Mass: MIT Press, 2000), 1; Martin Peitz e Joel Waldfogel, *The Oxford Handbook of the Digital Economy* (Oxford University Press, 2012), 9; Erik Brynjolfsson e Andrew McAfee, *The Second Machine Age: Work, Progress, and Prosperity in a Time of Brilliant Technologies*, Reprint edition (New York London: W. W. Norton & Company, 2016), 90; OECD, *OECD Digital Economy Outlook* (Paris, 2015), 11.

² Martin Page, *The First Global Village*, 10.^a (Cruz Quebrada: Casa Das Letras, 2008).

³ Marcel Olbert e Christoph Spengel, «[International Taxation in the Digital Economy: Challenge Accepted?](#)», *World Tax Journal, Journal Articles & Opinion Pieces IBFD*, 9, n.º 1 (2017): 4.

lei fiscal, em termos automáticos, considere como obtidos no território desse mesmo Estado⁴.

Perante a lugubridade do Direito Fiscal Internacional e o evidenciado defunto, *i.e.* as suas regras e princípios, impõe-se um *Requiem*⁵. É esta a razão de ser do nosso título.

Assim, em primeiro lugar, faremos uma resenha histórica da economia digital e das noções dos seus primórdios que nos levará aos seus âmbitos de relevância. Por fim, serão apresentadas algumas características mais marcantes da economia digital, os subjacentes modelos de negócio e o papel dos dados. A isto corresponde o primeiro capítulo.

Quanto ao segundo capítulo, contextualizaremos o problema em causa e abordaremos de forma mais detida alguns dos desafios que a economia digital convoca em sede de tributação do rendimento das empresas. Deste modo, no primeiro ponto, questionaremos o tratamento a dar à economia digital e uma eventual subversão dos princípios jurídico-tributários tradicionais, sem deixar de referir o Quadro de tributação de Otava, abordando respetivamente o princípio da equidade (entre sujeitos passivos e entre Estados), o princípio da neutralidade fiscal, tecendo considerações sobre o princípio do benefício e sua manutenção e princípio da capacidade contributiva e ainda o princípio da integridade do sistema fiscal. Posteriormente, densificaremos os elementos de conexão tradicionais e princípios subjacentes: residência e fonte, bem assim como o E.E., enquanto elemento concretizador daqueles outros princípios.

Já no terceiro capítulo, iremos abordar a progressiva orientação da tributação internacional da residência para a fonte dando conta das principais manifestações neste sentido, para a qual concorre, de acordo com alguma doutrina, o princípio da criação de valor, bem como as propostas que decorrem da Abordagem Unificada e o Pilar Um da OCDE, em ambas atendendo ao quadro normativo tradicional, mormente à sua relação, ou melhor dizendo, à sua (in)conformidade com os princípios jurídico-tributários tradicionais, sem esquecer de tecermos críticas às medidas unilaterais e, por seu turno, defendendo a solução multilateral.

⁴ Quanto ao que aqui se diz, vide o sucinto artigo de jornal de Filipe de Vasconcelos Fernandes, «[A tributação da economia digital – uma aproximação de política fiscal](#)», ECO, 21 de janeiro de 2021.

⁵ *Requiem* é uma palavra latina, acusativo singular de *requies*, que significa descanso ou repouso. Também conhecida como Missa de Réquiem ou Missa para os fiéis defuntos (*Missa pro defunctis* ou *Missa defunctorum*), é uma missa da Igreja Católica frequentemente associada a um contexto fúnebre que se celebra pela alma de, evidentemente, de um ou mais defuntos.

Por fim, queríamos deixar apenas uma ressalva. O grande exercício e desafio de elaborar uma tese sobre estas temáticas é, na nossa ótica, o de vencer a fugacidade, provocada não só pelo decurso natural do tempo, mas pela evolução tecnológica veloz⁶. Não nos queríamos limitar a citar estudos da OCDE (como tanto temos visto...), antes, trazer uma verdadeira reflexão dogmática no que à tributação da economia digital subjaz. Esperemos que seja flexível bastante para lograr este fim...

⁶ Opinião partilhada por Arthur J. Cockfield, Walter Hellerstein, e Marie Lamensch, «Taxing Global Digital Commerce», SSRN Scholarly Paper (Rochester, NY: Social Science Research Network, 2020), 5.

CAPÍTULO I – A ECONOMIA DIGITAL: RESENHA HISTÓRICA, ÂMBITOS DE RELEVÂNCIA E ALGUMAS NOTAS CARACTERIZADORAS

1. A Economia Digital (resenha histórica)

A origem do termo “Economia Digital” tem como seu progenitor DON TAPSCOTT que o fez brotar em 1996 na sua obra «*The Digital Economy: Promise and Peril in the Age of Networked Intelligence*»⁷.

No presente texto, o primitivo passo traduz-se em compreender o significado de “digital”. Se esta economia é digital, então parece-nos essencial saber o que a distingue da dita economia tradicional⁸.

Digital, em termos muito simplistas, refere-se à codificação de dados através do sistema de numeração binário. Um código binário representa texto, *computer processor instructions* ou outros dados utilizando um sistema de dois dígitos de zeros e uns – os chamados *bits*⁹.

Porém, esta simplicidade não se aplica nem pode ser transposta para a definição de Economia Digital. A veloz mudança das tecnologias de comunicação e informação torna a sua hipotética definição uma tarefa hercúlea, fazendo da busca por um conceito preciso e fixo um trabalho manifestamente inútil, na medida em que carece sempre de uma constante atualização¹⁰, isto porque, as definições são sempre o reflexo dos tempos e tendências em que se inserem.

⁷ Don Tapscott, *The Digital Economy: Promise and Peril In The Age of Networked Intelligence*, 1ª edição (New York, NY: McGraw-Hill, 1997).

⁸ A OCDE já afirmou que as linhas que separam aquilo que é digital e o que não se consubstancia numa tarefa árdua, porquanto «a economia digital está a tornar-se a própria economia». Vd. OECD, *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 - 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project* (OECD, 2015), 142. A pandemia COVID-19 tornou esta afirmação bastante evidente, até porque os próprios negócios mais convencionais voltaram-se para o mundo digital e, por isso, classificar o que é digital e o que não é assume-se uma tarefa cada vez mais difícil, embora não o deixaremos de fazer no presente estudo.

⁹ Asaf Harpaz, «Taxation of the Digital Economy: Adapting a Twentieth-Century Tax System to a Twenty-First-Century Economy», *Yale Journal of International Law* 46, n.º 1 (2021): 59; Cristian Oliver Lucas-Mas e Raul Felix Junquera-Varela, *Tax Theory Applied to the Digital Economy: A Proposal for a Digital Data Tax and a Global Internet Tax Agency* (Washington, DC: World Bank, 2021), 17.

¹⁰ Neste sentido *vide* o que dizem Kevin Barefoot et al., «Defining and Measuring the Digital Economy», 2018, 6: «*Part of what makes defining the digital economy difficult is the rapidly changing nature of technology. What is relevant one day might be obsolete the next as businesses and consumers adopt new technologies to perform tasks and communicate. Ideally, the definition of the digital economy would allow for the changing nature of what it encompasses over time.*».

Para sustentarmos esta última afirmação, basta percorrermos superficialmente por algumas definições que foram surgindo ao longo das últimas décadas.

As definições iniciais, dos primórdios dos anos 90¹¹, focam-se particularmente, quanto às tecnologias envolvidas, no advento da *Internet*, refletindo a sua emergência como a principal tecnologia. As definições mais recentes adicionam, conseqüentemente, novas tecnologias, como *cloud computing*, *big data*, *internet of things (IoT)*, *fintech*¹², ou, optam por outra via, mais simplista, manifestando a adoção de uma noção simples e genérica de “tecnologias digitais”¹³.

No que concerne ao âmbito da definição é igualmente possível acompanhar a especificidade histórica que as vai marcando bem como as tecnologias subjacentes.

As primeiras definições procuraram justificar a sua diferenciação de ideias anteriores como as de economia da informação e a correlacionada, embora mais ampla, ideia de sociedade da informação. TAPSCOTT¹⁴, por exemplo, entendia que a economia digital abrangia duas gerações de atividade económica: a primeira que havia sido informativa, compreendendo tarefas básicas, como a colocação de informação estática em *websites*, ao passo que a segunda estava relacionada com a comunicação, refletindo as atividades de interação providenciadas pela *Internet*. Simultaneamente, a capacidade da *Internet* para facilitar transações comerciais foi sendo reconhecida e, paulatinamente, incorporada nas definições de economia digital.

Na viragem do século, as definições passaram a ser compostas por atividades empresariais habilitadas pelas TIC, incorporando o comércio eletrónico no âmbito da

Na verdade, a tarefa de medir a economia digital consubstancia uma enorme dificuldade precisamente por faltar uma definição precisa e universal que esclareça inequivocamente que atividades devam ser incluídas nesta economia. Sobre esta conclusão, *Ibidem*.

¹¹ *Vide*, por todos, Neal Lane, «Advancing the Digital Economy into the 21st Century», *Information Systems Frontiers* 1, n.º 3 (1 de outubro de 1999): 317–20.

¹² G20 Digital Economy Task Force, «G20 Digital Economy Development and Cooperation Initiative», 2016, 2 e ss. que também consideram que a economia digital «*refers to a broad range of economic activities that include using digitized information and knowledge as the key factor of production, modern information networks as an important activity space, and the effective use of information and communication technology (ICT) as an important driver of productivity growth and economic structural optimization*».

¹³ Um dos desafios das definições simples tem que ver com a amplitude das atividades económicas que envolvem as novas tecnologias. Alguns autores tendem a subdividir o domínio, distinguindo tão-somente entre “fazer digital” e “ser digital”, isto é, entre utilizar as tecnologias digitais *versus* colocá-las no núcleo de todos os processos de negócio. *Vide* quanto ao que se diz, Luyanda Dube Williams, «Concepts of Digital Economy and Industry 4.0 in Intelligent and Information Systems», *International Journal of Intelligent Networks* 2 (1 de janeiro de 2021): 125.

¹⁴ Tapscott, *The Digital Economy*.

economia digital, rejeitando-se por seu turno uma definição centrada na *internet*¹⁵. A principal virtude destas definições traduziu-se no reconhecimento de que não existe uma fronteira rígida que permita colocar rigorosamente toda a atividade económica dentro ou fora do âmbito da economia digital¹⁶⁻¹⁷.

Nesta linha de pensamento mais abrangente, não olvidando a importância das TIC, MESENBOURG fala em três componentes da economia digital: *e-business infrastructure*, traduzindo-se na parte da infraestrutura económica total utilizada como suporte dos processos comerciais eletrónicos e para conduzir o comércio eletrónico, portanto, incluindo *hardware*, *software*, redes de telecomunicação, serviços de manutenção (*support services*) e capital humano presente tanto nos negócios empresariais como no comércio eletrónico; o *e-business*, que consiste em qualquer processo no qual uma empresa opera através de redes mediadas por computador, como por exemplo, empresas de compras e vendas *online*, produção, logística¹⁸; e o *e-commerce*, consistindo em transações de bens e serviços que ocorrem sobre redes informáticas¹⁹. Aliás, para o Autor, a dependência da utilização de redes

¹⁵ As definições foram reconhecendo a importância das TIC e do comércio eletrónico, é o caso do U.S. Commerce Department, «The Emerging Digital Economy» (U.S. Department of Commerce, 1998), 4 e ss.; Brynjolfsson e Kahin, *Understanding the Digital Economy*, 1–12.

¹⁶ T. Mirolyubova, T. Karlina, R. Nikolaev, *Digital economy: identification and measurements problems in regional economy*, *Economy of Region* 16 (2) (2020) apud. Williams, «Concepts of Digital Economy and Industry 4.0 in Intelligent and Information Systems», 125. Veja-se o exemplo de R. Kling e R. Lamb, «IT and organizational change in digital economies», em *Understanding the digital economy: data, tools, and research*, ed. Erik Brynjolfsson e Brian Kahin (Cambridge, Mass: MIT Press, 2000), 297 que afirmam: «The term 'digital economy' refers specifically to the recent and still largely unrealized transformation of all sectors of the economy by the computer-enabled digitization of information.».

¹⁷ Kling e Lamb, «IT and organizational change in digital economies», 297–99. Os Autores identificam quatro partes da economia digital: 1) os bens e serviços altamente digitais, bens que são fornecidos de forma digital e serviços com porções digitais substanciais (v.g. serviços de informação online, vendas de software, educação online); 2) os bens e serviços híbridos, isto é, a venda de bens corpóreos (v.g. livros, flores, quartos de hotel e custos associados de vendas e marketing); 3) os serviços intensivos de TI ou a produção de bens que dependem criticamente das TI para a sua provisão (v.g. serviços de contabilidade ou design complexo) incluindo a produção de bens tangíveis/corpóreos nos quais as TI são fundamentais (como máquinas de precisão operacionalizadas via computador); 4) os segmentos da indústria das TI que suportam os segmentos previamente mencionados, que inclui uma fração da subindústria de redes, produção de computadores e algumas empresas de consultoria informática.

¹⁸ Thomas L. Mesenbourg, «Measuring the Digital Economy», 2001, 2–4. O Autor sectoriza igualmente a economia digital em produção de infraestruturas de TIC e na utilização destas noutros processos económicos (e-business), estendendo, porém, o foco a outros processos de negócio, não se reduzindo ao comércio eletrónico. De igual modo, Kling & Lamb, adoptam uma definição abrangente tendo em vista incluir toda a atividade económica habilitada pelas TIC.

¹⁹ Podemos encontrar diversas modalidades de comércio eletrónico: B2B (business-to-business), B2C (business-to-consumer), C2B (consumer-to-business), B2G (business-to-government) e C2C (consumer-to-consumer), B2B2C (business-to-business-to-consumer), B2E (business-to-employee). Para maiores desenvolvimentos veja-se Kenneth C. Laudon e Carol Guercio Traver, *E-commerce: business, technology, society*, Fourteenth edition/Global edition (Boston: Pearson, 2018).

informáticas e os benefícios inerentes constitui a diferença de fundo entre os negócios que decorrem sob a forma eletrônica e os outros tipos de negócio²⁰.

A nosso ver, numa versão atualizada desta teoria, a *Bureau of Economic Analysis* do Departamento de Comércio dos Estados Unidos da América, entende que a economia digital é composta igualmente por 3 categorias: 1) as infraestruturas que compossibilitam que uma rede informática exista e funcione²¹⁻²²; 2) as transações digitais que ocorrem mediante o sistema – no fundo, trata-se do comércio eletrônico; 3) o conteúdo que os utilizadores da economia digital criam e acedem – a “*digital media*”²³.

2. Âmbitos de relevância da economia digital

O reconhecimento de que as tecnologias digitais constituem de certo modo uma base da economia digital é o denominador comum de todas as teorias precedentes. No entanto, apenas algumas observam a importância da produção destas tecnologias e serviços

²⁰ Mesenbourg, «Measuring the Digital Economy», 2. O Autor afirma perentoriamente o seguinte: «[t]he reliance on the use of computer networks, and the benefits they can provide, is the “bottom line” difference between electronic and other kinds of business».

²¹ Neste contexto, alguns Autores entendem que a própria economia digital reside em estruturas físicas. Vide, entre outros, Laudon e Traver, E-commerce, 98–165; Peter Bräumann, «Digital Permanent Establishments on its Way to Becoming a Reality? The EU Commission’s Proposal on Taxing “Significant Digital Presence”», em *Tax and the Digital Economy: Challenges and Proposals for Reform*, ed. Werner Haslehner et al., vol. 69, Series on International Taxation (Wolters Kluwer, 2019), 152–54. Com efeito, o último Autor refere que não obstante os processos digitais serem meros sinais eletrônicos sob a forma de software e dados e, por este motivo, imateriais, isso não implica que os processos sejam operacionalizados num vazio ou num mundo puramente virtual. Entende o Autor que até os próprios serviços eletrônicos requerem algum tipo de equipamento físico daí que afirme assertivamente que não existe algum processo digital desprovido de “traços” físicos, tanto na forma de equipamento como na forma de pessoas que contribuam para o processo.

²² Com efeito, sem a infraestrutura física das telecomunicações, qualquer dos modelos empresariais da economia digital não podem operar. Assim, a indústria das telecomunicações acabam por ser o esqueleto da economia digital. Vide Lucas-Mas e Junquera-Varela, *Tax Theory Applied to the Digital Economy*, 24. Os Autores avançam dizendo « [m]oreover, unlike most providers of other digital services, internet telecommunication providers offer their digital service through the physical infrastructure of their competing traditional business models (internet service providers [ISPs], especially tier-3 ISPs that provide local access to the internet for end customers, through cable, digital subscriber line [DSL], fiber, or wireless access networks). Users need to have internet access to use internet telecommunication services (WhatsApp and Skype require an internet connection). In this special case, the tax-disruptive digital business model is dependent on its competitor, which operates as a traditional business model.».

²³ Barefoot et al., «Defining and Measuring the Digital Economy», 7. Relativamente ao que compõe cada categoria, os Autores apontam, em relação às estruturas, para o *software*, *hardware*, equipamentos e serviços de telecomunicação, serviços de manutenção e a *Internet of things*, quanto ao comércio eletrônico apontam igualmente para algumas das modalidades referidas anteriormente; em relação à *digital media*, abordam 3 modalidades: a *digital media* de venda direta, ou seja, empresas que vendem produtos diretamente aos consumidores em troca de uma prestação, numa base de item-por-item ou através de um serviço de subscrição; a *digital media* gratuita, empresas tais como o *Youtube* e *Facebook* que obtêm receitas através da publicidade, ao que acresce a P2P *digital media*, ou seja, os próprios utilizadores criam conteúdo para os seus pares; por fim, *Big data*, empresas cujo fim é gerar e vender dados, revelando preferências dos consumidores.

fundamentais como um segmento e o núcleo da economia digital²⁴. Este núcleo é o designado sector digital ou o sector das TI/TIC que, segundo a OCDE, consiste na combinação de indústrias de produção e serviços que capturam, transmitem e exibem dados e informações eletronicamente²⁵.

Todavia, a economia digital tem de ser definida de modo mais amplo, não se restringindo ao sector digital algo que, em rigor, nenhuma das definições faz. Nas suas mais amplas dimensões, a generalidade das aceções cobre toda a atividade económica habilitada digitalmente levantando um problema que se consubstancia na interligação da economia digital com a economia tradicional, tornando as diferenças entre ambas menos claras, havendo não apenas um problema de nitidez, mas também de âmbito, na medida em que cada vez mais serviços, atividades de fabrico e até mesmo de produção primária dependem de TICs.

Para resolver parcialmente este problema, a melhor solução, como entendem alguns Autores²⁶, implica que nos afastemos do âmbito mais alargado da definição, envolvendo toda a atividade económica radicada em tecnologias digitais, como economia digital, focando-nos antes na “economia digitalizada” que se distingue da “digitada” (tradução nossa), consistindo na conversão de dados da forma analógica para a forma digital; ao passo que a “digitalizada”, se traduz na aplicação da “digição” aos processos organizacionais e sociais (incluindo a atividade económica)²⁷. Esta definição alargada cobre o *e-bussiness* (transações comerciais habilitadas pelas TIC) e o seu subconjunto, *e-commerce* (transações comerciais externas habilitadas pelas TIC), tomadas de decisão em negócios/empresas baseadas em algoritmo, a utilização de tecnologias digitais automatizadas na indústria e na agricultura, incluindo a Indústria 4.0 e a agricultura de precisão, etc.²⁸.

²⁴ Rumana Bukht e Richard Heeks, «Defining, Conceptualising and Measuring the Digital Economy», SSRN Scholarly Paper (Rochester, NY: Social Science Research Network, 3 de agosto de 2017), 11.

²⁵ OECD, «Measuring the Information Economy», 2002.

²⁶ Williams, «Concepts of Digital Economy and Industry 4.0 in Intelligent and Information Systems», 126; Bukht e Heeks, «Defining, Conceptualising and Measuring the Digital Economy», 11 e ss.

²⁷ Adotando a definição do “The Oxford English Dictionary” que traçou a primeira distinção entre “digição” e “digitalização” (cuja tradução é nossa; os termos originais provindos do inglês são “digitization” e “digitalization”) nos meados dos anos 50 Scott Brennen e Daniel Kreiss, «Digitalization and Digitization – Culture Digitally», 2014 entendem que «Digitization therefore produces information that can be expressed in many different ways, on many different types of materials, and in many different systems» e «[...]In this sense, digitalization has come to refer to the structuring of many and diverse domains of social life around digital communication and media infrastructures.»

²⁸ Vide o anexo 1 para um gráfico ilustrativo da indústria 4.0.

Destarte, impõe-se uma definição de âmbito mais estrito de economia digital, cujo fundamento reside nas noções de aplicação intensivas ou extensivas das TIC. Quanto às primeiras, elas intensificam, isto é, melhoram de alguma forma, uma atividade económica previamente existente. As aplicações extensivas, por seu turno, alargam os limites da atividade económica. Para aferirmos se a atividade económica é extensiva basta colocar a seguinte questão: “esta atividade só surgiu devido às TICs?”. Se a resposta for negativa e, portanto, a atividade já existia antes das TICs, então a utilização de estas é intensiva. Se, por outro lado, a resposta for afirmativa, a atividade só existe por conta das TICs, então essa utilização é extensiva²⁹.

Através desta abordagem a economia digital representa todas as aplicações extensivas das tecnologias digitais, bem como a produção dessas mesmas tecnologias, isto é, inclui o sector digital acima referenciado e outros elementos mais amplos. Acrescem ainda algumas partes de fenómenos emergentes: a *platform economy*, a *gig economy*, a *sharing economy*, as quais são vistas como novas atividades económicas que não existiam antes da tecnologia digital.

Tendo em atenção as considerações prévias, em resumo, podemos apontar três âmbitos de relevância da economia digital: 1) o núcleo duro da economia digital, constituído pelo ‘sector digital’, isto é, o sector das TI/TIC que produz bens e serviços digitais fundamentais; 2) a economia digital *stricto sensu*, como sendo a parte da produção económica (*economic output*) derivada primacialmente de tecnologias digitais com modelos de negócio baseados em bens ou serviços digitais, ou seja, consiste no setor digital e nos serviços e plataformas digitais emergentes; 3) e, por fim, o âmbito mais alargado que consiste na utilização das TIC em todos os campos económicos – a “economia digitalizada”, ou, denominação nossa, economia digital em sentido amplo³⁰.

²⁹ Bukht e Heeks, «Defining, Conceptualising and Measuring the Digital Economy», 12. «It is important to distinguish between the use of digital technology to enhance existing business functions (communication, money transfer) that were previously fulfilled through traditional channels (for communication, person-to-person, telephony, radio, television, postal mail, newspapers; for money transfer, money orders, traveler’s checks, magnetic stripe bank and nonbank credit cards, bank checks) and the core role of digital technology in the advent of tax-disruptive realities (intangible content, online platforms, online delivery, zero marginal cost supply) that did not exist previously and may render tax norms and economic postulates inapplicable.» Neste sentido, vd. também Lucas-Mas e Junquera-Varela, *Tax Theory Applied to the Digital Economy*, 19.

³⁰ Neste sentido vd. Williams, «Concepts of Digital Economy and Industry 4.0 in Intelligent and Information Systems», 1; Bukht e Heeks, «Defining, Conceptualising and Measuring the Digital Economy», 1. Como resume a figura que consta do anexo 2, engloba tanto o sector digital central como também o leque mais alargado de atividade digital extensiva, sem afirmar que toda a atividade digital faz parte da economia digital.

3. Desmaterialização, elementos digitais e o esboroar da distinção entre bens e serviços

A desmaterialização³¹ da economia permite que as empresas, contrariamente ao que sucedia no passado, possam operar num determinado lugar sem recorrer, por exemplo, a mão-de-obra, a fábricas ou armazéns, num determinado Estado, uma vez que todo conteúdo que produzem é digital e não físico³². Efetivamente, damos conta que, a grande nota da economia digital é a desmaterialização, marcada por serviços e bens incorpóreos, cujo suporte reside em *bits* e não em átomos³³.

Nesta sede, optámos por seguir MATILDE LAVOURAS, utilizando a designação “bens incorpóreos” ao invés de “bens intangíveis” (ou apenas, intangíveis) por, também nós, considerarmos que esta é a designação clássica do Direito Económico e do Direito Fiscal e sobretudo, a opção por esta designação, evita de igual modo confusões com o conceito de ativos intangíveis, também utilizado quer no Direito Económico quer no Direito Fiscal, mas que decorre do Direito Contabilístico³⁴⁻³⁵.

³¹ A desmaterialização no contexto da economia digital significa a transformação de qualquer objeto material em algo virtual ou digital, *rectius*, significa que um nível reduzido ou nenhum material físico é usado para proporcionar o mesmo nível de satisfação ao utilizador. Vide neste sentido, Iddo K. Wernick et al., «Materialization and Dematerialization: Measures and Trends», *Daedalus* 125, n.º 3 (1996): 171–98. Concretizações comuns desta desmaterialização são, por exemplo, a venda dos ditos “bens de informação” que costumavam ser vendidos sob a forma física e que agora são ou podem ser convertidos em bens incorpóreos, tais como livros, jornais, filmes. Vd., Arthur J. Cockfield, «The Law and Economics of Digital Taxation: Challenges to Traditional Tax Laws and Principles», *IBFD Bulletin* (2002), p. 607 e ss., cujo Autor classifica estes *information goods* como quaisquer bens ou serviços que podem ser fornecidos num formato digital, sendo que também os bens tradicionais podem tornar-se *information goods*, porquanto podem ser digitalizados e, portanto, convertidos em binário.

³² Neste sentido, vd. Lucas-Mas e Junquera-Varela, *Tax Theory Applied to the Digital Economy*, 31. Segundo estes Autores, «*the intangible nature of the content, apart from escaping traditional customs controls, eliminates any need for storage facilities given the absence of physical inventories, which has an impact on a firm's economic circumstances.*»

³³ Expressão de Lucas-Mas e Junquera-Varela, 18.

³⁴ Quanto ao que se disse, vide Matilde Lavouras, «A aplicação dos impostos indiretos ao comércio internacional de serviços e bens incorpóreos», *Boletim de Ciências Económicas* 62-A (2019): 235.

³⁵ O conceito de intangíveis surgiu em finais do séc. XX embora sempre tenham existido. O que se pode considerar recente é a simultaneidade do aumento extraordinário da competitividade induzida pela globalização e o aparecimento das TIC. Aliás, a conjugação destes acontecimentos, o primeiro económico e o segundo tecnológico, alteraram de forma radical a estrutura das empresas que começaram a utilizar os investimentos em intangíveis como o principal instrumento para aumentar a rentabilidade. Segundo o IAS 38 parágrafo 8 um ativo é um recurso «a) [c]ontrolado por uma entidade como resultado de acontecimentos passados; b) [d]o qual se espera que fluam benefícios económicos futuros para a entidade. Um ativo intangível é um ativo não monetário identificável e sem substância física.». Sobre o conceito de intangíveis António Martins, *Valorização de intangíveis e preços de transferência: uma análise económico-financeira*, Economia e finanças (Coimbra: Edições Almedina, 2022), 31, Fátima Cravo, Cidália Maria da Mota Lopes, e Carla Rodrigues, *Intangíveis: perspetiva contabilística e fiscal* (Coimbra: Edições Almedina, 2020), 19 e ss.; Lavouras, «A aplicação dos impostos indiretos ao comércio internacional de serviços e bens incorpóreos», 235;

Enfim, os bens incorpóreos consubstanciam-se em bens não financeiros, que não têm existência física e que não são confundíveis com o capital intelectual nem com os ativos intangíveis^{36,37}.

A falta de materialidade, já o dissemos, é a característica que permite distinguir os bens incorpóreos e os serviços dos demais bens corpóreos. Não obstante a imaterialidade ou inexistência física, estas características não impedem que bens e serviços sejam produzidos, transmitidos e consumidos de forma isolada ou em conjunto com outros bens e serviços. Ficaria por determinar se bens incorpóreos e serviços podem ser objeto autónomo de relações jurídicas ou se, ao invés, podem ser tão-somente objeto de relações jurídicas conjuntamente com outros bens ou serviços nos quais se encontram incorporados³⁸.

A existência de um bem em sentido jurídico, passível ser objeto de relações jurídicas, não está só dependente de que se trate de um item que, quando detido ou consumido, permita obter uma situação economicamente vantajosa. Para ser objeto de uma relação jurídica, um bem tem de ser coisificável³⁹ e, portanto, assumindo-se como objeto

Martin Clarke, Dyna Seng, e Rosalind Whiting, «Intellectual capital and firm performance in Australia», *Journal of Intellectual Capital* 12 (25 de outubro de 2011): 505–30; Daniel Zéghal e Anis Maaloul, «Analysing value added as an indicator of intellectual capital and its consequences on company performance», 2010, 39–60; Stefano Zambon, «Intangibles and Intellectual Capital: An Overview of the Reporting Issues and Some Measurement Models», em *The Economic Importance of Intangible Assets* (Routledge, 2004); Thomas A. Stewart, *Intellectual Capital: The New Wealth of Organizations* (New York: Currency Doubleday, 1999).

³⁶ Noção, igualmente por nós acolhida, apontada por Lavouras, «A aplicação dos impostos indiretos ao comércio internacional de serviços e bens incorpóreos», 236.

³⁷ Note-se, no entanto, que os avanços na impressão 3D têm o potencial de transformar os “*manufactured goods*” (como por exemplo, máquinas e peças sobressalentes) em bens incorpóreos ou serviços (como licenças) que permitem aos consumidores produzir esses bens físicos no momento que quiserem e quando deles necessitem, vd. Jinyan Li, «Protecting the Tax Base in a Digital Economy» (Social Science Research Network, 2018), 495. Quanto à impressão 3D, veja-se Barry Berman, «3-D Printing: The New Industrial Revolution», *Business Horizons* 55, n.º 2 (2012): 155–62; Malte Gebler, Anton J. M. Schoot Uiterkamp, e Cindy Visser, «A Global Sustainability Perspective on 3D Printing Technologies», *Energy Policy* 74 (2014): 158–67.

³⁸ Questão igualmente suscitada por Lavouras, «A aplicação dos impostos indiretos ao comércio internacional de serviços e bens incorpóreos», 238.

³⁹ As coisas em sentido jurídico, segundo Carlos Alberto da Mota Pinto, António Pinto Monteiro, e Paulo Mota Pinto, *Teoria geral do direito civil*, 4ª ed., 2ª reimp (Coimbra: Coimbra Editora, 2012), 342, constituem «os bens (ou entes) de carácter estático (assim se excluindo do conceito as prestações), desprovidos de personalidade e não integradores do conteúdo necessário desta, suscetíveis de constituírem objeto de relações jurídicas.». Quanto a esses bens de carácter estático, carecidos de personalidade, «só são coisas em sentido jurídico quando puderem ser objeto de relações jurídicas. Para esse efeito devem apresentar as seguintes características: a) existência autónoma ou separada; b) possibilidade de apropriação exclusiva por alguém (não são coisas os bens que escapam ao domínio do ser humano ou os que por falta de possibilidade de delimitação ou captura são necessariamente aproveitados por todos os homens); c) aptidão para satisfazer interesses ou necessidades humanas (ser humana é a medida e o critério do relevo jurídico das coisas). Inversamente não é necessário: a) que se trate de bens de natureza corpórea (a energia elétrica é uma coisa como são os objetos dos direitos de autor e da propriedade industrial); b) que se trate de bens permutáveis, isto é, com valor de troca; c) que se trate de bens efetivamente apropriados, ou de coisas abandonadas; basta, portanto, que sejam bens apropriáveis.». Vide Pinto, Monteiro, e Pinto, 342–43.

autónomo de relações de propriedade⁴⁰. Não decorre desta noção a impossibilidade prática de utilização do mesmo de forma isolada ou sequer a classificação como coisa é condicionada pela existência de situações de complementaridade absoluta com outro bem ou serviço. O que acabámos de referir não invalida que a falta de autonomia do objeto se mantenha durante toda a sua existência, sendo possível uma coisificação ao longo do período de existência do bem⁴¹.

Aqui chegados, podemos apontar os cinco elementos digitais que marcam a vida das transações económicas hodiernas. São eles: a comunicação digital, os métodos de pagamento digitais, a automação digital, o conteúdo digital e a distribuição digital. Estes últimos três elementos permitiram o surgimento de novas realidades económicas dando origem a modelos de negócio tributário-disruptivos⁴². Por seu turno, os elementos da comunicação e dos pagamentos digitais, apenas incrementaram as funcionalidades que esses elementos já detinham nas transações económicas tradicionais. Deste modo, encontramos elementos pertencentes à economia digital que não causam qualquer disrupção ao nível tributário, permitindo-nos afirmar que todos os elementos digitais pertencem à economia digital, mas nem todos os elementos digitais são tributário-disruptivos. No entanto, aqueles que o são, estão apenas presentes em modelos de negócio tributário-disruptivos uma vez que se interrelacionam e operam juntos⁴³.

Os canais de comunicação digitais não diferem substancialmente dos tradicionais, radicados nas telecomunicações como o telefone, cartas, radio, jornais ou televisão⁴⁴. Assumindo que os outros elementos da transação não são digitais, a utilização das tecnologias digitais para comunicar com os consumidores não cria problemas do ponto de vista fiscal: os bens corpóreos transacionados e o canal de distribuição permite um controlo efetivo e tributação por parte da administração fiscal. Ao invés, a utilização dos canais de comunicação digitais para atrair utilizadores e para influenciar escolhas gera alguns

⁴⁰ Orlando de Carvalho, *Direito das coisas: do direito das coisas em geral* (Coimbra: s.n., 1977), 180.

⁴¹ Novamente com Lavouras, «A aplicação dos impostos indiretos ao comércio internacional de serviços e bens incorpóreos», 238–39.

⁴² Em relação a este tópico, veja-se o que abordaremos adiante.

⁴³ «For example, digital content can only be delivered online through digital distribution, and supply of and access to digital content are mostly digitally automated. Moreover, digital distribution uses the internet as a delivery channel, which also operates as an element of digital communication.». Neste sentido, Lucas-Mas e Junquera-Varela, *Tax Theory Applied to the Digital Economy*, 17.

⁴⁴ Os Autores Lucas-Mas e Junquera-Varela, 18, definem-nos como «[n]etworking infrastructure used by the parties to an economic transaction to connect and communicate with each other.», oferecendo como exemplo o e-mail.

distúrbios fiscais, na medida em que as tecnologias digitais funcionam como um canal digital de publicidade *online* personalizado (através dos dados recolhidos), deixando de ser apenas um canal digital para comunicar com consumidores. Em conclusão, se os canais digitais forem utilizados meramente como forma de comunicação, então não pode ser considerado um elemento digital tributário-disruptivo⁴⁵.

A utilização de métodos de pagamento digitais não levanta, igualmente, problemas de maior ao nível fiscal, já que, métodos semelhantes têm vindo a ser utilizados nas transações tradicionais. Aliás, este tipo de pagamentos assume a virtude de providenciar às administrações fiscais mecanismos mais apurados de controlo⁴⁶.

Relativamente à automação digital dos processos industriais⁴⁷, traduzida na extinção ou redução ao mínimo da intervenção humana nestes, uma vez que o processo é automatizado e controlado pelos próprios consumidores que fornecem dados e customizam o conteúdo, permitiu reduzir os custos na contratação de mão-de-obra e remover a presença física num território. Como os processos são digitalmente automatizados, as empresas não carecem de intervenção humana, excluindo-se também a necessidade de todas as premissas de outrora para uma presença económica noutra Estado, como toda a infraestrutura envolvida ou agentes dependentes⁴⁸.

Ora, os bens incorpóreos da economia digital, não obstante poderem ter custos elevados de produção, têm, por força da automação, um custo marginal de reprodução e distribuição praticamente nulos⁴⁹. Senão vejamos:

Considere-se uma nova música de *John Mayer*. Os recursos para produzir a música podem ser significativos (v.g. o tempo e esforço do artista, tempo no estúdio, músicos contratados, produtores, engenheiros de som, etc.). Porém, assim que a música está criada e

⁴⁵ Lucas-Mas e Junquera-Varela, 19.

⁴⁶ São exemplos os métodos de transferência bancária eletrónicos, como os cartões de crédito ou débito, pagamentos de serviços e compras online. O principal problema gerado pelas transações online relaciona-se com o facto de os compradores terem uma certa relutância em fornecer dados sobre cartões de crédito para comprar produtos, na maior parte das vezes, a desconhecidos, precisamente nas relações C2C. Assim, surgiu a oportunidade para se criarem serviços de pagamento online, cujo expoente é o Paypal, oferecendo uma forma de pagamento segura, conveniente e económica. A rede PayPal, por exemplo, baseia-se na infraestrutura financeira de contas bancárias e cartões de crédito existente para criar uma solução global de pagamento em tempo real. Cfr. igualmente Lucas-Mas e Junquera-Varela, 18.

⁴⁷ Motores de busca, mineração de dados, *streaming* de multimédia, *booking online*, plataformas de comparação de preços, *ticketing*, etc.

⁴⁸ Lucas-Mas e Junquera-Varela, *Tax Theory Applied to the Digital Economy*, 31.

⁴⁹ Carl Shapiro et al., *Information Rules: A Strategic Guide to the Network Economy* (Harvard Business Press, 1998), 3 e ss.; Arthur J. Cockfield, «Tax Wars: How to End the Conflict over Taxing Global Digital Commerce», *Berkeley Business Law Journal* 17, n.º 2 (2020): 352.

digitalizada pode ser copiada, transferida e vendida virtualmente sem qualquer custo. Estes bens incorpóreos são, pois, irrivais/não rivais no uso, ou seja, a aquisição de uma música numa plataforma digital – e sua utilização – por várias pessoas não faz a utilidade que cada um retira seja prejudicada pelo consumo de outra. A isto se chama irivalidade absoluta⁵⁰.

Neste momento, falta apurar a distinção, coevamente renovada, entre bens (imateriais) e serviços que o conteúdo, automação e a distribuição digital fizeram novamente emergir.

Os conteúdos digitais⁵¹ e a distribuição digital⁵² são analisados em conjunto, porquanto são interdependentes: só os conteúdos digitais podem ser distribuídos digitalmente e alguns conteúdos digitais só podem ser distribuídos digitalmente. Ambos elementos transformaram drasticamente o fornecimento de bens e serviços. De facto, não só todo o conteúdo como toda a distribuição ocorre no mundo virtual, através das transferências de dados, permitindo aos utilizadores que os armazenem permanentemente, ou que os mesmos sejam transmitidos (por recurso à tecnologia de *streaming*), desta feita, quebrando as barreiras físicas do comércio internacional⁵³⁻⁵⁴.

⁵⁰ A irivalidade pode ser absoluta ou relativa. Sobre esta distinção aplicada aos bens públicos veja-se, Maria Matilde Lavouras e Teresa Almeida, «Bens públicos globais: a problemática da sua definição e financiamento», Boletim de Ciências Económicas LII (2009): 153–54; Richard Abel Musgrave e Peggy B. Musgrave, *Public Finance in Theory and Practice*, 5.^a edição, McGraw-Hill International Editions. Finance Series (Nova Iorque: McGraw-Hill Book Company, 1989), 43. Os Autores referem que os bens não rivais são bens em que, exemplificando com a defesa nacional e medidas que previnem a poluição, «*A's partaking of the consumption benefits does not reduce derived by all others. The same benefits are available to all and without mutual interference. [...] Since A's partaking in the consumption benefits does not hurt B. [...]*».

⁵¹ Definido como qualquer conteúdo que exista sobre a forma de *digital data* ou *digital object*; Constituem exemplos os E-books, software, nomes de domínio, aplicações para telemóvel, redes sociais, áudio digital, imagens digitais, *websites*, *World Wide Web* (www), *streaming* digital de vídeo, *website hosting*, *webpages*, cibersegurança, *website positioning*, armazenamento de dados em nuvem, motores de busca, jogos online, aplicações baseadas em nuvem, dados digitais e *databases*, plataformas digitais. Com efeito, «*the online distribution channel allows the delivery of digital content without the need for physical infrastructure (transportation, physical stores, delivery providers, logistics contractors, postal mail services), which renders untraceable by means of traditional monitoring the delivery of digital content to online customers in market jurisdictions*», neste sentido, vd. Lucas-Mas e Junquera-Varela, *Tax Theory Applied to the Digital Economy*, 31.

⁵² Distribuição que ocorra mediante um canal de distribuição *online*, evitando os métodos de distribuição física. O comércio eletrónico de bens incorpóreos, apostas online, jogos online e em nuvem, redes P2P de partilha de ficheiros, publicidade *online*, *streaming* de multimédia *online*, *downloads* de software e jogos de vídeo, *e-learning*, etc.

⁵³ Lucas-Mas e Junquera-Varela, *Tax Theory Applied to the Digital Economy*, 20 e ss.

⁵⁴ As alterações e os avanços tecnológicos alteraram não as razões por detrás das trocas comerciais, mas apenas a forma como as mesmas são realizadas. Continua a fazer sentido que a teoria base para justificar as trocas comerciais é a da vantagem comparativa e que a assimetria de informação e as barreiras internas e externas continuam a constituir um entrave ao comércio. Seguimos de perto a nossa querida Professora, Lavouras, «A aplicação dos impostos indiretos ao comércio internacional de serviços e bens incorpóreos», 243, nota 21.

Com efeito, diversas decisões judiciais suscitaram esta questão, devido à classificação a dar a bens transacionados por via eletrónica e consumidos/utilizados *online*, como os jogos eletrónicos ou os livros. Em alguns casos são classificados como bens incorpóreos por se considerar que o que releva são os direitos autorais e que o que se transmite é o direito de uso destes direitos, noutras casos, a classificação utilizada é a de serviços. A OCDE sugere que o tratamento a dar aos bens incorpóreos comercializados por via eletrónica deve ser a mesma que é dada aos serviços. JYNIAN LI entende que a desmaterialização fez expandir o âmbito dos serviços, na medida em que podem ser prestados digitalmente porquanto, entende a Autora, os bens podem ser transformados em serviços e bem assim, entregues *online*.

No entanto, há vozes dissonantes que se levantam face a esta perspetiva, mormente devido à discussão em torno da classificação como bem ou como serviço do *software* para computadores. Se, por um lado, temos autores que entendem que o *software* deveria ser considerado parte integrante do computador e, por essa razão, abrangido pela licença e termos de utilização do *hardware* – posição firmada em decisões judiciais prévias à convenção de Otava, cujo fundamento reside na falta de autonomia do objeto contratual ou, se quisermos, numa autonomia parcial do objeto, na medida em que só era possível granjear benefícios da utilização se, porventura, existisse um outro bem associado, isto é, só perante bens de complementaridade necessária é que a imaterialidade do bem *software* ficaria diluída e absorvida pela materialidade do bem que permitia a sua utilização⁵⁵. Por outro lado, autores há, como JYNIAN LI entendem que o *software* deixou de ser bem para constituir um serviço, uma vez que o *software* por não carece de um disco físico como outrora e que nos dias que correm pode ser adquirido e descarregado diretamente de um *website*, cuja empresa produtora providencia um serviço que se manifesta na concessão do acesso pela *internet* ao conteúdo desse *website* ou providencia o acesso a um código executável (ficheiro *exe*.)⁵⁶.

⁵⁵ Para maiores desenvolvimentos sobre a jurisprudência mencionada Alastair McKenzie, GST: A Practical Guide (Edition 9) (CCH New Zealand Limited, 2013); Lavouras, «A aplicação dos impostos indiretos ao comércio internacional de serviços e bens incorpóreos», 241–42, nota 20.

⁵⁶ Neste sentido veja-se Li, «Protecting the Tax Base in a Digital Economy», 496. Para maiores desenvolvimentos, com uma análise extensiva das querelas judiciais vide Lavouras, «A aplicação dos impostos indiretos ao comércio internacional de serviços e bens incorpóreos», 241–42 nota 20. Entendendo igualmente a dificuldade em classificar bens e serviços por força dos novos modelos de negócio da economia digital, vide Georg Kofler e Julia Sinnig, «Equalization Taxes and the EU’s “Digital Services Tax”», em Tax and the digital economy: challenges and proposals for reform, ed. Werner C. Haslehner, Andrés Báez Moreno, e Eric Robert, Series on international taxation 69 (Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2019), 101–2.

De modo bastante controvertido e atual, surge a questão relativa aos livros em formato digital⁵⁷. Para uns são de classificar como bens incorpóreos, cujo tratamento fiscal deve ser igual ao do livro físico, outros, por seu turno, entendem que devem ser considerados como serviços. A diferença de posições radica, maioritariamente, na divergência de compreensão quer da forma de apresentação e difusão do conteúdo do *e-book* quer na forma de utilização⁵⁸. O livro, em nossa opinião⁵⁹, independentemente do seu suporte, sendo objeto autónomo de uma relação jurídica deve ser considerado coisa⁶⁰ e equiparado, para efeitos fiscais, ao livro em suporte físico. Diferentes são as situações em que o acesso ao conteúdo do livro é feito através de plataformas digitais (bases de dados), nas quais o adquirente apenas usufrui do direito de acesso ao conteúdo dos livros que existem naquela plataforma, ficando privado de usufruir de todas as potencialidades que um livro em suporte físico ou mesmo em suporte digital pode oferecer⁶¹.

4. Modelos de negócio tributário-disruptivos, a relevância dos dados e dos utilizadores-consumidores

A digitalização permitiu deveras às empresas recolher e utilizar dados a um nível sem precedentes⁶². Prontamente disponíveis, as empresas, de modo oblíquo aos variados

⁵⁷ Para maiores desenvolvimentos e análise detida de jurisprudência nesta matéria, *vide* Thiago de Mattos Marques, «IVA sobre Livros Eletrônicos: Falha na Realização do Direito pelo TJUE» (Coimbra, 2019), 79 e ss.

⁵⁸ As limitações que esta tese implica obstam a que possamos analisar com profundidade estas decisões jurisprudenciais. Todavia, remetemos o interessado leitor para os Acórdãos do TJUE proferidos nos processos C-479/13, C-502/13 e C-390/15, em especial para as conclusões da Advogada-Geral Juliane Kokott, bem como a possibilidade dada aos Estados-membros e consagrarem na sua legislação interna uma equiparação, para efeitos de IVA, dos livros em formato digital aos livros em suporte de papel, e que resultaria da alteração da redação dada ao artigo 99.º, n.º 3 da Diretiva 2006/112/CE, do Conselho, de 28 de novembro (Diretiva IVA) pela Diretiva 2018/1713 do Conselho, de 6 de novembro. Em sentido jurisprudencial contrário ao TJUE veja-se o Acórdão do Supremo Tribunal Federal Brasileiro RE 330817 RJ, de 8 de março de 2017.

⁵⁹ Acompanhando Lavouras, «A aplicação dos impostos indiretos ao comércio internacional de serviços e bens incorpóreos», 242.

⁶⁰ Evidentemente em sentido jurídico...

⁶¹ No mesmo sentido, a aquisição de faixas, como acontece com o *Itunes*, é diferente de um serviço de *streaming* como o do *Spotify*, no qual apenas se acede ao conteúdo disponível na plataforma. O mesmo sucede na *Neflix* que, ao contrário do seu serviço originário – venda e aluguer de *DVD's* – transformou o seu modelo de negócio para um serviço de *streaming*. A lista de exemplos de plataformas digitais com este modelo de negócio é tão extensa que é inútil estarmos a numerar todas elas...

⁶² Não obstante o que acabámos de referir, têm surgido comparações no sentido de que os dados contêm valor semelhante a recursos naturais valiosos como o petróleo. Refutando esta comparação, veja-se mais detidamente Marcel Olbert e Christoph Spengel, «Taxation in the Digital Economy – Recent Policy Developments and the Question of Value Creation», SSRN Scholarly Paper (Rochester, NY, 2019), 18 e ss.. *Vide* igualmente neste sentido um interessante artigo pelo [The Economist](#), «[The world's most valuable resource is no longer oil, but data](#)», *The Economist*, 2017.

setores, dirigiram as suas atenções à exploração e utilização de dados na tentativa de se tornarem mais competitivas, por exemplo, através da segmentação de clientes tendo em vista oferecer produtos e serviços *taylor-made* ou para melhorar a generalidade dos seus produtos e serviços⁶³. Com efeito, a importância dos dados é crescente, justificando-se, entre outros motivos, pelo papel que os utilizadores-consumidores assumem⁶⁴.

Todavia, as opiniões concernentes ao que exatamente constitui o valor dos dados e como deverão ser tratados para efeitos de tributação de rendimento são um tanto divergentes, porquanto certos autores entendem que o rendimento retirado dos dados é apenas uma parte do “*puzzle*”⁶⁵. Sem olvidar a doutrina que se faz ouvir sobre esta matéria, procuraremos abordar a querela detalhadamente num ponto posterior.

5. Modelos de negócio tributário-disruptivos

O advento da economia digital não só transformou os modelos de negócio tradicionais, como também permitiu que novos modelos de negócio digitais surgissem, independentemente da forma que assumem, colocando desafios ao Direito Fiscal Internacional, como iremos analisar concreta e detidamente ao longo do segundo capítulo.

Como *supra* analisado, se é verdade que há elementos digitais que não conduzem a qualquer modelo de negócio tributário-disruptivo, também é verdade que outros o fazem. Os modelos de negócio que não causam qualquer disrupção, mais não são do que aqueles modelos que, recorrendo a elementos digitais, somente incrementam as funcionalidades que já detinham nas transações económicas tradicionais.

Por seu turno, aquilo que apelidamos de modelos de negócio tributário-disruptivos, podem, em bom rigor, assumir múltiplos moldes que, a efemeridade pela qual a economia

⁶³ Sylvia de Jong, Willem Neuvel, e Ágata Uceda, «Dealing with Data in a Digital Economy», *International Transfer Pricing Journal, Journal Articles & Opinion Pieces IBFD*, 25, n.º 2 (2018): 58.

⁶⁴ Os comportamentos dos utilizadores (v.g. visitas em páginas da web, as compras online, pesquisas nos motores de busca, *reviews*/avaliações de produtos, entre tantos outros) contribuem para recolher dados e, por conseguinte, revelar preferências, bem como fornecer informações sobre o utilizador gerando valor no sentido de constituírem um importante input, tanto para melhorar os produtos e serviços existentes, como para providenciar esses produtos e serviços a outros grupos de consumidores, constituindo-se um corolário dos efeitos de rede (*network effects*). Vide High Level Expert Group on Taxation of the Digital Economy, «Report of the Commission Expert Group on Taxation of the Digital Economy», 2014, pp. 11-13; OECD, *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 - 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project (OECD, 2015), pp. 64 ss. para esta e outras características da economia digital.

⁶⁵ «[T]he question about “how data is monetized” in the digital economy is only part of the puzzle». Neste sentido, Jong, Neuvel, e Uceda, «Dealing with Data in a Digital Economy», 58; Olbert e Spengel, «International Taxation in the Digital Economy: Challenge Accepted?», 9.

digital se pauta, nos impede de fazer qualificações absolutamente seguras quanto ao que constitui um modelo de negócio tributário-disruptivo⁶⁶.

Todavia, acompanhando LUCAS-MAS e JUNQUERA-VARELA, os modelos de negócio tributário-disruptivos, nas suas mais banais formas, assumem um de dois modelos: «*the online distribution of automated digital content (online sales, online subscription plans, online license agreements) or the granting of online access to automated digital content or multisided digital platforms that connect online users, in all cases in exchange for financial compensation (final price, subscription fee, user license fee, perpetual license fee)*»⁶⁷.

Muito embora os modelos de negócio mencionados evidenciem uma multiplicidade de funcionalidades derivadas da tecnologia digital permanecem, ainda assim, dentro de um esquema tradicional que se traduz numa relação jurídica composta por um vendedor de um bem ou um prestador de um serviço e um comprador, profissional ou consumidor final. Para comprovar o que acabámos de referir, basta pensar nas gigantes tecnológicas. A *Amazon*, para dar um exemplo, apenas vende produtos pela *Internet*, corpóreos ou incorpóreos, sem necessidade de se estabelecer no país da procura, sobretudo quanto àqueles últimos bens digitais, porquanto estão disponíveis no imediato. Aliás, no que concerne aos bens corpóreos

⁶⁶ No entanto, a OCDE faz uma análise extensa e detalhada dos modelos de negócio, mas cuja lista não é taxativa – nem pode sê-lo, sob pena de ficar desatualizada num espaço curto de tempo, devido ao aparecimento fulgurante de novos modelos de negócio, apontando os seguintes: o comércio eletrónico, app stores, publicidade online/ marketing digital, *cloud computing*, *high frequency trading*, *participative networked platforms*. Vide, OECD, Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 - 2015 Final Report, 51 e ss. Aliás, Lavouras, «A aplicação dos impostos indiretos ao comércio internacional de serviços e bens incorpóreos», 244, aponta 4 modelos, a saber: modelo retalhista em linha [trata-se de plataformas digitais que agregam oferta de bens – corpóreos ou incorpóreos – e/ou serviços, servindo de interface entre ofertantes e compradores. Os vendedores para que possam colocar os seus produtos à venda nestas plataformas têm que suportar o pagamento de uma taxa de colocação fixa ou variável e que tanto pode ser devida pela simples colocação como pode ser dependente da efetivação de transações. Podem ser bens de uma só empresa – venda direta pela empresa – ou bens de vários ofertantes. São exemplos, a *Amazon*, *Alibaba*, *Ebay*...]; modelos de comunicação social [nestes modelos, o serviço prestado pela entidade está relacionado com a publicidade a bens e serviços, ficando as entidades que a eles recorrem obrigadas ao pagamento de uma determinada quantia em dinheiro, como sucede nas plataformas como o Facebook.]; modelo de plataforma colaborativa [no modelo de plataforma colaborativa, o serviço oferecido é apenas a agregação da informação, ou seja, as plataformas digitais limitam-se a estabelecer a ligação entre o comprador e o vendedor, mas não são proprietários dos bens e serviços que aparecem na plataforma. A prestação de serviço de oferta agregada fica sujeita ao pagamento de uma quantia (em regra fixa) sobre cada transação. É o que ocorre nos casos da *Airbnb* e do *Booking*, por exemplo.]; e o modelo de assinatura [as plataformas digitais disponibilizam conteúdos mediante a celebração de um contrato de fornecimento de bens incorpóreos e serviços de forma contínua. É o que sucede com a *Netflix* e o *Spotify*.].

⁶⁷ Lucas-Mas e Junquera-Varela, *Tax Theory Applied to the Digital Economy*, 20. Aliás, os Autores fazem depender a diversidade de modelos de negócio por conta de diversos fatores, tais como: «*the number of transactions and parties, the nature of the financial compensation, the type of digital content, the monetization strategy employed, the geographic scope of operations, the digital distribution technology used, and the assets and resources, functions, and risks assumed by different parties to the transactions.*»

o máximo que poderá ocorrer é, quando muito, sob pena de um serviço menos célere, a empresa deter armazéns nas imediações do mercado dos consumidores. A *Microsoft*, adicionando um outro exemplo apenas vende *software* a um dado comprador. *Ab initio*, vendia aos fabricantes de computadores que, por sua vez, vendiam em conjunto, *hardware* e *software*, para passar, mais tarde, a vender através de CD-ROMs em retalho. Hoje, vende os ficheiros *online* ou recorre à computação em nuvem, disponibilizando o *software* diretamente na *Internet*⁶⁸.

Por seu turno, hodiernamente, somos confrontados com relações tripartidas, nas quais, os utilizadores-consumidores contribuem igualmente para a produção gerando valor para determinado bem ou serviço e, bem assim, para o modelo de negócio subjacente⁶⁹. Pense-se no *Facebook* (e, em boa verdade, em qualquer outra rede social), que disponibiliza os seus serviços, designadamente a sua interface, gratuitamente aos utilizadores e estes, em troca, fornecem dados pessoais, informação esta que a entidade detentora da plataforma vai transmitir esses dados, a título oneroso, a entidades terceiras⁷⁰.

Ora, a grande diferença, quanto aquelas primeiras relações, reside no papel fundamental que os utilizadores-consumidores desempenham, mormente quando efetuam o

⁶⁸ Wolfgang Schön, «Ten Questions about Why and How to Tax the Digitalized Economy», Max Planck Institute for Tax Law and Public Finance Working Paper 11 (2017): 281–82.

⁶⁹ Com efeito, a importância dos dados é crescente, justificando-se como supramencionado, entre outros motivos, pelo papel que os utilizadores assumem. Comportamentos como visitas em páginas da web, as compras online, pesquisas nos motores de busca, *reviews*/avaliações de produtos, entre tantos outros, contribuem para recolher dados e, por conseguinte, revelar preferências, bem como fornecer informações sobre o utilizador gerando valor no sentido de constituírem um importante input, tanto para melhorar os produtos e serviços existentes, como para providenciar esses produtos e serviços a outros grupos de consumidores, constituindo-se um importante corolário dos efeitos de rede (*network effects*). Neste sentido, vd. High Level Expert Group on Taxation of the Digital Economy, «Report of the Commission Expert Group on Taxation of the Digital Economy», 2014, pp. 11-13; OECD, Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 - 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project (OECD, 2015), pp. 64 ss. para esta e outras características da economia digital.

⁷⁰ Acompanhando SCHÖN, «[f]rom the tax perspective, this leads to a profit derived by the digital service provider, while their counterparties paying for advertising slots will deduct the service fees as business expense. A special case concerns intermediary service providers which either organize marketplaces or which broker contracts between third parties. A prominent example is Expedia, Inc., parent company of Booking.com and other digital travel agencies, which have a strong position in the market for hotel reservations and similar services. They do not get paid by the private customers, but they get a fee from the hotel operators. Regularly, they offer their services from out-of-state locations, e.g. the European market of Booking.com is run from the Netherlands (and they explicitly state on their website that they do not maintain any establishment outside their main seat in Amsterdam). This means that local hotel owners will deduct this fee as a business expense in their jurisdiction, while the profit of the service provider is taxable only in the Netherlands». Cfr. Schön, «Ten Questions about Why and How to Tax the Digitalized Economy», 282.

pagamento do bem ou serviços através do fornecimento de dados, nomeadamente de dados pessoais⁷¹, o que nos leva e conduz ao próximo ponto.

5.1 *Every breath you take and every move you make [...], I'll be watching you: a relevância dos dados e o papel dos utilizadores-consumidores na economia digital*

Iniciamos este ponto com uma provocação musical, posto que a recolha e utilização dos dados na economia digital é análoga ao “*big brother*” de que nos fala *Sting* e os *Police*:

«Every breath you take and every move you make, every bond you break, every step you take, I'll be watching you...».

Efetivamente, da recolha, utilização e tratamento de dados pessoais decorre o denominador comum de todos os modelos de negócio tributário-disruptivos mencionados *supra*.

Na verdade, um dos aspetos que mais caracteriza a economia digital são os dados e a sua utilização empresarial. Os dados tornaram-se num importantíssimo *input* para as empresas fazendo, por exemplo, apurar o algoritmo⁷². Embora a substancial acumulação de dados se deva a operações que ocorrem no seio empresarial, v.g. os dados utilizados para gerir as “fábricas do futuro” ou a logística da cadeia de fornecimento, a grande maioria dos dados provêm de padrões, hábitos e preferências dos utilizadores-consumidores⁷³.

Estes dados, como suprarreferimos, em teoria deverão, senão oferecer uma solução para um problema no bem ou serviço prestado, pelo menos contribuir para benefícios adicionais aos utilizadores. O certo é que os utilizadores-consumidores tendem a influenciar as estratégias de monetização das empresas⁷⁴. Mas que estratégias são essas, perguntará o leitor.

⁷¹ De igual modo, Lucas-Mas e Junquera-Varela, *Tax Theory Applied to the Digital Economy*, 20; Schön, «Ten Questions about Why and How to Tax the Digitalized Economy», 282.

⁷² Sobre a possibilidade de considerarmos o algoritmo um bem público global, vide Matilde Lavouras, «The Master Algorithm: A Global Public Good?», *Boletim de Ciências Económicas* 62-62A (2019): 47–76.

⁷³ Carol Corrado et al., «[The value of data in digital-based business models: Measurement and economic policy implications](#)», *OECD Economics Department Working Papers*, 2022, 6.

⁷⁴ Lucas-Mas e Junquera-Varela, *Tax Theory Applied to the Digital Economy*, 20. Desenvolveremos este tema da monetização aplicada aos dados adiante, já que estas decorrem especificamente do valor que é criado pelos utilizadores-consumidores.

Em traços largos, podemos enumerar as mais comuns, a saber: venda de dados demográficos dos utilizadores (raça, etnia, sexo, estrato social e económico, nível de educação, estatuto familiar, nível de rendimento, emprego ou ocupação); venda de dados comportamentais dos utilizadores (valores, personalidade, atitudes, opiniões, estilos de vida, interesses); venda de dados de atividade dos utilizadores (histórico do navegador, histórico de compras, atividade *online* recente); venda de publicidade direcionada ao utilizador (com base nos traços e preferências do mesmo); venda de conteúdos criados pelo utilizador (*blogs*, opiniões, bases de dados, ficheiros de média partilhada); apropriação de bens incorpóreos desenvolvidos pelo utilizador (conteúdo feito por fãs de videojogos, traduções coletivas, *server emulators*); venda do negócio digital (à saída) depois de o seu valor ter sido potenciado pelas contribuições dos utilizadores em troca de acesso gratuito a conteúdos digitais e plataformas digitais, é o que sucede geralmente no teste das versões *beta*⁷⁵.

Ora, vivemos verdadeiramente numa “*idade dos dados*”, permitindo-nos classificar esta informação digital como um ativo armazenável e irrisível na produção, na medida em que podem ser utilizados em qualquer outro modelo de negócio, porém excluíveis⁷⁶.

Seguindo o raciocínio que temos vindo a apresentar, os modelos de negócio tributário-disruptivos, quanto à sua ligação aos dados, assumem morfologicamente uma de duas tipologias: *data-enhanced businesses* e os *data-enabled businesses*.

Quanto aos primeiros, os dados providenciam informações relevantes que se consubstanciam em operações empresariais coordenadas e eficientes, designadamente quanto à gestão das cadeias de fornecimento facilitam os processos de tomada de decisão; e permitem a introdução ou melhoria de novos bens e/ou serviços⁷⁷.

Com efeito, os fluxos de dados tornaram-se um recurso indispensável a que as empresas globalmente conectadas recorrem, sejam elas grandes ou pequenas – mesmo utilizadores-consumidores – e teriam dificuldades em operar sem eles. Na economia digital de hoje, obstruir o movimento de dados seria imediatamente incapacitante para a grande maioria daqueles.

⁷⁵ Quanto ao que se disse, vide Lucas-Mas e Junquera-Varela, 22.

⁷⁶ Corrado et al., «The value of data in digital-based business models: Measurement and economic policy implications», 7.

⁷⁷ Neste sentido, vd. David Nguyen e Marta Paczos, «[Measuring the Economic Value of Data and Cross-Border Data Flows: A Business Perspective](#)», OECD Digital Economy Papers, 2020, 10.

As empresas da atualidade não raro recorrem, mediante o fluxo global de dados, a processos que fomentam as funções empresariais, tais como a comunicação M2M (v.g. sensores e *IoT*)⁷⁸; análise de *big data*; consolidação de operações de *back-office*; a automatização das cadeias de fornecimento; colaboração digital entre equipas (v.g. em I&D, vendas, aquisições); *cloud scalability*; utilização das TI para entregar bens e serviços⁷⁹. Isto mesmo demonstram alguns exemplos que a *Information Technology & Innovation Foundation* (ITIF) nos fornece⁸⁰.

Por tudo o que dissemos, conclui-se que a crescente digitalização não provoca alterações nem determina o núcleo destes modelos, isto é, os dados tão-só auxiliam na criação de um novo valor dentro de um modelo de negócio pré-estabelecido⁸¹.

⁷⁸ De modo crescente, os fabricantes de quase todo o tipo de máquinas, desde aviões até ao setor da saúde, aos próprios eletrodomésticos, estão a aproveitar a conectividade da *Internet* para otimizar a eficiência e a experiência do cliente. Esta *IoT* tem crescido a galope, cujos dados das máquinas têm contribuído para um aumento de 50 vezes no tráfego online entre 2010 e 2020. Com efeito, a conectividade entre dispositivos tem promovido uma explosão na produção de produtos inteligentes, o que, em boa verdade, tem trazido vantagens para os consumidores-utilizadores. Aliás, conforme nos diz Roberto Moro Visconti, Alberto Larocca, e Michele Marconi, «Big Data-Driven Value Chains and Digital Platforms: From Value Co-Creation to Monetization», SSRN Scholarly Paper (Rochester, NY, 18 de janeiro de 2017), 2; Xiaolong Jin et al., «Significance and Challenges of Big Data Research», *Big Data Research*, Visions on Big Data, 2, n.º 2 (1 de junho de 2015): 59–64 «[t]he explosive growth of data in almost every industry and business area is driven by the rapid development of the web, Internet of Things (IoT), and cloud computing.»

⁷⁹ Vide para uma análise detida do tema, Business Roundtable, «Putting Data to Work: Maximizing the Value of Information in an Interconnected World», 2015, 5–16; U.S. Commerce Department, «Measuring the Value of Cross-Border Data Flows», 2016.

⁸⁰ Daniel Castro e Alan McQuinn, «[Cross-Border Data Flows Enable Growth in All Industries](#)» (ITIF, 2015), 2–8. Os Autores demonstram exemplos de como algumas empresas, de setores variadíssimos, têm, a partir dos dados que recolhem, reduzido custos e tornado os seus processos mais eficientes: «1) Mining: Rio Tinto aggregates data from its laboratories, control systems, maintenance logs and surveillance cameras, located in different mining sites globally. It is reported that every day around 30GB of data are transferred between its global sites and a data processing centre in Brisbane, where the information is analysed; 2) Manufacturing: Volvo and Scania can aggregate real-time vehicle information such as location and diagnostics data to improve driver safety, environmental impact and supply chain management. Volvo aggregates data from all countries in a centre in Sweden. Similarly, Unilever is operating two global data centres with a total of 4 000 servers, which enables it to use global consumer analytics based on a very large dataset; 3) Oil & Gas: Royal Dutch Shell aggregates data from around 10,000 sensors placed in oil wells using three cloud-enabled global data centres. These sensors have been co-developed with HP and enable the company to find new resources based on high-resolution seismic data; 4) Aerospace: Boeing aeroplanes transmit information in-flight which is analysed in near real time to identify problems early on and enable maintenance crews on the ground to be prepared for when the plane arrives. This reduces turn-around times and delays. Reportedly, a single engine of a Boeing 737 produces 20 TB of data per in-flight hour (though it is not clear what proportion of this data is actually transmitted); 5) Healthcare: Hospitals increasingly send medical images to doctors located in other countries for the purpose of diagnosis. This can reduce waiting times for patients. For example, the National Health Service (NHS) in England outsourced the processing of MRI scans using the company Alliance Medical which has around 200 imaging sites across Europe. The Swedish company Hermes Medical Solutions offers cloud-based software applications to share medical images across 30 countries, though 95% of patient data are stored in Sweden».

⁸¹ Isto mesmo é realçado pela OCDE que se refere a estes modelos como “data-driven innovation (DDI)”. Vd. OECD, [Data-Driven Innovation: Big Data for Growth and Well-Being](#) (Paris: Organisation for Economic Co-operation and Development, 2015), 17. Estudos empíricos atestam de igual modo o afirmado.

No respeitante aos segundos, os *data-enabled businesses*, ou também denominados *data-native/data-driven business models*, traduzem-se em empresas que operam exclusivamente no mundo digital, nas quais os dados, bem como a análise dos mesmos, constituem o fundamento da sua atividade e sem os quais não existiriam nem gerariam lucros⁸². Aliás, muitas *start-ups* iniciam a sua atividade sem um modelo de receitas e rendimentos claramente definido depositando expectativas em futuros rendimentos procedentes dos dados e seu tratamento.

Para ambos, todavia, o valor que os dados acrescentam são, frequentemente, um subproduto, uma consequência, da análise e tratamento dos mesmos. Como salientámos anteriormente, as formas pelas quais as empresas monetizam os dados não raro dependem do modelo de negócio que especificamente adotam e, por este motivo, quando se discute o valor dos dados, é útil considerar a sua cadeia de valor ou o círculo de valor dos dados⁸³.

Neste sentido, importa analisar três dimensões destes modelos de negócio de dados (*data-driven business models*): i) a forma como criam valor; ii) como fornecem valor; iii) e como captam valor⁸⁴.

i. Criação de valor proveniente dos dados

As empresas que temos vindo a apresentar não diferem substancialmente das empresas tradicionais no que ao seu fim diz respeito, ou seja, como qualquer empresa visam o lucro⁸⁵. Porém, para o incrementar, as empresas carecem sempre de inovação e, nessa

Perante um universo de dezoito mil empresas, Erik Brynjolfsson e Kristina McElheran, «Data in Action: Data-Driven Decision Making in U.S. Manufacturing», Working Paper (U.S. Census Bureau, Center for Economic Studies, 2016), 2 e ss., sustentam que as empresas cujas decisões radicam em dados exibem maior produtividade e maior produção em termos de valor acrescentado. No mesmo sentido, e importância que os dados assumem nas decisões de curto e longo prazo, quanto aos setores automóvel, da energia e dos serviços financeiros, vide Ellen Hughes-Cromwick e Julia Coronado, «The Value of US Government Data to US Business Decisions», *Journal of Economic Perspectives* 33, n.º 1 (fevereiro de 2019): 131–46.

⁸² Nguyen e Paczos, «Measuring the Economic Value of Data and Cross-Border Data Flows», 10–11.

⁸³ *Cfr.* ambas imagens no anexo 3.

⁸⁴ David Gierten et al., «[Firms going digital: Tapping into the potential of data for innovation](#)», OECD Digital Economy Papers, 2021, 20.

⁸⁵ Jorge Manuel Coutinho de Abreu, *Curso de direito comercial*, 6.ª ed., Manuais universitários (Coimbra: Edições Almedina, 2020), 31 e ss.

No mesmo sentido, vd. Gierten et al., «Firms going digital: Tapping into the potential of data for innovation», 20 que nos indicam o seguinte: «*Value created by firms is mostly measured in monetary terms accruing to the firm via increased sales, revenue, profit, and market valuations. To increase any of these over time, firms need to innovate and some firms very successfully do so with data. Data-driven innovation allows firms to improve many aspects of their business. Besides applying to administrative functions, processes and operations, data-driven innovation has great potential to enhance products and digital products in particular.*»

medida, o recurso que hodiernamente mobilizam e, para o efeito nos interessa, além de tantos outros, são, naturalmente, os dados. Neste contexto, para aferir a forma como os dados podem criar valor para uma empresa recorre-se ao conceito de cadeia de valor concretamente aplicada aos dados⁸⁶ que, diga-se de passagem, tendencialmente, germina um círculo vicioso. Distinguimos quatro fases neste processo: 1) a recolha de dados; 2) a agregação ou estruturação de dados; 3) a análise de dados; 4) a monetização de dados. De salientar que, todos estes estádios se correlacionam, no que ao subjacente armazenamento, fluxo e computação de dados respeita, assumindo-se verdadeiramente sustentadores da recolha, agregação e estruturação, análise e monetização daqueles, dos quais as empresas podem beneficiar – e, efetivamente beneficiam –, de economias de escala, o que significa, a possibilidade de, especialmente, centralizar o armazenamento volumoso de todos os seus dados em poucos locais reduzindo a sua pegada física⁸⁷.

⁸⁶ A cadeia de valor é um conceito fundamental até mesmo nos modelos de negócio da dita economia tradicional, independentemente da quantidade de dados disponíveis e de efeitos de rede. Constitui a espinha dorsal para o planeamento e estratégia, indicando os objetivos de qualquer empresa. Veja-se Jeffrey F. Rayport e John Sviokla, «[Exploiting the Virtual Value Chain](#)», *Harvard Business Review*, 1 de novembro de 1995, que já em 1995 alertava para uma cadeia de valor virtual à semelhança da cadeia de valor empresarial tradicional; OECD, *Data-Driven Innovation*, 34; Roberto Moro Visconti, Alberto Larocca, e Michele Marconi, «[Big Data-Driven Value Chains and Digital Platforms: From Value Co-Creation to Monetization](#)», SSRN Scholarly Paper (Rochester, NY, 18 de janeiro de 2017), 3. Na verdade, como nos garante Corrado et al., «The value of data in digital-based business models: Measurement and economic policy implications», 8 «[m]uch work on big data (i.e., large stores of digitized information) focuses on business strategy and “the information value chain”».». Este conceito de cadeia de valor dos dados provém da literatura aplicada à gestão que a partir da cadeia de valor tradicional adicionam a monetização, ou a implementação de mercado como uma ferramenta na criação de valor dos dados. Neste sentido, Viktor Mayer-Schönberger e Kenneth Cukier, *Big Data: A Revolution that Will Transform how We Live, Work, and Think*, 2013; Corrado et al., «The value of data in digital-based business models: Measurement and economic policy implications», 10.. Os investigadores das tecnologias, por seu turno, caracterizam os dados de acordo com uma “pilha de dados”, descrevendo o processo de transformação dos dados em bruto para estruturas de dados utilizáveis e inteligência. Assim, *cfr.* Roca Ciara, «How to build a modern data stock from the ground up», 2021; Hal Varian, «Artificial Intelligence, Economics, and Industrial Organization», Working Paper, Working Paper Series (National Bureau of Economic Research, 2018).

⁸⁷ Fenómeno conhecido na língua anglo-saxónica por *scale without mass*. *Cfr.* Gierten et al., «Firms going digital: Tapping into the potential of data for innovation», 20; Nguyen e Paczos, «Measuring the Economic Value of Data and Cross-Border Data Flows», 12.

Na verdade, «[d]igital automation and the intangible nature of digital content have facilitated the handling of a growing amount of work or sales in a more cost-effective manner, with zero marginal investment cost, allowing digital businesses to reach scale without mass.

Em primeiro lugar, as empresas recolhem dados nas suas operações, mercados ou nos seus utilizadores⁸⁸. Nesta primeira fase, cabe-lhes recolher dados em bruto, podendo ocorrer num único lugar ou em vários lugares e/ou países em simultâneo⁸⁹.

Depois de agregados e estruturados, os dados são postos à análise. Acompanhando CORRADO et. al., a recolha de dados por si só não gera rendimento, havendo um verdadeiro *output* quando as empresas do setor investem na análise dos mesmos⁹⁰. Assim sendo, funcionários qualificados como analistas de dados, ou tão-somente IA, extraem informações relevantes e oferecem-lhe um contexto. No fundo, os dados são submetidos ao mesmo processo da parábola “*do trigo e do joio*”⁹¹. Uma vez terminada a análise, a empresa enriquece a sua base de informação que pode utilizar na criação de processos ou produtos inovadores⁹².

Finalmente, a fase da monetização gera dados adicionais que cumprem a função de alimentar a cadeia de valor, contribuindo para a construção e manutenção de um verdadeiro círculo de valor de dados global⁹³.

⁸⁸ Por exemplo, um bem ou serviço digital pode primeiramente ser lançado através de uma versão *beta* e testada apenas pelos principais utilizadores-consumidores, permitindo que, deste modo, a empresa recolha dados quanto à utilização do produto, melhorá-lo e finalmente disponibilizá-lo para todo o mercado. Uma vez estabelecido, é continuamente melhorado por recurso a atualizações e novas versões, neste caso sempre permitindo que a empresa recolha dados a uma escala de maior amplitude. Neste sentido, e quanto ao que se disse no texto, *vd.* Gierten et al., «Firms going digital: Tapping into the potential of data for innovation», 20.

⁸⁹ Assim, *vide* Corrado et al., «The value of data in digital-based business models: Measurement and economic policy implications», 8 e ss.; Nguyen e Paczos, «Measuring the Economic Value of Data and Cross-Border Data Flows», 13.

⁹⁰ Corrado et al., «The value of data in digital-based business models: Measurement and economic policy implications», 9. Com efeito, o que valoriza os dados não é a sua acumulação ou a velocidade a que são acumulados, mas antes as potencialidades geradas pelo armazenamento e da sua utilização/análise através do recurso a tecnologias de dados como ativos de longa duração.

⁹¹ Na parábola do Trigo e do Joio, Jesus disse aos seus servos para não arrancar o joio imediatamente (no nosso contexto, os dados em bruto), deixando ambos crescer até à época das colheitas. Nesta altura, deveriam colher o trigo e separá-lo do joio, queimando-o posteriormente. É o que aqui sucede, primeiro são recolhidos todos os dados existentes e só depois é feita a sua seleção.

⁹² «*For example, a process innovation can make operations cheaper and faster and a product innovation can attract more users, increasing sales and allowing the firm to grow its market share. Many of the world's most successful firms that operate data-driven business models have a digital product, for example an online platform, and collect data on its use and users. The larger the network of users the more data a firm can collect as input for continuous data-driven innovation. Connected hybrid goods, for example a connected car, can also enable data-collection via the good's digital components. Continuously collecting user-related data enables firms to keep learning about users' behaviours, desires or needs and process these insights for innovation and value creation.*». Neste sentido, Gierten et al., «Firms going digital: Tapping into the potential of data for innovation», 20.

⁹³ Nguyen e Paczos, «Measuring the Economic Value of Data and Cross-Border Data Flows», 13. E note-se, como já supra afirmámos, a cadeia de valor é global devido à recolha dos dados, não tanto quanto ao seu armazenamento.

Destarte, a criação de valor a partir dos dados envolve a aplicação de várias camadas de tecnologias de dados e sua correspondente monetização cria ativos que, por poderem ser transacionados, geram valor numa dada economia⁹⁴.

No que a esta última afirmação diz respeito, podemos elencar três formas de gerar valor: armazenamento de dados⁹⁵, bases de dados (*databases*)⁹⁶ e inteligência de dados (*data intelligence*)⁹⁷, correspondendo cada uma delas a um tipo de ativo.

Com efeito, aquilo que separa moderna aglomeração de dados dos sistemas tradicionais é o facto de os hodiernos sistemas estarem hospedados na nuvem, exigindo pouca configuração técnica pelos utilizadores. Conforme dizem certos Autores, «*the modern data stack lowers the technical barrier to entry for data integration [and] components of the modern data stack are built with analysts and business users in mind, meaning that users of all backgrounds can not only easily use these tools, but also administer them without in-depth technical knowledge*»⁹⁸.

Esta configuração da cadeia de valor, na qual é criado valor adicional à medida que o processo de transformação dos dados avançou tanto que já pode ser encontrado na fase de informações (*insights*) e soluções, aplica-se aos processos de investigação e desenvolvimento (I&D), como também ao desenvolvimento derivado de dados de novas plataformas e práticas das organizações. Desta perspetiva, o aumento do valor criado pela recolha, armazenamento, tratamento e utilização dos dados com recurso a tecnologias modernas consubstancia mesmo uma “inovação no método de inovar”.

O uso de dados promove mais rápidas e eficientes experiências em processos de I&D, de produção, pesquisa de *marketing*, estratégia de negócios e desenvolvimento de modelos de operações, implicando que a produtividade dessas atividades sofra um incremento, ou que o custo marginal diminua⁹⁹.

⁹⁴ De igual modo, veja-se Corrado et al., «The value of data in digital-based business models: Measurement and economic policy implications», 10.

⁹⁵ Os *Data Stores*, são registos em bruto que ainda não foram armazenados, não estão limpos, não foram formatados nem sujeitos a análise.

⁹⁶ *Databases* consite no processo de transformação dos dados em bruto, de registos que foram aprioristicamente limpos, formatados e estruturados de maneira que se encontram aptos para alguma forma de *data analytics*.

⁹⁷ *Data intelligence* reflete a integração dos dados nas ferramentas de análise (v.g., machine learning; algoritmos treinados); *data intelligence* constitui um conjunto de inputs que providenciam orientações e modos de agir para *decision-makers*.

⁹⁸ Charles Wang, «What Is the Modern Data Stack? | Blog | Fivetran», 2023.

⁹⁹ Quanto ao que se apresentou, *cf.* Corrado et al., «The value of data in digital-based business models: Measurement and economic policy implications», 10–11.

ii. Fornecimento de valor através dos dados

A existência de dados e a sua utilização permite que se estabeleça uma relação direta entre empresas e utilizadores-consumidores. Para além disso, contribui para que as aquelas personalizem e forneçam, sem quaisquer intermediários, bens ou serviços digitais personalizados a estes¹⁰⁰.

Ao invés da empresa do século XX, que produzia uma melhor versão de um produto e o vendia a uma massa anónima de consumidores com gostos e interesses relativamente homogéneos recorrendo, na maioria dos casos, a um ou a um conjunto de intermediários, as empresas de hoje criam produtos com base em evidências providenciadas exatamente pelos dados que os próprios utilizadores-consumidores fornecem.

Uma das situações mais representativas do quadro acabado de descrever é a publicidade *online*. Na verdade, a publicidade tradicional, difundida através de *outdoors* e de meios de comunicação tem como destinatários as massas ou, na melhor das hipóteses, grupos de consumidores diferenciados. Pelo contrário, a *publicidade online*, v.g. em *websites* ou aplicações de telemóvel, pode ser individualmente direcionada, com base nos comportamentos, necessidades ou desejos daqueles.

Nesta lógica, quanto mais digital é um produto, a sua aquisição ou utilização, melhor as empresas fornecem valor aos seus utilizadores-consumidores. Como já abordámos – e se reforça agora –, a desintermediação tem sido, deveras, a nota mais caracterizadora e constante desde os primeiros dias da transformação digital¹⁰¹.

Poder-se-ia até, erradamente, pensar que o conteúdo digital, como abordado em ponto prévio, seria o único a padecer desta desintermediação, porém bens corpóreos, como automóveis, não obstante mais resistentes ao comércio eletrónico, também estão a ser alvo deste fenómeno. Aliás, algumas empresas do ramo automóvel, não só vendem diretamente o produto ao seu cliente, como os têm transformado em bens verdadeiramente “híbridos”, por força da *IoT*, adicionando *updates* de *software*, cuja entrega se processa diretamente pela *Internet*¹⁰².

¹⁰⁰ Em relação a este assunto *vide* igualmente Moro Visconti, Larocca, e Marconi, «Big Data-Driven Value Chains and Digital Platforms», 2 e ss.

¹⁰¹ Karine Perset, «[The Economic and Social Role of Internet Intermediaries](#)» (Paris: OECD, 8 de abril de 2010), 9 e ss.

¹⁰² Quanto ao que se disse, *vide* Gierten et al., «Firms going digital: Tapping into the potential of data for innovation», 21–23.

iii. Captura de valor pelos dados

Para gerarem receitas as empresas terão que criar valor, o mesmo será dizer, que capturar valor.

As empresas tradicionais tendem a fazê-lo comercializando produtos, quer transferindo a propriedade sobre os bens produzidos, quer através de uma prestação de serviços. Como os produtos digitais fornecem, as mais das vezes serviços ao longo do tempo, as empresas têm vindo a adotar modelos de subscrição ou modelos *pay-as-you-use*, cujo denominador comum é o facto de permitirem uma contínua captação de valor.

Diversas plataformas, como sabemos, oferecem aos utilizadores uma de duas possibilidades: uma versão “*premium*”, sem anúncios e mediante o pagamento de uma contrapartida pecuniária e, uma versão gratuita, vulgo “*freemium*”. Porém, não obstante este nome, a gratuitidade é meramente ilusória, porquanto os utilizadores, apesar de não prestarem qualquer contrapartida pecuniária, estão sujeitos, mediante aceitação dos termos e condições das políticas de privacidade, a partilhar os seus dados pessoais¹⁰³. A inversa também é verdadeira, isto é, os utilizadores só não disponibilizam os seus dados a troco de

Adicionalmente, vejam-se os exemplos que nos fornecem e o que nos dizem Nguyen e Paczos, «Measuring the Economic Value of Data and Cross-Border Data Flows», 14: *«the business models that involve data collection coupled with advanced data analytics could eventually lead to the introduction of new data-based services. Here we are thinking of manufacturing firms that extend their product range as well “servitise” their business model – making a gradual transformation from a traditional goods manufacturer into a (data-driven) services provider. One example is the car manufacturer BMW that offers “CarData” – a set of individually tailored customer services based on car-generated telematics (BMW, s.d.). Similarly, John Deere, a manufacturer of agricultural machinery, uses IoT solutions to offer data-fuelled and AI-driven agritech platforms (John Deere, s.d.). It should be noted that these data-driven improvements often allow for collecting further data and, in turn, broaden the potential for even more new or improved products.*

¹⁰³ Neste sentido, Wendy C. Y. Li, Nirei Makoto, e Yamana Kazufumi, «Value of Data: There’s No Such Thing as a Free Lunch in the Digital Economy», *Discussion Papers*, Discussion papers, 2019, 2. Os modelos de negócio de comunicação *online* são particularmente profícuos em explorar os dados dos utilizadores, «*In particular, Facebook, Inc. and its subsidiaries WhatsApp and YouTube manage to exploit this situation: They offer social network services, internet communication and content-sharing mechanisms for “free”, collect data from their users and sell user-access to other firms for advertising purposes (including algorithms and data sets for the purpose of targeting potential customers according to their individual tastes and interests). Here we have a tri-polar situation: Facebook and its affiliates provide services to private people who “pay” by providing data and sometimes (YouTube) even receive a financial compensation for their content; Facebook and its affiliates offer advertising slots and algorithms to third-party businesses in exchange for cash payments. Major operators like Google, Inc. with its search robots and Twitter, Inc. with its communication devices use similar business models. From the tax perspective, this leads to a profit derived by the digital service provider, while their counterparties paying for advertising slots will deduct the service fees as business expense*», assim, vide Schön, «Ten Questions about Why and How to Tax the Digitalized Economy», 282.

nada, pelo contrário, fazem-no a troco do acesso ao conteúdo aos conteúdos digitais que as plataformas fornecem¹⁰⁴.

O *Spotify*, por exemplo, independentemente da versão pretendida, por força da sua interface, tem reorganizado o consumo musical à volta de comportamentos, sentimentos e “*moods*”, por recurso a *playlists* e mensagens motivacionais que se alteram ao longo do dia. A presente situação revela que a música, também ela, se tornou *data* e que, por conseguinte, se tornou em matéria-prima, cumprindo a função de revelar o estado de espírito de um utilizador¹⁰⁵.

5.1.2. A monetização dos dados e o caso em particular da Netflix

A monetização dos dados não é um fenómeno singular da economia digital¹⁰⁶. Efetivamente, o contributo dos utilizadores-consumidores para o processo de criação de valor não pode ser limitado às tecnologias digitais. Se atentarmos no exemplo dos ensaios clínicos realizados por uma farmacêutica que, em troca do acesso gratuito a fármacos em desenvolvimento a doentes portadores de determinada patologia, recebe em troca os dados médicos pessoais e a possibilidade de monitorização por um determinado período de tempo, mais ou menos longo, de múltiplos aspetos, bem como outras contraprestações que podem envolver, inclusivamente, a sua disponibilidade e seus corpos para testes, os dados daqui resultantes serão monetizados pela exploração de uma eventual patente ou personalização de produtos para grupos específicos de doentes¹⁰⁷.

¹⁰⁴ Lucas-Mas e Junquera-Varela, *Tax Theory Applied to the Digital Economy*, 22. É por isso que nesta era, mais do que nunca, se diz «*if you do not pay for a product, you are the product*». De igual modo sustentam Moro Visconti, Larocca, e Marconi, «Big Data-Driven Value Chains and Digital Platforms», 17 «*the sharing economy, based on the free exchange of users data, gives back to the users products that are clearly worthy to them: for example, connectivity with friends and family (social and emotional value, as well as inexpensive communication), the possibility to network for professional purposes, access to services that enable them to save time and money (e.g. car sharing), information exchange (e.g. to take more informed decisions on some product purchase).*»

¹⁰⁵ Um estudo elaborado por um psicólogo da Universidade de Stanford revelou que a indústria musical deveria abandonar a catalogação de músicas por géneros para passarem a explorar a ligação entre as escolhas musicais e os traços de personalidade. Quanto ao que se disse, vide Maria Eriksson et al., *Spotify Teardown: Inside the Black Box of Streaming Music* (MIT Press, 2019), 6.

¹⁰⁶ I. Grinberg, ‘User Participation in Value Creation’, *British Tax Review*, (2018), 416. Como de resto decorre deste Autor e de PISTONE et. al. «*As some of the above properties are not exclusive to digital platforms, the authors thus concur that it does not seem intellectually defensible to suggest that users only meaningfully contribute to value creation in the context of certain digital platforms or to think that the boundaries of the idea are clear enough to allow for anything approaching reasonable implementation*».

¹⁰⁷ Veja-se este e outros exemplos em I. Grinberg, ‘User Participation in Value Creation’, *British Tax Review*, (2018), 407.

Apesar de não se tratar de um fenómeno novo, a verdade é que as empresas com elevada componente digital aumentaram a recolha, tratamento e monetização de dados, deslocando estas atividades para um patamar superior. A monetização da *big data* ocorre justamente quando:

«data monetization is when the intangible value of data is converted into real value, usually by selling it. Data may also be monetized by converting it into other tangible benefits or by avoiding costs. Three current IT trends are enabling businesses to achieve the previously elusive goal of data monetization: big data, business intelligence and analytics, and cloud computing. Potential buyers of an organization's data include a direct supplier, an upstream supply chain partner, a data aggregator, an analytics service provider, or even a competitor»¹⁰⁸.

Daqui decorre que a monetização de dados requer a utilização de meios técnicos avançados ao nível do *hardware*, *software* e de redes por forma a permitir a recolha, o armazenamento ou até mesmo a recuperação de dados. Para além disso é ainda necessário possuir elevadas capacidades analíticas e conhecimentos adequados à exploração dos dados¹⁰⁹.

Como já referimos anteriormente, os utilizadores assumem um papel preponderante neste processo uma vez que, ao partilharem os seus dados pessoais, contribuem para incrementar o volume, velocidade, variedade e confiabilidade dos dados, enriquecendo a cadeia de valor e possibilitando a produção de melhores produtos, como de resto demonstra o círculo de criação de valor a partir dos dados. Esta utilização de dados apoia as empresas nas suas diversas operações internas, tomadas de decisões e gestão de risco. Por este motivo, os dados constituem um ativo que as empresas exploram e rentabilizam, quer de forma autónoma, quer através do seu contributo para a inovação nomeadamente através da criação de novos produtos e serviços¹¹⁰.

¹⁰⁸ Mohammad S. Najjar e William J. Kettinger, «Data Monetization: Lessons from a Retailer's Journey», *MIS Quarterly Executive* 12, n.º 4 (2013): 213–14.

¹⁰⁹ *Ibidem*.

¹¹⁰ Moro Visconti, Larocca, e Marconi, «Big Data-Driven Value Chains and Digital Platforms», 17.

Tendo em consideração a análise exposta supra e as três dimensões daqueles outros modelos de negócio que derivam dos dados, vemos agora o caso de uma plataforma bastante conhecida e a forma como concretiza o que apresentámos¹¹¹.

i. Netflix

Nas últimas duas décadas, a Netflix evoluiu de uma simples retalhista, ou seja, o seu objeto consistia na venda e aluguer de *DVD's* através do seu sítio na *Internet*, para uma empresa que apresenta uma inovação contínua de produtos digitais, cujo crescimento se deve a um modelo de negócio centrado na utilização de dados pessoais.

Em 1999, iniciou o seu modelo de assinatura mensal, no qual disponibilizava ilimitadamente *DVD's* mediante uma contrapartida pecuniária, permitindo-lhe alcançar, em 2006, uma base de subscritores que ascendia aos 5 milhões. A partir de 2007, a Netflix introduziu o seu serviço de *streaming* de programas de televisão e filmes, tendo feito despoletar o seu número de subscritores de 5 milhões para 25 milhões em 2012. Em 2020, a Netflix contava com mais de 167 milhões de assinaturas pagas em mais de 190 países.

Tornando-se num serviço verdadeiramente universal, a Netflix diversificou o seu portfólio. Primeiro, firmou parcerias com grandes empresas de tecnologia que incluíam o seu serviço nos seus múltiplos produtos, incluindo televisões, computadores, *tablets* e *smartphones*. Depois, a Netflix entrou na produção e distribuição de conteúdo digital criando conteúdos exclusivos para os seus assinantes.

Quanto à criação de valor, a Netflix, desde o ano 2000 que se voltou para um modelo de negócio radicado na recolha e utilização de dados dos seus utilizadores-consumidores, ao introduzir recomendações baseadas em classificações dos seus membros.

No que toca ao fornecimento de valor, a Netflix, devido à aposta no modelo de negócio sustentado pela recolha, análise e utilização de dados, ao introduzir recomendações personalizadas e de fornecer valor diretamente ao utilizador-consumidor mediante a tecnologia de *streaming*, deixou de se assumir um mero intermediário digital para passar a fornecer um valor *taylor-made*.

No concernente à captura de valor, desde a sua entrada no mercado que a Netflix assentou num modelo de negócio de assinatura, o que contribuiu para aumentar a sua base

¹¹¹ Vide outros casos relativamente à monetização de forma densificada em Li, Makoto, e Kazufumi, «Value of Data», 5 e ss.

de utilizadores-consumidores e para a recolha dos seus dados e, independentemente do custo de produção e distribuição do conteúdo, contribuiu para a possibilidade de estabelecer um preço para as suas assinaturas de forma flexível em função da disponibilidade para pagar dos utilizadores de cada país¹¹².

¹¹² Netflix, «About Netflix», About Netflix, 2023; Gierten et al., «Firms going digital: Tapping into the potential of data for innovation», 22.

CAPÍTULO II – OS DESAFIOS QUE A ECONOMIA DIGITAL LEVANTA EM SEDE DE TRIBUTAÇÃO DO RENDIMENTO DAS EMPRESAS

1. Contextualização do problema: desafios que a economia digital levanta em sede de tributação do rendimento das empresas na generalidade

A economia digital torna frágil, o já de si frágil, sistema fiscal. Na verdade, é bastante evidente que o sistema fiscal internacional cujos princípios basilares remontam aos primórdios do século XX¹¹³, possam ser hodiernamente, no fulgor do século XXI, desajustados¹¹⁴.

No que toca à tributação do rendimento, a economia digital veio complexificar ainda mais a regulação da vida económica, uma vez que os conceitos e regras do Direito Fiscal Internacional clássico e das CDTs tal qual tinham sido pensadas, se mostraram ineficazes, algumas vezes até obsoletas, por se manterem inalterados, não obstante a sua utilização e aplicação num contexto radicalmente distinto daquele para o qual foram pensadas¹¹⁵.

¹¹³ Com efeito, contribuíram para a sua produção os diversos estudos prévios, em matéria de tributação internacional, promovidos pela Sociedade das Nações (“SDN”), designadamente, pela importância que assumem, o relatório do denominado “Comité dos Quatro Economistas” – Gijsbert Bruins (Países Baixos), Luigi Einaudi (Itália), Edwin Seligman (EUA) e Josiah Stamp (Grã-Bretanha) – de 1923, assim como os relatórios do Comité de Peritos Fiscais que integrava peritos de administrações fiscais de vários países, datado de 1925. Vd. Rui Duarte Morais, *Imputação de Lucros de Sociedades Não Residentes Sujeitas a um Regime Fiscal Privilegiado: Controlled Foreign Companies*, o art.º 60.º do C.I.R.C., Teses (Porto: Publicações Universidade Católica, 2005), 109; Paula Rosado Pereira, *Convenções Sobre Dupla Tributação no Atual Direito Fiscal Internacional*, 1.ª edição (Coimbra: Almedina, 2021), 24 e 25; Klaus Vogel, ed., *Klaus Vogel on double taxation conventions: a commentary to the OECD-, UN- and US model conventions for the avoidance of double taxation on income and capital with particular reference to German treaty practice*, 3rd ed (London: Kluwer Law International, 1997), 16 e ss.

¹¹⁴ No mesmo sentido, vd. José Casalta Nabais e Maria Matilde Lavouras, «Reforma do Sistema Fiscal», *Uma Reforma Fiscal para o Século XXI Conselho Estratégico Nacional do PSD* (2021), 28. Os Autores entendem que «[a]s alterações profundas, trazidas pelo advento do século XXI, com expressão eloquente na globalização e digitalização económicas e na metropolização populacional, põem à prova, se é que não subverteram, o modelo económico industrial ou convencional dos séculos XIX e XX e, por conseguinte, o sistema fiscal inerente a esse modelo económico.» Veja-se que a Comissão Europeia também reconhece que «*[t]he main challenge is to reform the international tax framework, which was first designed at the start of the twentieth century and is no longer fit for purpose. This has worked well for traditional ‘brick and mortar’ companies but as business activities have become more globalised and digitalised the old rules work less well*». Assim, vd. «Communication from the Commission to the European Parliament and the Council: A Fair and Efficient Tax System in the European Union for the Digital Single Market» (2017), 6.

¹¹⁵ No mesmo sentido, veja-se Pereira, *Convenções Sobre Dupla Tributação no Atual Direito Fiscal Internacional*, 32.

Deste modo, suscitam-se algumas questões de primordial importância¹¹⁶ e às quais procuraremos responder ao longo do nosso trabalho, para além da já mencionada (possível) subversão dos princípios jurídico-tributários ditos tradicionais.

2. O Tratamento a dar à Economia Digital. Tributar, ou não Tributar: eis a questão. A subversão dos princípios jurídico-tributários tradicionais?

Para além das questões já referidas, coloca-se uma outra bastante singular¹¹⁷ e que consiste em saber qual o tratamento tributário a dar aos factos ocorridos no âmbito da economia digital e bem assim avaliar se os princípios jurídico-tributários tradicionais se encontram, ou não, face à realidade digital, obsoletos. O que importa questionar é se, como refere a *Confédération Fiscale Européenne*¹¹⁸, se a criação de um regime especial aplicáveis às empresas digitais, isolando as empresas que operam no mercado digital, consubstancia uma violação do princípio da neutralidade fiscal. Somos da opinião que a questão colocada não se reduz ao princípio da neutralidade e, ao invés, convoca diversos princípios que consideramos fundamentantes da tributação.

Em bom rigor, a nossa posição segue o *Expert Group on Taxation of the Digital Economy*, que afirma perentoriamente o seguinte: «*there should not be a special tax regime for digital companies. Rather, the general rules should be applied or adapted so that 'digital' companies are treated in the same way as others*»¹¹⁹. E acrescenta que quaisquer soluções propostas que tenham em mira isolar a economia digital se traduzem numa violação do princípio da neutralidade acordado internacionalmente pelo quadro de tributação de

¹¹⁶ Questões igualmente colocadas na Communication from the Commission to the European Parliament and the Council: A Fair and Efficient Tax System in the European Union for the Digital Single Market, 7; Cidália Lopes, «Uma análise revisitada do conceito de estabelecimento estável - a emergência do digital», Uma Reforma Fiscal para o Século XXI Conselho Estratégico Nacional do PSD (2021): 90; Gianluigi Bizioli, «Fairness of the taxation of the Digital Economy: Challenges and Proposals for Reform», Tax and the Digital Economy, n.º 69: 59; Kofler e Sinnig, «Equalization Taxes and the EU's "Digital Services Tax"», 109–10.

¹¹⁷ Questão que é igualmente levantada por Juliane Kokott, «The "Genuine Link" Requirement for Source Taxation in Public International Law», em Tax and the Digital Economy: Challenges and Proposals for Reform, ed. Werner Haslechner et al., vol. 69, Series on International Taxation (Wolters Kluwer, 2019), 9.

¹¹⁸ Seguindo a mesma linha de pensamento da OCDE, em [OECD, Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 - 2015 Final Report](#), 11, 54, 142, no qual considera o seguinte: «*the digital economy is increasingly becoming the economy itself, it would be difficult, if not impossible, to ring-fence the digital economy from the rest of the economy for tax purposes*», cfr. a posição da Confédération Fiscale Européenne, em CFE Fiscal Committee, «[Opinion Statement FC 10/2017: Position Paper EU Consultation on Fair Taxation of the Digital Economy](#)», Confédération Fiscale Européenne, 2017, 2–3.

¹¹⁹ Vide High Level Expert Group on Taxation of the Digital Economy, «[Report of the Commission Expert Group on Taxation of the Digital Economy](#)», 8.

Otava¹²⁰, na medida em que «[t]axation should seek to be neutral and equitable between forms of electronic commerce and between conventional and electronic forms of commerce. Business decisions should be motivated by economic rather than tax considerations. Taxpayers in similar situations carrying out similar transactions should be subject to similar levels of taxation.»¹²¹. A própria OCDE na ação 1 do plano BEPS, considera não só que os princípios jurídico-tributários tradicionais mantêm a sua relevância, como também os considera necessários, defendendo que deve ser nos mesmos que devem radicar as bases para avaliar as respostas aos desafios fiscais levantados pela economia digital¹²².

Efetivamente, os princípios, enquanto normas jurídicas impositivas¹²³ de uma otimização, na medida em que podem ser cumpridos em diversos graus e porque a medida ordenada do seu cumprimento não depende apenas das possibilidades fácticas como também das possibilidades jurídicas¹²⁴, isso significa que os princípios jurídico-tributários tradicionais deverão continuar a ter expressão na economia digital. Por este motivo, os regimes fiscais deverão garantir que os lucros das empresas são tributados onde “o valor é criado”¹²⁵, por um lado, e mostra-se necessário garantir igualmente um *level playing field* cujas empresas pagam a sua *fair share* independentemente da sua dimensão, presença ou ausência digital¹²⁶.

¹²⁰ Quanto a estes, *vd* Committee on Fiscal Affairs, «[A Borderless World: Realising the Potential of Electronic Commerce](#)» (Ottawa, 1998), 4.

¹²¹ Committee on Fiscal Affairs, «[A Borderless World: Realising the Potential of Electronic Commerce](#)» (Ottawa, 1998), 4; OECD, [Taxation and Electronic Commerce: Implementing the Ottawa Taxation Framework Conditions](#) (Paris: Organisation for Economic Co-operation and Development, 2001), 230. Note-se que este quadro se refere tão-somente ao comércio eletrónico por ser a realidade mais premente na época. Atualmente, a economia digital possui um âmbito mais vasto, como de resto demonstrámos.

¹²² OECD, [Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 - 2015 Final Report](#), 17.

¹²³ Ao contrário do que a tradicional teoria da metodologia jurídica sugeria, distinguindo normas e princípios. Acolhemos, assim, a posição de que as normas são um superconceito que abarca duas espécies: regras e princípios. Neste sentido, José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7.^a ed., 21.^a reimp, Manuais universitários (Coimbra: Almedina, 2019), 1160.

¹²⁴ O campo das possibilidades jurídicas está determinado através de princípios e regras que jogam em sentido contrário. Pelo contrário, as regras são normas que exigem um cumprimento pleno e nessa medida podem sempre ser apenas cumpridas ou incumpridas, obedecendo à «lógica do tudo ou nada». Nos termos de Dworkin: *applicable in all-or-nothing fashion*. Quanto ao que se disse, vide Robert Alexy, «Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 5 (15 de Novembro de 1988): 143–44.

¹²⁵ Utilizamos esta expressão entre aspas para que, em primeiro lugar, não se confunda com a teoria do *value creation* que a OCDE propôs e paulatinamente abandonou e, em segundo lugar, consideramos que a expressão deve ser interpretada no sentido de uma tributação mais próxima da fonte.

¹²⁶ Communication from the Commission to the European Parliament and the Council: [A Fair and Efficient Tax System in the European Union for the Digital Single Market](#), 8.

Assim, o novo paradigma tributário deverá garantir um tratamento igualitário entre os modelos de negócios digitais e os modelos tradicionais (“*brick and mortar*”) através de uma atualização dos conceitos tradicionais desafiados pela economia digital e que dificilmente se coadunam à realidade económica contemporânea¹²⁷ ou uma renovação de conceitos que se compatibilizem com os princípios jurídico-tributários tradicionais do sistema fiscal internacional.

Uma última nota para dar conta que, a toda a exposição deste ponto está subjacente que somos manifestamente contra as posições, em bom rigor dos primórdios da economia digital, que propugnam a ausência de tributação desta. Aliás, os próprios princípios que convocamos (equidade, neutralidade, integridade do sistema fiscal) justificam precisamente a necessidade de tributar o digital¹²⁸. É o que abordaremos de seguida.

2.1. O princípio da equidade (entre sujeitos passivos e entre Estados)

A equidade está associada à problemática da justiça material e pode ser descrita como o elo entre o universo moral e o universo jurídico¹²⁹.

O princípio da equidade, ao contrário do que alguns Autores sugerem, engloba duas dimensões que é mister distinguir: a equidade entre sujeitos passivos (*inter-individual equity* ou *taxpayer equity*) e a equidade entre estados (*inter-nations equity*), ambos relevantes quando falamos de economia digital.

¹²⁷ Bizioli, «Fairness of the taxation of the Digital Economy: Challenges and Proposals for Reform», 60.

¹²⁸ Para um excuro que retrata com pormenor a evolução histórica das propostas de tributação (e mesmo de não tributação!) do rendimento gerado pela economia digital, *vd.* Rita Calçada Pires, «Bases da Tributação Digital - Reflexão Histórica Sobre a Tributação da Economia Digital: Dos primórdios ao BEPS 2.0», em *Fiscalidade Internacional: Questões Atuais* (Coimbra: Almedina, 2023), 429–83; Rita Calçada Pires, *Manual de Direito Internacional Fiscal*, Manuais universitários (Coimbra: Almedina, 2018); Rita Calçada Pires, *Tributação internacional do rendimento empresarial gerado através do comércio electrónico: desvendar mitos e construir realidades*, Teses (Coimbra: Almedina, 2011), 279 e ss.

¹²⁹ Assim mesmo o entende Klaus Vogel, «Worldwide vs. Source Taxation of Income-A Review and Re-Evaluation of Arguments (Part III)», *Intertax* 16 (1988): 393 e o acompanha Paula Rosado Pereira, «Em Torno dos Princípios do Direito Fiscal Internacional», em *Fiscalidade Internacional: Questões Atuais* (Coimbra: Almedina, 2023), 91.

i. Equidade entre sujeitos passivos

No que toca à equidade entre sujeitos passivos, esta traduz-se numa vertente que tem que ver com as posições relativas dos sujeitos passivos, com a justiça e adequação do tratamento fiscal que lhes é imposto¹³⁰.

PEGGY MUSGRAVE entende a equidade entre sujeitos passivos na base da igualdade, advogando que «*all residents of a certain country who enjoy the protection and other privileges provided by the government of that country [...] should be taxed by that country at rates equal for all those receiving equal income from whatever source, be it domestic or foreign*»¹³¹.

Geralmente, as normas fiscais são analisadas em função da igualdade horizontal (igual imposto para os sujeitos passivos que têm igual capacidade contributiva) e da igualdade vertical (diferente imposto para os sujeitos passivos que têm diferente capacidade contributiva na proporção de tal diferença)¹³², embora no contexto do DFI não seja possível uma comparação entre sujeitos passivos em termos similares à que ocorre no plano nacional, dado que se encontram numa posição distinta em termos de tributação, o que deve ser analisado é se as soluções propostas são ou não equitativas, ou seja, afastam problemas concretos de falta de neutralidade e são justas do ponto de vista dos interesses dos sujeitos passivos envolvidos¹³³.

Assim, também em nome da igualdade e da justiça fiscal, exige-se a tributação da economia digital, porquanto toda e qualquer atividade comercial deve ser tributada e, por

¹³⁰ Paula Rosado Pereira, *Princípios do direito fiscal internacional: do paradigma clássico ao direito fiscal europeu*, Teses (Coimbra: Almedina, 2010), 61; Paula Rosado Pereira, «Em Torno dos Princípios do Direito Fiscal Internacional», em *Lições de fiscalidade*, ed. João Ricardo Catarino, Vasco Branco Guimarães, e Clotilde Celorico Palma, *Manuais universitários* (Coimbra: Almedina, 2015), 208; Pereira, *Convenções Sobre Dupla Tributação no Atual Direito Fiscal Internacional*, 48.

¹³¹ No fundo, o que PEGGY MUSGRAVE salienta é o princípio do benefício como fundamento da tributação, ou seja, os impostos são considerados como uma contrapartida pelos benefícios proporcionados ao sujeito passivo pelo Estado, seja através das estruturas que dispõe ou das atividades que desenvolve. Também em Peggy Richman (Musgrave), *Taxation of Foreign Investment Income: An Economic Analysis* (1963), 11 *apud*. Dale Pinto, «The Theoretical Foundations and Continued Rationale for Source-Based Taxation in an Electronic Commerce Environment», *Australian Tax Forum* 27 (2012): 456.

¹³² José Casalta Nabais, *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*, *Coleção Teses* (Coimbra: Almedina, 1998), 435–524; Sérgio Vasques e Eduardo Paz Ferreira, *O princípio da equivalência como critério de igualdade tributária*, Teses (Coimbra: Almedina, 2008), 23–94.

¹³³ Pereira, *Princípios do direito fiscal internacional*, 64. No contexto da economia digital, importa perceber se as propostas avançadas para dar resposta aos desafios levantados são ou não justas. Para maiores desenvolvimentos, veja-se Bizioli, «Fairness of the taxation of the Digital Economy: Challenges and Proposals for Reform», 63–65.

isso, não obstante as diferenças intrínsecas patentes na forma como a atividade se desenvolve, podemos concluir que tanto a economia digital como a economia tradicional partilham a mesma atividade e têm o mesmo fundamento para a tributação – o que diverge entre ambas é a forma como a atividade se desenvolve e não a substância¹³⁴. Deste modo,

Ora, tendo em consideração que o princípio da capacidade contributiva¹³⁵ constitui o fundamento da tributação, mormente sobre o rendimento, daí decorre que se as atividades levadas a cabo na economia digital geram rendimento e esse rendimento é sinónimo de capacidade contributiva, então urge defender que este princípio incita igualmente à tributação da economia digital, sendo que a criação de um espaço de não sujeição à tributação seria contrária a este princípio, transformando o sistema fiscal num emaranhado incoerente de não sujeições indevidas¹³⁶.

A propósito da equidade entre sujeitos passivos, VOGEL considera que esta apenas favorece a tributação na fonte, argumentando que «*world-wide taxation by the country of residence may be unjust to the taxpayer who has earned his income in other countries, possibly under adverse conditions, and that residence country taxation is unjust to the source country because it disrupts the source country's tax policy decisions*».

Em conclusão, pode afirmar-se, desde já que os rendimentos derivados da economia digital devem ser tributados como o são os rendimentos gerados pela economia tradicional,

¹³⁴ Tendo surgido na década de 20 do século XX por entendimento do Supremo Tribunal Americano (*vide* os casos mais relevantes nesta matéria: *United States v. Phellis*; *Weiss v. Stearn*; *Helvering v. Gregory*; *Higgins v. Smith*; *Commissioner v. Court Holding Co.*), o princípio da prevalência da substância sobre a forma introduziu uma certa medida de flexibilidade no Direito Fiscal, surgindo como resposta a uma necessidade de justiça na tributação que implica a concretização de uma igualdade material na distribuição do encargo fiscal. Assim, no mesmo sentido que Rita Calçada Pires, *Tributação internacional do rendimento empresarial gerado através do comércio electrónico: desvendar mitos e construir realidades*, Teses (Coimbra: Almedina, 2011), 280 entendemos que o mesmo pode ser mobilizado para justificar a tributação da economia digital.

Sobre o tema cfr. ainda João Ricardo Catarino, «Gestão e Planeamento Fiscal Internacional», em *Fiscalidade Internacional: Questões Atuais*, ed. João Ricardo Catarino e Paula Rosado Pereira (Coimbra: Almedina, 2023), 78–82; Joana Lage Silva, «[O planeamento fiscal e a prevalência da substância sobre a forma](#)» (Iscal, 2019), 31 e ss.; Ray A. Knight e Lee G. Knight, «[Substance over Form: The Cornerstone of Our Tax System or a Lethal Weapon in the IRS's Arsenal](#)», *Akron Tax Journal* 8 (1991): 91 e ss.

¹³⁵ Na perfeita sùmula de TEIXEIRA RIBEIRO, capacidade contributiva significa que estão nas mesmas condições, devendo satisfazer o mesmo imposto, os que têm a mesma capacidade de pagar; estão em diferentes condições, devendo satisfazer diferente imposto, os que têm capacidade de pagar diferente. Vide José Joaquim Teixeira Ribeiro, *Lições de finanças públicas*, 5ª ed. refundida e actualiz., reimp (Coimbra: Coimbra Editora, 1997), 264. e ainda, Casalta Nabais, *O dever fundamental de pagar impostos*, 443.

¹³⁶ Que sentido faria tributar-se atividades ilegais e não se tributar uma atividade perfeitamente legal como é a que ocorre nos meios digitais? A questão é lançada por Pires, *Tributação internacional do rendimento empresarial gerado através do comércio electrónico*, 280–81.

não existindo razões suficientemente fortes para justificar um tratamento privilegiado concedido à economia digital¹³⁷.

ii. Equidade entre Estados

A equidade entre Estados consubstancia-se na repartição do poder de tributar entre os Estados, na medida em que cada Estado deverá receber uma parte equitativa das receitas tributárias decorrentes de transações internacionais, estando desta forma ligada a considerações de soberania e de jurisdição tributária¹³⁸. Deste modo, uma repartição justa da receita tributária deverá ter em conta a atribuição do direito exclusivo ou cumulativo de tributar pelo Estado da fonte ou da residência e em que medida¹³⁹⁻¹⁴⁰.

Em contrapartida, a equidade entre Estados – em conjugação com a ideia de “ligação económica”, com um determinado Estado, da atividade e do correspondente rendimento – tem sido usada em defesa do reforço da tributação no Estado da fonte do rendimento gerado por transações internacionais. De acordo com esta perspetiva, o aludido reforço da tributação no Estado da fonte permitiria alcançar uma distribuição mais equitativa dos poderes tributários entre Estados¹⁴¹.

Na verdade, VOGEL afirma que «a equidade entre Estados, tal como a equidade entre sujeitos passivos, tende a favorecer largamente a tributação exclusivamente pelo Estado da fonte»¹⁴². Tradicionalmente, é o país da fonte que providencia mais e os mais

¹³⁷ Pires, 286.

¹³⁸ O princípio da Soberania assume-se como uma grande trave-mestra e como um princípio estrutural, constituindo a soberania tributária uma parcela relevante e palpável da soberania estadual. Ver Pereira, «Em Torno dos Princípios do Direito Fiscal Internacional», 2023, 89.

¹³⁹ O princípio da equidade é dotado de um elevado nível de abstração decorrendo consequências para princípios com menor abstração, como sejam o princípio da fonte e o princípio da residência. Assim, estes dois princípios operativos, nos reflexos que têm ao nível da definição dos regimes fiscais, devem ter em linha de conta os valores e as preocupações subjacentes ao princípio da equidade. Pereira, Princípios do direito fiscal internacional, 66. Quanto aos princípios da residência e da fonte serão mais extensamente considerados em ponto posterior.

¹⁴⁰ Relativamente a considerações de equidade entre Estados, PEGGY MUSGRAVE acrescenta ainda o próprio nível de tributação no Estado da fonte, designadamente ao nível da taxa: «[a]n equitable division of tax revenue depends on (a) the allocation of the tax base between the source and residence country, and (b) the tax rate in the source country.». Cfr. os Autores seguintes que citam aquela: Dale Pinto, «The Theoretical Foundations and Continued Rationale for Source-Based Taxation in an Electronic Commerce Environment», *Australian Tax Forum* 27 (2012): 458; Nancy H. Kaufman, «Fairness and the Taxation of International Income», *Law and Policy in International Business* 29, n.º 2 (1998 de 1997): 145.

¹⁴¹ Pereira, *Princípios do direito fiscal internacional*, 66–67.

¹⁴² Klaus Vogel, «Worldwide vs. source taxation of income-A review and re-evaluation of arguments (Part III).» *Intertax* 16 (1988): 398 apud. Pinto, «The Theoretical Foundations and Continued Rationale for Source-Based Taxation in an Electronic Commerce Environment», 458 e nota 64; Pereira, *Princípios do direito fiscal internacional*, 67.

relevantes benefícios para a produção, sem o qual as oportunidades de rendimento não se germinariam.

Acima evidenciado encontra-se, novamente, o princípio do benefício¹⁴³ – cuja mobilização tem servido para a fundamentação da tributação pelo Estado da fonte –, segundo o qual os impostos são uma contrapartida pelos benefícios proporcionados ao sujeito passivo pelo Estado, mediante as estruturas que dispõe e as atividades que desenvolve¹⁴⁴. Ao mesmo tempo VOGEL entende ser necessário um certo nível de integração da empresa não-residente na economia do Estado da fonte para que o direito de tributar do Estado da fonte nasça – tradicionalmente, essa integração tem sido desempenhada Estabelecimento Estável¹⁴⁵.

A rotura do estabelecimento estável perante a economia digital, fez desencadear dúvidas quanto à aplicação do princípio do benefício para justificar a tributação pelo Estado da fonte, isto é, o princípio do benefício carece de uma presença física das empresas para fundamentar a tributação na fonte?

A doutrina tem divergido nesta matéria.

Se, por um lado, num contexto de uma economia tradicional, é defendido que a tributação com base no princípio do benefício sugere que a presença física é *provavelmente* necessária para estabelecer a ligação com o Estado da fonte¹⁴⁶, dado que muitos dos bens e serviços públicos prestados (v.g. polícia, hospitais, bombeiros), por força da sua natureza

¹⁴³ Que se opõe ao princípio do sacrifício, segundo o qual os impostos seriam um sacrifício devido ao Estado em virtude do elevado valor moral dos objetivos e das finalidades deste que se sobrepõem aos do indivíduo. Pinto, «The Theoretical Foundations and Continued Rationale for Source-Based Taxation in an Electronic Commerce Environment», 444; Pereira, Princípios do direito fiscal internacional, 63.

¹⁴⁴ Segundo MCLURE «*the country where income originates should be compensated for the cost of providing public services.*». Cfr. Charles E. Mclure Jr., «Alternatives to the concept of permanent establishment», CESifo Forum, ifo Institute - Leibniz Institute for Economic Research at the University of Munich 1 (03) (2000): 11.

¹⁴⁵ Klaus Vogel, 'Worldwide vs Source Taxation of Income – A Review and Re-evaluation of Arguments (Part I)' (1988) 8-9 Intertax 16, 222 apud. Dale Pinto, «The Theoretical Foundations and Continued Rationale for Source-Based Taxation in an Electronic Commerce Environment», Australian Tax Forum 27 (2012): 457 nota 57.

¹⁴⁶ O advérbio “provavelmente” é assim mesmo utilizado por Mclure Jr., «Alternatives to the concept of permanent establishment», 13. Assim: «*[i]n the pre-digital world the argument for source-based taxation based on the benefit principle suggests that a physical presence should probably be required to establish nexus for source-based income taxation. It seems that in this world most of the public services that benefit business firms providing tangible products and services do so only if the firm has a physical presence in the country. Consider, for example, police and fire protection. Do they benefit firms that lack a physical presence in the taxing nation? Probably not.*» (sublinhado nosso). Vide ainda Pinto, «The Theoretical Foundations and Continued Rationale for Source-Based Taxation in an Electronic Commerce Environment», 446–47.

corpórea, são apenas relevantes no caso de empresas com presença física no Estado em causa¹⁴⁷.

Por outro lado, a economia digital levanta a questão de saber onde é verdadeiramente criado o valor, cujo argumento relativo ao mercado é levantado por ambas partes da querela. Uns entendem que se o valor é criado, por exemplo, no país de residência, não obstante os consumidores que determinam esse valor estarem noutra Estado, então tudo aquilo que o Estado da fonte fornece é apenas o mercado e, portanto, poucos benefícios relevantes¹⁴⁸. Outros, advogam que o facto de um Estado fornecer um mercado já é condição bastante para que o Estado da fonte se arrogue do direito de tributar os lucros daí provenientes, pois de outro modo as empresas não obteriam os rendimentos que aquele país lhes compossibilitou¹⁴⁹.

No entanto, mesmo desconsiderando o mercado relevante, os argumentos mobilizados contra a fundamentação da tributação pelo princípio do benefício na economia digital, são rebatíveis por duas ordens de razões. Em primeiro lugar, apesar de não existir qualquer estabelecimento estável¹⁵⁰ e, portanto, uma empresa sem presença física no Estado

¹⁴⁷ Aliás SCHÖN entende mesmo que dificilmente é justificável a tributação na fonte pelo princípio do benefício nas atividades da economia digital: «[t]he picture becomes even more complicated in the IT-/data-driven sectors of the economy: Shouldn't the benefit principle justify awarding taxing rights to the country where the relevant IT specialists were educated? Should one allocate taxing rights to the country where data are technically processed and stored on servers or does the country win the game where the system is deployed? The benefit principle does not provide clear answers to this conundrum.». Vd. Wolfgang Schön, «One Answer to Why and How to Tax the Digitalized Economy», SSRN Scholarly Paper (Rochester, NY: Social Science Research Network, 2019), 4–5.

¹⁴⁸ Pinto, «The Theoretical Foundations and Continued Rationale for Source-Based Taxation in an Electronic Commerce Environment», 447.

¹⁴⁹ Segundo VOGEL: «[i]t cannot convincingly be denied that providing a market contributes to the sale income at least to some extent as providing the goods does. There is no valid objection, therefore, against a claim of the sales state to tax part of the sales income.». Veja-se Klaus Vogel, «Worldwide vs. source taxation of income—A review and re-evaluation of arguments (Part III).» Intertax 16 (1988), 401 apud. Pinto, 458. E ainda BRÄUMANN «economic welfare could never be generated by a supplier alone. Only the existence of demanding counterpart allowed for the creation of 'added value' profits can draw upon. In this sense, customers are viewed as inevitably participating in the production of a supplier's taxable income.». Veja-se Bräumann, «Digital Permanent Establishments on its Way to Becoming a Reality? The EU Commission's Proposal on Taxing "Significant Digital Presence"», 154–55.

¹⁵⁰ Para SKAAR: «A [permanent establishment] is merely a piece of evidence of economic allegiance, not the reason for source-state taxation. The circumstance that short-term business operations may accumulate substantial profits from domestic sources indicates on the contrary that the taxpayer benefits substantially from the infrastructure of the host country, even though no [permanent establishment] exists. It seems that an enterprise which does not need to invest in immovable facilities, or other fixed places of business, may still derive considerable advantages from the community in which its income sources are located. Today, the performance of a business activity in another country, the duration of the activity and the profits arising from it, are per se significant arguments ...[that] requires all enterprises which obtain such benefits from a country to render a corresponding contribution to this society, whether or not they have a [permanent establishment].». Cfr. Arvid Aage Skaar, Permanent establishment: erosion of tax treaty principle, Series on International Taxation 13 (Deventer; Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1991), 559–60; Dale Pinto,

da fonte acaba ainda assim por beneficiar *substancialmente* das suas infraestruturas, em especial daquelas que suportam as TIC. Em segundo lugar, as empresas não-residentes que não mantêm presença física acabam por também beneficiar, entre outros aspetos, do sistema jurídico do país da fonte¹⁵¹.

Aqui chegados, sendo que a equidade engloba a equidade entre Estados e, lembre-se, a repartição do poder de tributar entre Estados, entendemos que essa repartição deve ter expressão na economia digital e nas empresas que nela operam, ou seja, as empresas deverão ser tributadas onde obtêm rendimentos, daí que ainda continue a fazer sentido fazer sentido entre os fundamentos da tributação na fonte o princípio do benefício, não obstante as objeções que se levantam¹⁵².

2.2.O Princípio da Neutralidade Fiscal

A tributação é vista como fonte de distorções no fluxo mais eficiente de capitais, e do recurso a situações de planeamento fiscal agressivo que canaliza os investimentos para Estados onde a carga fiscal é menor, em detrimento daqueles onde os investimentos seriam mais necessários em termos económicos.

Como é comumente sabido, o objetivo de qualquer sistema fiscal é o de ser o mais neutral possível, de modo a que os impostos não exerçam influência nas escolhas dos agentes económicos¹⁵³, o que significa que se torna mais benéfico quando os agentes tomam as suas

«The Theoretical Foundations and Continued Rationale for Source-Based Taxation in an Electronic Commerce Environment», *Australian Tax Forum* 27 (2012): 447.

¹⁵¹ A este respeito vide o que diz DALE PINTO: «*nevertheless benefit from the source country's legal system inasmuch as they rely upon it to enforce payment for transactions, uphold intellectual property rights (eg, trademarks), and maintain a pro-competitive and conducive business environment. Indeed, the protection of intellectual property rights (eg, in the case of computer software) is critical to vendors of intangible products and digitised services and the protection of these rights arise independently of the need for any physical presence to be maintained in the source country.*». Pinto, «The Theoretical Foundations and Continued Rationale for Source-Based Taxation in an Electronic Commerce Environment», 447.

¹⁵² Ainda que respeitante tão-somente ao comércio eletrónico, a OCDE, também entende que estas considerações sugerem a permanência da tributação na fonte com base no princípio da equidade entre Estados e bem assim qualquer novo regime fiscal o deverá respeitar: «... [a]ny adaptation of existing international taxation principles should be structured [...] to achieve a fair sharing of the tax base from electronic commerce between countries [...]». OECD, *Taxation and Electronic Commerce: Implementing the Ottawa Taxation Framework Conditions* (Paris: Organisation for Economic Co-operation and Development, 2001), 228 anexo 1.

¹⁵³ A este respeito, *vd.* Institute for Fiscal Studies e James Mirrlees, eds., *Tax By Design: The Mirrlees Review*, 1.^a ed. (Oxford; New York: Oxford University Press, 2011), 40. É que os «impostos provocam ineficiência por alterarem os preços relativos, os custos ou recompensas de uma actuação dos agentes económicos». Assim, veja-se na sua tese de doutoramento do nosso saudoso e brilhante Professor Fernando Rocha Andrade, «Benefícios fiscais: a consideração da despesa do contribuinte na tributação pessoal do rendimento» (Coimbra, 2014), 337. No mesmo sentido, considerando que «*taxes should influence relative*

decisões baseadas nos méritos económicos destas do que decisões radicadas nas suas consequências fiscais¹⁵⁴. Na verdade, aqueles «tenderão a substituir o comportamento preferido na ausência de imposto por outro que lhes traz uma maior vantagem após impostos»¹⁵⁵.

Ainda que seja impossível atingir uma absoluta neutralidade fiscal no plano internacional, já que a interação dos sistemas fiscais nacionais gera distorções¹⁵⁶, além de que aquela deve ser compatibilizada com outros princípios, mormente o da equidade na sua dupla dimensão¹⁵⁷, com os quais o DFI se encontra onerado, a neutralidade terá que ser computada por via de dois planos: o plano do Estado da residência do investidor e o plano do Estado onde é realizado o investimento.

Deste modo, podemos distinguir neutralidade na exportação de capitais (*capital export neutrality*) e neutralidade na importação de capitais (*capital import neutrality*) – conceitos inicialmente introduzidos por RICHARD MUSGRAVE. A neutralidade na exportação de capitais significa que o sujeito passivo deve pagar a mesma quantia de imposto, independentemente da origem de um determinado rendimento, isto é, o sujeito passivo deve ficar abrangido por um tratamento fiscal similar ao aplicável àqueles cujos rendimentos provêm apenas do Estado da residência; em contrapartida, a neutralidade na

prices as little as possible», vd. Klaus Vogel, Johan Brands, e Kees van Raad, *Taxation of Cross-Border Income, Harmonization, and Tax Neutrality under European Law* (Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1994), 38.

¹⁵⁴ Joel Slemrod e Jon Bakija, *Taxing Ourselves: A Citizen's Guide to the Debate over Taxes*, 4.^a ed. (Cambridge, MA, USA: MIT Press, 2008), 131.

¹⁵⁵ E continua dizendo que «[e]ssa substituição resulta numa diminuição do bem-estar dos indivíduos que é uma perda absoluta para a sociedade (uma vez que não corresponde à obtenção de qualquer receita fiscal)». A isto se designa encargo excedente (*excess burden*) do imposto. Este encargo excedente do imposto pode ser reduzido. Na verdade, a busca da neutralidade do imposto é precisamente a procura de redução desse encargo excedente fazendo com que o imposto tenha o menor efeito substituição possível. Conforme notam SLEMROD e BAKIJA, apenas o imposto não distorcedor (*lump sum tax*), [e, acrescentado nosso, seguindo ROCHA ANDRADE, o imposto sobre a renda económica pura] seria perfeitamente neutral, porque neste caso «*no decision anyone makes impacts their tax bill, so taxes cause no disincentive effects at all*», ou seja, teria que ser um imposto independente de qualquer comportamento do contribuinte, teria que depender de um indicador que não estivesse na disponibilidade deste. De outro modo, o contribuinte ou, neste caso, o investidor terá sempre um incentivo para alterar o seu comportamento por forma a minimizar o montante de imposto a pagar. Quanto ao que se disse, *cf.* Rocha Andrade, «Benefícios fiscais: a consideração da despesa do contribuinte na tributação pessoal do rendimento», 337–38; Slemrod e Bakija, *Taxing Ourselves*, 131.

¹⁵⁶ Ramon Jeffery, *The Impact of State Sovereignty on Global Trade and International Taxation*, 1.^a ed. (The Hague, Boston: Kluwer Law International, 1999), 4–9.

¹⁵⁷ Mas também há que considerar «o conflito de fundo [...] que se regista entre os valores da eficiência e da justiça». Neste sentido, Fernando Araújo, *Introdução à economia*, 3.^a ed., 2.^a reimp (Coimbra: Almedina, 2010), 38. De igual modo, a tributação das empresas da economia digital deverá respeitar o princípio da eficiência, no sentido de uma melhor afetação dos recursos em termos económicos, procurando evitar um aumento dos custos de cumprimento (*compliance*) pelos contribuintes e dos custos para as Administrações Tributárias. *A contrario sensu*, veja-se Cockfield, «Tax Wars», 373.

importação de capitais significa que todos os investidores que desenvolvem a sua atividade num determinado Estado deverão estar sujeitos à mesma carga fiscal, independentemente da sua residência fiscal, ou seja, os capitais originários dos diversos países deveriam competir em termos iguais nos mercados de capitais de qualquer país¹⁵⁸⁻¹⁵⁹. Destarte, o sistema que contempla a neutralidade na exportação de capitais é o da tributação na residência associada a uma tributação do rendimento mundial dos residentes (*worldwide income*), isto é, a consagração do princípio da universalidade; ao passo que o sistema que contempla a neutralidade na importação de capitais é o da tributação na fonte, cujo Estado se encontra onerado pela tributação igualitária do rendimento aí obtido quer por residentes quer por não residentes, tratando-se aqui de uma obrigação tributária limitada, comumente designada por princípio da territorialidade.

Esta dialética conduz-nos à querela¹⁶⁰ da aplicação dos métodos tradicionais para evitar a dupla tributação, refletindo duas diferentes ‘filosofias’ ou dois modos de encarar o DFI, em relação à qual a neutralidade fiscal se encontra ladeada: o método da isenção e o método do crédito de imposto¹⁶¹.

¹⁵⁸ Sobre esta distinção, vide Richard Musgrave, *Criteria for foreign tax credit in taxation and operations abroad*, Symposium. (Princeton, 1960): 84 apud. Vogel, Brands, e Raad, *Taxation of Cross-Border Income, Harmonization, and Tax Neutrality under European Law*, 22.

¹⁵⁹ A solução ótima (nota: de um ponto de vista de segundo ótimo de Pareto, já que a solução de primeiro ótimo, *i.e.*, a mais eficiente alocação de recursos corresponderia à neutralidade de exportações de capitais) e, diga-se de passagem, a mais neutral, deverá residir algures entre estas duas formas de neutralidade. Assim, Johan Brands, «Comment: trade-off between subsidiarity and neutrality», em *Taxation of Cross-Border Income, Harmonization, and Tax Neutrality under European Law* (Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1994), 36. Embora VOGEL entenda que a opinião generalizada entre economistas é que somente a neutralidade das importações de capitais prossegue a eficiência económica, *i.e.*, a alocação dos fatores de produção de tal maneira que a produtividade será ótima. *Cfr.* Vogel, Brands, e Raad, *Taxation of Cross-Border Income, Harmonization, and Tax Neutrality under European Law*, 22. Todavia, convém notar que diversos Autores teceram críticas quanto a estas definições, julgando o seu papel na promoção da eficiência económica e na adequada repartição do poder de tributar entre os Estados. Neste sentido, *vd.* E.C.C.M. Kemmeren, «Principle of Origin in Tax Conventions: A Rethinking of Models» (Doctoral Thesis, Dongen, Mr. Eric C.C.M. Kemmeren/Pijnenburg vormgevers.uitgevers, 2001), 524; Alex Easson, «Fiscal Degradation and the Inter-Nation Allocation of Tax Jurisdiction», *EC Tax Review* 5 (1996): 112.

¹⁶⁰ Em relação a esta e quanto ao que vamos dizer, *vide*, entre outros, Pereira, «Em Torno dos Princípios do Direito Fiscal Internacional», 2023, 94–98 e 118–22; Pinto, «The Theoretical Foundations and Continued Rationale for Source-Based Taxation in an Electronic Commerce Environment», 448–56; Vogel, Brands, e Raad, *Taxation of Cross-Border Income, Harmonization, and Tax Neutrality under European Law*, 21–23; Brands, «Comment: trade-off between subsidiarity and neutrality», 39.

¹⁶¹ Para um tratamento detalhado destes métodos de eliminação da dupla tributação, vide Alberto Pinheiro Xavier, Clotilde Celorico Palma, e Leonor Xavier, *Direito tributário internacional*, 2.^a ed. atualiz., reimp (Coimbra: Almedina, 2020), 741–55; Vogel, Klaus Vogel on double taxation conventions, 1118–1272; Manuel Pires, «Da dupla tributação jurídica internacional sobre o rendimento» (Lisboa, Centro de Estudos Fiscais [da] Dir.-Geral das Contribuições e Impostos, 1984), 338–412. Note-se que ambos métodos possuem duas morfologias distintas. No método da isenção, esta pode assumir-se como integral ou com progressividade, em contrapartida, o método da imputação poderá ser integral ou normal.

O método da isenção assenta no pressuposto de que o Estado onde o rendimento é obtido tem maior legitimidade para tributar, impondo o ónus ao Estado da residência que ceda o seu direito de tributar mediante a concessão da isenção. Por seu turno, a construção do método da imputação gravita em torno do objetivo de evitar que a carga fiscal resultante do reconhecimento da legitimidade de ambos os Estados para tributar atingisse níveis excessivos, injustos ou desvantajosos em termos económicos¹⁶². Ora, em função dos interesses que melhor servem cada Estado residirá a opção por cada um destes métodos, daí que, no sentido de dirimir possíveis impasses, a CM-OCDE preveja ambos métodos em alternativa, nos artigos 23.º-A e B¹⁶³.

Aqui chegados, no contexto da economia digital, o princípio da neutralidade, impõe que nenhuma atividade deverá ser privilegiada, isto é, a economia digital não deverá ser isolada através do sistema fiscal¹⁶⁴, devendo o rendimento similar ser tratado de forma equitativa, independentemente do canal utilizado para desenvolver a atividade. É que este princípio em causa, estabelece que os restantes princípios orientadores da tributação tradicional sejam igualmente aplicados ao universo digital, mesmo que as regras concretizadoras desses princípios se assumam diferentes das atualmente existentes.

Concluindo, a neutralidade fiscal determina, assim, que a opção pela via digital deva ser feita pelas características do universo digital e não pelo regime fiscal que lhe é consagrado, sob pena de, evidentemente, prejudicar a economia tradicional¹⁶⁵.

¹⁶² Pereira, «Em Torno dos Princípios do Direito Fiscal Internacional», 2023, 119; Vogel, *Klaus Vogel on double taxation conventions*, 1131.

¹⁶³ Cfr. os referidos artigos...

¹⁶⁴ Afirmação que reforçamos aqui, pois que já atrás demos indicações neste sentido (ponto 2 deste II capítulo). De igual modo, ARTHUR COCKFIELD advoga que, por exemplo, algumas das propostas inovadoras para tributar na economia digital, como as propostas de retenção na fonte (*withholding taxes*), incidentes exclusivamente sobre transações digitais, além de unilaterais, violam também este princípio, gerando distorções na concorrência relativamente a bens e serviços transfronteiriços corpóreos, redundando num tratamento fiscal mais favorável, provocando “*dead-weight losses*” na atividade económica, conduzindo a perdas de receita pública, tanto ao nível nacional como global. *Vide* Cockfield, «Tax Wars», 372.

¹⁶⁵ Neste sentido, Rita Calçada Pires, *Tributação internacional do rendimento empresarial gerado através do comércio electrónico: desvendar mitos e construir realidades*, Teses (Coimbra: Almedina, 2011), 281–82 e 284: «[a] ponderação de interesses determina que a fiscalidade se abstenha de criar desequilíbrios e discriminações desnecessários, não invadindo zonas de regulação alheias.».

2.3. A integridade do sistema fiscal. A necessidade de receita pública e a erosão da base tributária

Quanto à integridade do sistema fiscal, a tributação do rendimento deve ser, em primeiro lugar, global, ou seja, deve recair indiscriminadamente sobre todos os tipos de rendimento e, por conseguinte, sendo a atividade desenvolvida por meios digitais uma atividade geradora de rendimento, então esse rendimento deve ser tributado. Assim, um sistema fiscal coerente e defensável, é um sistema fiscal que, perante demonstrações de riqueza, as tributa, independentemente da forma como essas foram geradas¹⁶⁶. A não sujeição da economia digital à tributação seria uma forma de desequilibrar o sistema tributário, minando a confiança nessa construção, dando azo à criação de zonas injustificáveis de incompreensão por parte do observador e do contribuinte, afetando, evidentemente, a neutralidade do sistema¹⁶⁷.

Todavia, como ressalva KLAUS VOGEL e PAULA ROSADO PEREIRA, não está vedada a possibilidade de se efetuarem as distinções que se revelem apropriadas, isto porque a integridade requer que exista, no campo fiscal, um sistema único e coerente, baseado na ideia de justiça no que toca à relação jurídico-tributária¹⁶⁸.

Em segundo lugar, o quadro que temos vindo a descrever influencia o rumo das receitas públicas, ou seja, os Estados enfrentarão crescentes dificuldades na tarefa de arrecadação tributária, ficando destarte privados de recursos financeiros de que necessitam para fazer face às suas múltiplas incumbências, daí que este tópico constitua o ponto central do debate em torno da necessidade de introdução de medidas de reforma dos sistemas fiscais¹⁶⁹. Na verdade, «[h]avendo fuga de negócios para as plataformas digitais fica comprometida a arrecadação de impostos sobre o rendimento das empresas, problema este que apresenta uma tendência para crescer, devido às alterações ao nível da forma como os bens e serviços são consumidos ou fruídos.»¹⁷⁰.

¹⁶⁶ Neste sentido, Rita Calçada Pires, *Tributação internacional do rendimento empresarial gerado através do comércio electrónico: desvendar mitos e construir realidades*, Teses (Coimbra: Almedina, 2011), 280.

¹⁶⁷ Pires, 281.

¹⁶⁸ Klaus Vogel, «Worldwide vs. source taxation of income-A review and re-evaluation of arguments (Part III).» *Intertax* 16 (1988): 396-397 apud. Pereira, *Princípios do direito fiscal internacional*, 64.

¹⁶⁹ Nabais e Lavouras, «Reforma do Sistema Fiscal», 28; Pereira, *Convenções Sobre Dupla Tributação no Atual Direito Fiscal Internacional*, 33.

¹⁷⁰ Nabais e Lavouras, «Reforma do Sistema Fiscal», 29.

Para responder a esta redução da receita pública, os Estados veem a sua tributação exaurir-se a realidades físicas. Tudo o que não tenha existência física é volátil e facilmente deslocável de território e, desta feita, a forma de evitar o esvaziando, não *de iure* mas *de facto*, do poder tributário dos Estados consiste em escolher tributar realidades que se revelem facilmente detetáveis ou materializáveis¹⁷¹ e, por conseguinte, fazer incidir os seus impostos em fatores imóveis¹⁷², daí que cada vez mais assumam um papel preponderante os consumidores, porquanto as empresas estarão sempre impossibilitadas de os deslocar de um país para outro ou substituí-los por um conjunto diferente de consumidores¹⁷³. Enfim, entendemos que o conhecimento da localização dos consumidores deve, aliás, ser visto não como um problema, mas como uma vera oportunidade de conhecer efetivamente onde as empresas obtêm rendimentos, podendo confluír para um sistema fiscal mais eficiente¹⁷⁴.

Para este tópico concorre ainda a realocação dos direitos tributários dos Estados, ou seja, de modo implícito a esta questão está uma transferência de receitas públicas de um Estado para outro, redundando num debate maioritariamente político do que propriamente técnico – o interesse fiscal e poder económico dos Estados envolvidos é superior¹⁷⁵. Todavia,

¹⁷¹ Novamente com Nabais e Lavouras, 30.

¹⁷² Michael P. Devereux e John Vella, «Debate: Implications of Digitalization for International Corporate Tax Reform», *Intertax* 46, n.º 6/7 (2018): 552. Na verdade, daqui pode decorrer um tratamento fiscal diferenciado, convocando questões de justiça fiscal, mormente relacionadas com o princípio da equidade. Por um lado, porque cabe averiguar a incidência económica do imposto, ou seja, determinar em termos práticos, “quem suporta o peso do imposto”, pois a carga do imposto tende a recair, com maior força, sobre aqueles que têm à sua disposição menos alternativas de comportamento. Por outro lado, os Estados, intensificando a tributação indireta, voltam ao carácter regressivo dos sistemas fiscais ou optam por fatores objetivos de determinação da capacidade contributiva, regressando à tributação objetiva do passado. Vide Nabais e Lavouras, «Reforma do Sistema Fiscal», 32.

¹⁷³ Schön, «One Answer to Why and How to Tax the Digitalized Economy», 7; Devereux e Vella, «Debate», 2018, 55–557; Maarten F. de Wilde, «“Sharing the Pie”: Taxing Multinationals in a Global Market», *Intertax* 43, n.º 6/7 (2015): 443–46.

¹⁷⁴ Ao nível europeu são notáveis os esforços neste sentido. Veja-se, por exemplo, as várias propostas de Diretivas respeitantes à Matéria Tributável Comum Consolidada do Imposto de Sociedades (Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho, de 12 de julho de 2016, alterada pela [Diretiva \(UE\) 2017/952 do Conselho de 29 de maio de 2017.](#)), à tributação das Sociedades com uma presença digital significativa ([Proposta de Diretiva do Conselho que estabelece regras relativas à tributação das sociedades com uma presença digital significativa COM/ 2018/ 147 final.](#)).

¹⁷⁵ A própria OCDE em OECD, «Programme of Work to Develop a Consensus Solution to the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy», OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS (Paris: OECD, 2019), 7 afirma o seguinte: «[t]his dissatisfaction has created a political imperative to act in a significant number of jurisdictions.» e ainda Andrés Báez e Yariv Brauner, «Taxing the Digital Economy Post BEPS ... Seriously», *SSRN Electronic Journal*, 2019, 2–7; Arthur J. Cockfield, «Tax Wars: How to End the Conflict over Taxing Global Digital Commerce», *Berkeley Business Law Journal* 17, n. 2 (2020): 1331–39.

Com efeito, na esteira de ADOLFO MARTÍN JIMÉNEZ, o debate é «a mixture of economics and legal reasoning together with policy and politics». Cfr. Adolfo J. Martín Jiménez, «BEPS, the Digital(Ized) Economy and the Taxation of Services and Royalties», *Intertax* 46, n.º 8–9 (2018): 621. A própria OCDE também avança: «[a] consensus-based solution to be agreed among the 129 members of the Inclusive Framework will, in addition to the important technical work that must be carried out, require political engagement and endorsement

esta visão sobre as receitas públicas dos Estados constitui uma visão a curto prazo. Não obstante o mérito, por ter em conta a queda nas receitas públicas que qualquer alteração do regime fiscal internacional poderia originar, ela tão-somente atende à alocação das receitas públicas das atividades económicas como estão atualmente e identifica as transferências entre países que resultariam de alterações na legislação nacional e internacional, desconsiderando efeitos dinâmicos e a longo prazo, mormente o aumento global das receitas públicas, por via de um regime fiscal mais eficiente ou das alterações nas receitas públicas de cada Estado devido a reações comportamentais dos contribuintes (empresas), designadamente por força da deslocalização¹⁷⁶.

Para além da desmaterialização de bens e serviços e a desnecessidade de presença física num Estado por parte de uma empresa, concorre para esta erosão da base tributária e quebra de receita fiscal, a concorrência fiscal entre Estados, que os leva a reduzir sobretudo a tributação das empresas, bem como a permitir que estas, através de esquemas de planeamento fiscal agressivo – verdadeiras engenharias fiscais –, utilizem diversos instrumentos para reduzir a sua matéria coletável¹⁷⁷.

Os Estados, por um lado, empenham-se em estratégias de concorrência fiscal que visam torná-los mais competitivos, a nível internacional, na atração (e também na retenção) de investidores ou de contribuintes de elevado rendimento, implicando, por exemplo, a criação de benefícios fiscais – isenções, reduções da taxa de tributação, exclusões de certos tipos de rendimento da base tributária, créditos fiscais, entre outros mecanismos. Assim, como a estratégia de todos é semelhante, assiste-se a uma situação de “*race to the bottom*” entre os Estados, na qual a manutenção de uma posição competitiva implica sucessivas cedências e o sacrifício de parcelas acrescidas de tributação.

Ao nível do planeamento fiscal agressivo, os contribuintes, especialmente os grandes grupos multinacionais, exploram assimetrias, lacunas e falhas de articulação entre

as the interests at stake for members go beyond technical issues and will have an impact on revenues and the overall balance of taxing rights.» (sublinhado nosso). Cfr. OECD, «Programme of Work to Develop a Consensus Solution to the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy», 7.

¹⁷⁶ Quanto ao que se disse vide Schön, «One Answer to Why and How to Tax the Digitalized Economy», 3–4.

¹⁷⁷ José Casalta Nabais, Que sistema fiscal para o século XXI? (Coimbra: s.n., 2019), 10 e ss.: «[e]m suma, ao problema do limite superior da tributação, acima do qual o sistema fiscal poderia assumir-se como confiscatório, acrescentou-se agora o problema da insuficiência da receita fiscal, que não assegura o mínimo de meios necessários ao exercício das funções estaduais. Ou seja, a concorrência fiscal entre os Estados sem regras nem limites põe em causa a sustentabilidade financeira do Estado e não resolve o problema da excessiva carga fiscal, designadamente sobre os rendimentos do trabalho. Significa isto que o problema do limite máximo do Estado fiscal se mantém, reportado agora ao carácter confiscatório que o sistema fiscal acaba por ter para os contribuintes que não dispõem de efectivas hipóteses de deslocalizar para outras jurisdições as suas manifestações de capacidade contributiva.». Veja-se ainda Pereira, Convenções Sobre Dupla Tributação no Atual Direito Fiscal Internacional, 33.

as legislações fiscais dos Estados, destas com as CDTs, e mesmo das várias CDTs entre si. Recorrendo a este tipo de atuação, as referidas entidades conseguem subtrair-se ao pagamento de impostos ou minimizar o respetivo montante. Com frequência, o referido aproveitamento de assimetrias, lacunas e falhas das legislações fiscais estaduais e das CDTs é conjugado com meios abusivos específicos: o regime de preços de transferência, a transferência de lucros para jurisdições de baixa ou nula tributação, ou a celebração de acordos secretos com alguns Estados e mais recentemente, a regulamentação das assimetrias híbridas¹⁷⁸.

¹⁷⁸ Quanto ao que se disse, veja-se Pereira, *Convenções Sobre Dupla Tributação no Atual Direito Fiscal Internacional*, 34. Em relação aos acordos secretos especificamente, podemos apontar o caso dos conhecidos «*LuxLeaks*» cujo esquema se tem propagado por outros países e multinacionais. No contexto de empresas ligadas por relações especiais (vide, quanto à noção de relações especiais Manuel Henrique de Freitas Pereira, *Fiscalidade*, 6.^a ed, *Manuais universitários* (Coimbra: Almedina, 2018), 502 e ss.), ocorrem necessariamente transações entre os vários segmentos da empresa que, no caso de multinacionais, se encontram dispersos por vários países, sejam a cedência da utilização de patente (geralmente em países com regimes *Patent Box*, ou seja, regimes de baixa tributação quanto aos direitos de propriedade intelectual, incentivando a pesquisa e o desenvolvimento. São exemplos: a Irlanda, aplica uma taxa de 6.25%; os Países Baixos, 7.0%; Polónia, 5.0%; etc.) ou marca, a venda de bens intermédios ou a prestação de serviços. Estas transações internas de um grupo empresarial não estão sujeitas às condições normais de mercado que determinam os preços de transações entre empresas independentes (*at arm's length*). A erosão das bases tributáveis e a transferência de lucros pelas empresas para países de menor tributação é explicável por considerações de planeamento fiscal. Na verdade, as empresas que ultrapassam as fronteiras nacionais, manipulam os preços de transferência para deslocar o lucro tributável de um ordenamento fiscal para outro de tributação mais baixa. Tal pode conseguir-se pela subvalorização dos preços dos bens originários de uma filial que opere em jurisdição de alta tributação e pela sobrevalorização no caso de bens transferidos para esta. Já as filiais em jurisdições de baixa tributação deverão adotar os comportamentos inversos. Desta maneira sobrestimam-se as receitas das filiais que suportam maior peso fiscal, reduzindo o respetivo lucro global tributável da empresa multinacional (Fernando Rocha Andrade, *Preços de transferência e tributação de multinacionais: as evoluções recentes e o novo enquadramento jurídico português* (Coimbra: s.n., 2002), 307 e ss.; referindo a mesma ideia, Alberto Pinheiro Xavier, Clotilde Celorico Palma, e Leonor Xavier, *Direito tributário internacional*, 2.^a ed. atualiz., reimp (Coimbra: Almedina, 2020), 432: «Quando as empresas interdependentes se localizam em diversos Estados – como é o caso das multinacionais – a possibilidade de introduzir distorções artificiais nos preços das suas operações pode conduzir à atrofia dos lucros tributáveis num dos Estados em presença e à correlativa hipertrofia dos lucros tributáveis noutro ou noutros.». É neste contexto de planeamento agressivo que surgem práticas anti-concorrenciais decorrentes da violação do princípio da plena concorrência (*arm's length principle*), porquanto não refletem os preços que se estabeleceriam entre entidades independentes no contexto de mercado livre, permitindo-lhes eliminar a dupla tributação como ainda obter a dupla não-tributação. Ora, uma das estratégias utilizadas pelas empresas multinacionais no seu planeamento fiscal consiste, justamente, no recurso aos acordos prévios sobre preços de transferência (APP's) ou *advance price agreements* (APA's, na terminologia anglo-saxónica), consubstanciam um “acordo que fixa, previamente às operações entre empresas associadas, um conjunto de critérios adequados (respeitantes, *p.ex.*, ao método de cálculo, aos elementos de comparação, aos ajustamentos a introduzir e às hipóteses de base relativas à evolução futura) na determinação dos preços de transferência aplicados a essas operações no decurso de um determinado período de tempo”. Estes acordos prévios podem ser unilaterais quando envolvem uma administração fiscal e um contribuinte, ou multilaterais, quando envolvem duas ou mais administrações fiscais (OECD, «*Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017*», 23, acedido 9 de junho de 2021; Xavier, Palma, e Xavier, *Direito tributário internacional*, 442.)

Como reflexo do plano BEPS, a Comissão vem utilizando o regime dos auxílios de Estado no controlo das decisões fiscais prévias, apresentados sob a forma de acordos prévios sobre preços de transferência, como forma de combater o planeamento fiscal agressivo.

Porém, se há autores que veem alguma virtude nesta mobilização, embora defendendo que a Comissão se deverá empenhar na construção de um novo quadro para responder às decisões fiscais prévias (Pierpaolo Rossi-Maccanico, «A New Framework for State Aid Review of Tax Rulings», *European State Aid Law Quarterly* 14, n.º 3 (2015): 378–81.); outros há, defendendo que o regime dos auxílios é um instrumento limitado (R.H.C. Luja, «EU state aid rules and their limits», *Tax Notes International Weekly News* 76, n.º 4 (1 de janeiro de 2014): 353–56; John Temple Lang, «The Gibraltar State Aid and Taxation Judgment – A “Methodological Revolution”?», *European State Aid Law Quarterly* 11, n.º 4 (2012): 805–12; Richard Lyal, «Transfer Pricing Rules and State Aid», *Fordham International Law Journal* 38, n.º 4 (2015): 1042–43.). A verdade é que a Comissão tem inserido estes *tax rulings* no regime dos auxílios de Estado, na medida em que criam para estas empresas uma vantagem, de cunho seletivo, que acarreta perda de receita pública e afeta a livre concorrência reduzindo a dívida fiscal do destinatário no Estado-membro face a outra empresa não beneficiária em situação semelhante. Será assim sempre que os preços de transferência sejam fixados por método que se afaste dos *guidelines* na matéria estabelecidos pela OCDE e do princípio da plena concorrência (*arm’s length principle*) que estes acolhem Sérgio Vasques, *Manual de direito fiscal*, 2ª ed, Manuais universitários (Coimbra: Almedina, 2018), 151 e no mesmo sentido, o Parágrafo 170 da Comunicação da Comissão de 2016. Veja-se também neste sentido o Acórdão do Tribunal de Justiça de 22 de junho de 2006, Bélgica e Forum 187/Comissão, processos apensos C-182/03 e C-217/03 (n.º 96 e 97).

No dia 11 de junho de 2014, a Comissão Europeia iniciou três ações de investigação sobre preços de transferência alegadamente inadequados, na forma de acordos prévios. As ações envolvem a Irlanda, os Países Baixos e o Luxemburgo. A primeira diz respeito ao APP celebrado entre a *Apple Sales International and Apple Operations Europe* e a Irlanda sobre o cálculo da matéria tributável daquela empresa (Auxílio n.º SA-388373. Para a decisão da Comissão na íntegra vide: https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/253200/253200_1851004_674_2.pdf); a segunda, com o mesmo objeto, envolve as autoridades luxemburguesas e a *Fiat Finance and Trade* (Auxílio n.º SA-388375. Quanto à decisão da Comissão: https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/253203/253203_1757564_318_2.pdf); e ainda, a última, partilhando o mesmo objeto das anteriores, envolve os Países Baixos e a *Starbucks Manufacturing EMEA BV* (Auxílio n.º SA-388374. Sobre a decisão completa da Comissão: https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/253201/253201_1762441_575_2.pdf); sobre todos estes casos, vd. PIERPAOLO ROSSI-MACCANICO, *Fiscal State Aids, Tax Base Erosion and Profit Shifting*, *EC Tax Review*, volume 24, issue 2, 2015, p. 64, apud. Ana Paula Dourado, *Governança fiscal global*, 2ª ed. rev. e actual., reimpressão, Monografias (Coimbra: Edições Almedina, 2020), 162.). Como todos os casos são relativamente parecidos, tomemos este último como exemplo. A *Starbucks Manufacturing EMEA BV* («*Starbucks Manufacturing*»), sediada nos Países Baixos, é a única empresa de torrefação de café do grupo *Starbucks* na Europa. Vende e distribui café torrado e produtos conexos (por exemplo, chávenas, alimentos embalados, produtos de pastelaria) aos pontos de venda da *Starbucks* na Europa, no Médio Oriente e em África.

Em 2008, a *Starbucks* celebrou com a autoridade tributária dos Países Baixos um acordo prévio vinculativo que, no entendimento da Comissão, confere uma vantagem seletiva a favor da *Starbucks* na medida em que conduz a uma redução indevida da sua carga fiscal. O modo como a *Starbucks* obteve essa redução foi a seguinte: por um lado, a *Starbucks Manufacturing* pagava royalties substanciais à *Alki* (uma empresa do grupo *Starbucks* estabelecida no Reino Unido) pelo seu *know-how* no domínio da torrefação de café; por outro lado, pagava também um preço inflacionado por café verde à *Starbucks Coffee Trading SARL*, baseada na Suíça.

A investigação da Comissão revelou que os royalties pagos pela *Starbucks Manufacturing* à *Alki* não refletem o valor que se estabeleceria em condições normais de mercado e que a matéria coletável da *Starbucks Manufacturing* é também reduzida, devido ao preço muito inflacionado que paga pelo café verde a uma empresa relacionada, a *Starbucks Coffee Trading SARL*. Devido ao elevado fator de custo na torrefação do café, as atividades de torrefação de café da *Starbucks Manufacturing* não poderiam conseguir gerar lucros suficientes para pagar royalties à *Alki*. Desta feita, os royalties tinham como principal efeito transferir para a *Alki* os lucros gerados pelas vendas de outros produtos nos pontos de venda da *Starbucks*, nomeadamente chá, produtos de pastelaria e chávenas, que representam a maior parte do volume de negócios da *Starbucks Manufacturing*.

Tanto neste caso como nos restantes acima mencionados, a Comissão está a adotar uma investigação casuística assente na análise de APP’s individualmente aplicados às empresas em questão, sendo certo que na ótica da Comissão, os acordos prévios vinculativos não devem ter o efeito de conferir às empresas em causa (e outras), uma tributação mais baixa do que a tributação das outras empresas, em situação legal e factualmente equiparável. As autoridades tributárias, ao aceitarem que as multinacionais se afastem das condições de

3. A fragilidade dos elementos de conexão tradicionais

A invocação e a aplicação das regras do DFI dependem da existência de situações fiscais plurilocalizadas e, como é comumente sabido, aquilo que revela a plurilocalização das situações fiscais são os elementos de conexão¹⁷⁹. Estes são, no quadro estritamente fiscal, «relações ou ligações existentes entre as pessoas, os objetos e os factos com os ordenamentos tributários»¹⁸⁰. Assim, a competência de uma determinada jurisdição no quadro fiscal internacional nasce da superior valoração de um certo elemento de conexão em face de outro(s) elemento(s) de conexão¹⁸¹.

Desta forma, é com base nos aspetos determinantes da soberania estadual que se identificam os elementos de conexão¹⁸² – das situações tributárias internacionais com a

mercado, estabelecendo condições diferentes nas operações intra-grupo, através de acordos prévios vinculativos discricionários, renunciam a receitas fiscais. Isso acontece, especialmente, quando aceitam condições para as operações comerciais que se afastam das condições aplicáveis entre entidades independentes. Assim, para se determinar se um método de apuramento do lucro tributável dá origem a uma vantagem, é necessário comparar esse método com o sistema de regras. Este assenta na diferença entre lucros e perdas de uma empresa que desenvolve a sua atividade, segundo as condições normais de mercado. A Comissão alega, novamente, que os acordos prévios não se devem afastar daqueles acordos que um operador independente e prudente que atue segundo as condições normais de mercado, teria aceitado. Condições essas que são atingidas através dos preços de transferência, segundo o princípio da plena concorrência.

A Comissão, neste caso, concluiu que os Países Baixos, concederam um auxílio indevido à *Starbucks SMBV* através do acordo prévio, violando o artigo 108.º, n.º 3 do TFUE, e que os Países Baixos deverão recuperá-los por força do art. 16.º do Regulamento n.º 1589/2015.

Vide o anexo 4 para um esquema gráfico do que sucedeu neste caso.

¹⁷⁹ Um elemento de conexão é uma das três partes de uma norma de conflitos (objeto da conexão, elemento de conexão e a consequência jurídica) e, portanto, um conceito proveniente do Direito Internacional Privado, cuja função consiste em localizar a situação jurídica num espaço legislativo determinado e, bem assim, de a situar no quadro de um certo sistema de direito. Neste sentido, veja-se a proficiente escola de Coimbra com António de Arruda Ferrer Correia e Luís Barreto Xavier, *Lições de direito internacional privado*, 4ª reimpressão (Coimbra: Almedina, 2007), 178 e ss. João Baptista Machado, *Lições de Direito Internacional Privado*, 3.ª Edição, actualizada (Coimbra: Almedina, 2017), 79 e ss. Por maioria de razão, e por uma questão de unidade dos ramos jurídicos, este conceito “assenta como uma luva” ao Direito Fiscal Internacional. Assim, vd. Xavier, Palma, e Xavier, *Direito tributário internacional*, 223 e ss.; Rui Duarte Morais, «Imputação de lucros de sociedades não residentes: o art.º60º do CIRC no quadro das legislações CFC» (Porto, s.n., 2003), 93 e ss.

¹⁸⁰ Xavier, Palma, e Xavier, *Direito tributário internacional*, 224.

¹⁸¹ Pires, *Tributação internacional do rendimento empresarial gerado através do comércio electrónico*, 212.

¹⁸² De facto, a soberania tributária traduz-se numa manifestação específica da soberania do Estado que lhe permite criar e implementar a sua própria política fiscal, exercendo os seus poderes tributários relativamente a situações tributárias internas e a situações tributárias internacionais com elementos de conexão relevantes com esse Estado, bem como negociando em matéria tributária com outros Estados. Assim, relativamente às situações tributárias internacionais, a definição do alcance da soberania tributária do Estado depende, fundamentalmente, dos elementos de conexão com esse Estado que forem considerados relevantes, quer nos termos da legislação tributária interna, quer dos tratados internacionais que vinculem o Estado. Fica patente a importância, em termos de incidência e da eficácia efetivas da soberania tributária, que assume a escolha dos elementos de conexão aos quais é atribuída relevância para efeitos de tributação. Vd. Pereira, *Princípios do direito fiscal internacional*, 85–86.

jurisdição tributária de um Estado – de natureza subjetiva, referentes ao titular do rendimento, e de natureza objetiva, relativos ao facto tributável¹⁸³.

Os elementos de conexão em referência, respetivamente a residência e a fonte do rendimento, permitem chegar aos dois princípios basilares atualmente aceites no que toca à fundamentação do poder tributário dos Estados: o princípio da residência e o princípio da fonte.

Efetivamente, a economia digital levanta desafios aos elementos de conexão tradicionais, ambos ligados, embora de formas distintas, à presença física no território de determinado Estado, despertando uma crise dos elementos de conexão¹⁸⁴, cuja questão subjacente é a de saber *onde* tributar, isto é, como proteger o direito de tributação num país onde as empresas podem prestar serviços digitais sem presença física, porém mantendo uma verdadeira presença comercial. Assim, verifica-se que, no presente quadro escapam, frequentemente, à tributação lucros empresariais de valor significativo, porque, não obstante apresentarem algum tipo de ligação com a criação do valor e do lucro¹⁸⁵, os Estados não conseguem identificar, no seu território, os elementos de conexão previstos na lei interna e/ou nas CDTs, ou a presença de um estabelecimento estável de uma entidade não-residente que aí desenvolve a sua atividade¹⁸⁶. É que, como referimos, as empresas não-residentes operam hoje nas jurisdições de mercado de forma manifestamente diferente daquela que resultaria aquando do desenho das disposições fiscais: os desafios existentes na época não se assemelham aos atuais e, por conseguinte, os novos modelos de negócio rompem com o *status quo* do Direito Internacional Fiscal¹⁸⁷.

¹⁸³ Pereira, 86–87.

¹⁸⁴ Expressão de Pires, Tributação internacional do rendimento empresarial gerado através do comércio electrónico, 212.

¹⁸⁵ Este conceito «criação de valor» foi introduzido pela OCDE nas suas ações do Plano BEPS, porém o seu significado ainda não foi plenamente concretizado, gerando críticas quanto ao seu valor. Neste sentido, *vd.* Adolfo J. Martín Jiménez, «Value Creation: A Guiding Light for the Interpretation of Tax Treaties?», *Bulletin for International Taxation* 74, n.º 4/5 (2020): 197 e ss. É um tema que aprofundaremos posteriormente.

¹⁸⁶ Pereira, *Convenções Sobre Dupla Tributação no Atual Direito Fiscal Internacional*, 33.

¹⁸⁷ Estes modelos põem em xeque a ideia de que uma empresa não-residente apenas pode operar significativamente numa jurisdição de mercado mediante uma presença física, traduzida tipicamente numa instalação fixa na forma de Estabelecimento Estável ou através de um agente – o Estabelecimento estável agência. Vide OECD, *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 - 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project (OECD, 2015).

Neste contexto, exemplificando, tem particular relevância o caso *França c. Google*¹⁸⁸, cuja empresa detinha uma subsidiária – a *Google Ireland Limited* – sem presença física em França. Por outro lado, outra empresa do mesmo grupo – a *Google France* – prestava, mediante remuneração, serviços administrativos e publicitários (*marketing*) à *Google* Irlanda. Na verdade, a empresa francesa não aceitava realizar trabalhos publicitários cujo fito fosse a sua exibição em terras gaulesas, porquanto estava submissa à *Google* Irlanda e à sua autorização.

No respeitante ao DFI, a questão é, mais concretamente, a seguinte¹⁸⁹: quando uma empresa não-residente vende serviços publicitários a consumidores locais e outra empresa do mesmo grupo no Estado da fonte está apenas encarregue do *marketing* e de funções administrativas sem concluir formalmente contratos com os consumidores, pode a última ser considerada um Estabelecimento Estável e, sobretudo, um Estabelecimento Estável agência da primeira?

Esta questão foi respondida negativamente pelo *Tribunal administratif de Paris*, que não considerou que a *Google* França detivesse a autoridade necessária para concluir contratos¹⁹⁰.

Todavia, num outro acórdão – *Espanha c. Dell* –, concernente a uma questão semelhante e, portanto, na deteção de um Estabelecimento Estável agência, o tribunal interpretou disposições substancialmente idênticas, ambas seguindo o Modelo de Convenção da OCDE, de maneira oposta¹⁹¹.

Estes acórdãos são o exemplo da tendencial inadequação das regras fiscais internacionais, na medida em que originam interpretações plurívocas – em especial evidenciando a erosão do conceito de estabelecimento estável¹⁹² – que carecem de uma

¹⁸⁸ *Google Ireland Limited c. Administration générale des finances publiques*, Caso 1505113/1-1, Tribunal administratif de Paris, de 12 de julho de 2017.

¹⁸⁹ Vide Alessandro Turina, «The Progressive Policy Shift in the Debate on the International Tax Challenges of the Digital Economy: A “Pretext” for Overhaul of the International Tax Regime?», *Computer Law & Security Review* 36 (2020): 2, cuja questão é igualmente colocada pelo autor.

¹⁹⁰ Na verdade, o tribunal entendeu que a *Google* França somente desempenhava atividades preparatórias ou auxiliares conforme o prescrito no art. 5.º/4 do CM-OCDE. Para mais detalhes sobre este caso cfr. Jonathan Schwarz, «[Permanent Establishment: La Lutte Continue](#)», *Kluwer International Tax Blog*, 2017, 1 e ss. Além disso, cfr. os parágrafos 11, 13 e 16 do referido [acórdão](#).

¹⁹¹ [Espanha c. Dell, junho de 2016, Tribunal Supremo, secção de Contencioso, n.º 1475/2016](#).

¹⁹² É evidente a facilidade da elisão da qualificação como estabelecimento estável no âmbito da economia digital, tendo em conta que variados negócios prescindem, em grande medida, de presença física no território onde se encontram os clientes. A instalação fixa num determinado Estado, outrora condição necessária tornou-se perfeitamente dispensável para se obterem elevados rendimentos empresariais nesse Estado. Neste campo, têm vindo a surgir propostas ao nível da UE e da OCDE, no sentido de ajustar o

adaptação aos modelos de negócio e às dinâmicas que a economia digital suscita, pautadas por uma forte desmaterialização do exercício da atividade geradora de lucro e, por osmose, de interpretações distintas quanto a disposições idênticas representando o marasmo atual ao nível interpretativo¹⁹³.

Começemos, então, por uma brevíssima explanação destes princípios, que nos são bem familiares, para depois enveredarmos numa exposição de alguns dos problemas que deles decorrem no contexto da economia digital.

3.1. O Princípio da Residência

A residência desempenha um papel capital na estrutura e operacionalidade do DFI configurando o elemento de conexão por excelência com os ordenamentos jurídicos tributários¹⁹⁴.

De acordo com o princípio da residência, a conexão relevante para fundamentar o poder tributário de um Estado é a residência no seu território do titular dos rendimentos em apreço¹⁹⁵, sendo que é através deste princípio que se concretiza a tributação efetiva pelo rendimento global do contribuinte: o *World Wide Income principle*.

A residência afigura-se-nos como um elemento de conexão subjetivo, representando uma ligação pessoal ou subjetiva do sujeito ao território. Conforme estejamos perante pessoas singulares ou pessoas coletivas, a residência também será individual ou de entes coletivos¹⁹⁶, naturalmente.

O conceito tradicional de residência no plano internacional está ancorado no conceito de residência presentes em cada um dos ordenamentos jurídicos nacionais (conforme o nosso sublinhado abaixo). Trata-se, portanto, de um conceito que não é internacionalmente autónomo, mas antes dependente do normativo interno fiscal dos

tradicional conceito de estabelecimento estável aos contornos da economia digital, designadamente mediante o recurso ao conceito de “presença económica e digital significativa”. Vide Pereira, *Convenções Sobre Dupla Tributação no Atual Direito Fiscal Internacional*, 33.

¹⁹³ A. J. Martín Jiménez, «The Spanish Position on the Concept of a Permanent Establishment: Anticipating BEPS, beyond BEPS or Simply a Wrong Interpretation of Article 5 of the OECD Model?», *Bulletin for International Taxation* 70, n.º 8 (2016): 458.

¹⁹⁴ Gustavo Lopes Courinha, *A residência no direito internacional fiscal: do abuso subjectivo de convenções*, Coleção Teses (Coimbra: Almedina, 2015), 37.

¹⁹⁵ Pereira, *Princípios do direito fiscal internacional*, 98–99.

¹⁹⁶ Embora para o propósito do nosso trabalho apenas nos importe a residência de pessoas coletivas, julgamos que esta distinção merece clarificação.

Estados Contratantes, segundo uma regra de reenvio especial¹⁹⁷. Com efeito, o art. 4.º, n.º 1 do CM-OCDE¹⁹⁸ estatui, no que por ora interessa, o seguinte:

«Para efeitos da Convenção, a expressão ‘residente de um Estado contratante’ significa qualquer pessoa que, por virtude da legislação desse Estado, está aí sujeita a imposto devido ao seu domicílio, à sua residência, ao local de direção ou a qualquer outro critério de natureza similar, aplica-se igualmente a esse Estado e às suas subdivisões políticas ou autarquias locais.»

Face a esta dependência dos critérios nacionais e da diversidade de critérios constantes das normas desses ordenamentos¹⁹⁹, surge a possibilidade de se verificar situações de dupla residência e, por conseguinte, foram estabelecidas *tie-breaker rules*, regras de preferência que dão, claro está, prevalência a determinadas ligações²⁰⁰.

Quanto à residência societária, a OCDE prescrevia até 2017, que o critério a ter em consideração em casos de dupla residência das pessoas coletivas, seria exclusivamente a sua direção efetiva. Por seu turno, de 2017 em diante, a OCDE estatui que os Estados-contratantes deverão encetar conversações para chegar a um acordo mútuo no sentido de resolver os possíveis casos de dupla residência. Ainda assim, o novo parágrafo 3 do artigo 4.º do CM-OCDE, indica como fatores relevantes a atender, não só a direção efetiva, como

¹⁹⁷ Courinha, A residência no direito internacional fiscal, 67–68.

¹⁹⁸ Veja-se a CM-OCDE, disponível em: [Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017 | \(oecd-ilibrary.org\)](https://www.oecd-ilibrary.org/tax-conventions/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-condensed-version-2017_13c9d982).

¹⁹⁹ No CIRC e, bem assim, na maioria dos congéneres europeus, “consideram-se residentes as pessoas coletivas e outras entidades que tenham sede ou direção efetiva em território português.” – cfr. art. 2.º, n.º 3. No ordenamento jurídico Espanhol, [o art. 8.º do Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de março, Impuesto sobre Sociedades](#), referencia 3 critérios segundo os quais se define a residência das pessoas coletivas: a constituição segundo as leis espanholas, domicílio social em território espanhol, ou sede da direção efetiva (direção e controlo do conjunto das suas atividades localizadas em território espanhol). Em Itália, no [art. 5.º, n.º 3, alínea d\), do Testo Único delle Imposte sui Redditi](#), diferentemente, o legislador optou por fixar ainda, em alternativa, a residência fiscal por referência ao local de exercício da atividade que forma o objeto principal da sociedade, com o intuito de dificultar a transferência da residência societária para o estrangeiro. Nos Estados Unidos da América, para uma sociedade, doméstica ou estrangeira, ser considerada residente tem apenas que proceder a um registo – critério do local de incorporação ou registo (*place of incorporation*). Vd. Reuven Shlomo Avi-Yonah, Diane M. Ring, e Yariv Brauner, U.S. international taxation: cases and materials, 4th ed, University casebook series (St. Paul: Foundation Press, 2019), 188.

²⁰⁰ Estas regras de preferência deslindam-se nos números 2 (para as pessoas singulares) e 3 (para as pessoas coletivas) do artigo 4.º do CM-OCDE. Se para a residência individual, a OCDE apresenta uma listagem hierarquicamente organizada, o mesmo não se pode dizer quanto à residência societária.

também o registo da sociedade, como ainda outros que os Estados-contratantes entendam relevantes para o caso concreto²⁰¹.

Tanto num caso como noutro, *rectius*, tanto na convenção-modelo pré-2017 como na convenção-modelo pós-2017, a OCDE não procede à delimitação do conceito de direção efetiva nem do local de registo. Para tanto, devemos recorrer aos comentários ao Modelo de Convenção^{202,203}.

Os comentários da nova CM-OCDE, não apresentam uma noção exata de direção efetiva²⁰⁴, antes apresentando um elenco de fatores que as autoridades nacionais competentes deverão atender, tais como: o local onde são realizadas as reuniões dos administradores da empresa; o local onde os administradores e outros membros do conselho de administração desempenham a sua atividade; o local onde se encontra localizada a sede da empresa; as leis

²⁰¹ O parágrafo 3 do art. 4.º da CM-OCDE: prescreve o seguinte: «Where by reason of the provisions of paragraph 1 a person other than an individual is a resident of both Contracting States the competent authorities of the Contracting States shall endeavour to determine by mutual agreement the Contracting State of which such person shall be deemed to be a resident for the purposes of the Convention, having regard to its place of effective management, the place where it is incorporated or otherwise constituted and any other relevant factors. In the absence of such agreement, such person shall not be entitled to any relief or exemption from tax provided by this Convention except to the extent and in such manner as may be agreed upon by the competent authorities of the Contracting States.».

²⁰² Quanto ao valor dos comentários, pode-se acompanhar a doutrina maioritária, dizendo que constituem instrumentos *soft law*. Neste sentido, Frank A. Engelen, *Interpretation of tax treaties under international law: a study of articles 31, 32, and 33 of the Vienna Convention on the Law of Treaties and their application to tax treaties*, Doctoral series, v. 7 (Amsterdam: IBFD Publications, 2004), 15–36 e 38. Vide as posições de Alexander Rust, ed., *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions*, 5th edition (Alphen aan den Rijn, The Netherlands: Wolters Kluwer, 2015), 46–47; Peter Harris e David Oliver, *International Commercial Tax*, 1.ª ed. (Cambridge; New York: Cambridge University Press, 2010), 34–36; Brian J. Arnold, «The Interpretation of Tax Treaties: Myth and Reality», *Bulletin for International Taxation*, Journal Articles & Opinion Pieces IBFD, 64, n.º 1 (2010): 5–8. De forma mais sintética das várias correntes doutrinárias, recomenda-se a leitura de Hugo Pinheiro Ferreira, «O valor dos Comentários à Convenção Modelo da OCDE à luz dos protocolos e outros acordos colaterais anexos às Convenções de Dupla Tributação», 2014, 17 e ss.; Dinis Tracana e João Carmona Lobita, «A Soberania Fiscal dos Estados face à coordenação fiscal Internacional: enquadramento jurídico dos instrumentos da cooperação fiscal internacional», em *Fiscalidade Internacional: Questões Atuais* (Coimbra: Almedina, 2023), 195 e ss. Por outro lado, cabe-nos salientar o caso das CDTs celebradas pela Colômbia com o Reino Unido e com a França, cujo preâmbulo a sua interpretação de acordo com os Comentários à Convenção Modelo da OCDE, apresentando-se como um exemplo de conversão de *soft law* em *hard law*.

²⁰³ Os comentários somente delimitam o conceito de direção efetiva, já que quanto ao local de registo a OCDE não procede à sua noção, embora nos pareça que tal também fosse desnecessário... No respeitante ao artigo 4.º do CM-OCDE, veja-se as [páginas 107 e ss. dos comentários, na versão condensada de 2017, e as páginas 261 e ss., na versão completa](#).

²⁰⁴ Ao contrário da precedente em que se estipulava, claramente, no parágrafo 24 dos comentários ao parágrafo 3 do artigo 4.º que «a direção efetiva é o local onde são tomadas as decisões chave tanto a nível de gestão como a nível comercial, necessárias à condução das atividades da entidade como um todo. Todas as circunstâncias e factos relevantes devem ser examinados para determinar o lugar da direção efetiva. Uma entidade pode ter mais do que um lugar de direção, mas pode ter apenas um lugar de direção efetiva em qualquer tempo determinado».

do país que confere personalidade jurídica à empresa; o local onde estão os registos contabilísticos, entre outros²⁰⁵.

Esta opção vem ao encontro do estudo de SOUSA DA CÂMARA, posto que recolheu, em conformidade com diversas posições da doutrina e jurisprudência sedimentada, índices, principais e secundários, que permitem aferir onde se encontra a direção efetiva de uma empresa²⁰⁶.

Este estudo valeu-lhe a conclusão, que acompanhamos e que é, aliás, corroborada pela OCDE no parágrafo 3 do art. 4.º da CM-OCDE, segundo a qual, «na prática, a efetiva apreciação e avaliação do que se entende por direção efetiva acaba por ser efetuada no seio de cada Estado que aplica a Convenção, pelo inspetor tributário, pela empresa ou pelos tribunais em função de uma panóplia de elementos que, isoladamente por si, podem ser irrelevantes ou insuficientes»²⁰⁷. De facto, a OCDE propugna uma avaliação casuística a ser resolvida pelos Estados-contratantes, de acordo, portanto, com o critério que melhor serve os seus interesses.

3.1.2. Problemas que a economia digital coloca ao Princípio da Residência

Como vimos no ponto anterior, o critério da residência tem no seu núcleo o conceito de direção efetiva, cuja noção se vê confrontada hodiernamente pelas realidades virtuais. No mundo virtual em que vivemos, em que o recurso a meios telemáticos para partilha de dados e que permitem a realização a distância de um elenco cada vez maior de atividades e tarefas que, até há algumas décadas, obrigavam a uma deslocação física ou à partilha de elementos corpóreos. A forma como o trabalho dependente é prestado é muito diversa e o recurso ao

²⁰⁵ Cfr. OECD, «[Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017](#)», OECD Publishing, 2017, 112–13.

²⁰⁶ Entre os índices principais apontados pelo autor encontram-se os seguintes: onde são realizadas as reuniões do conselho de administração; onde são tomadas as decisões mais importantes; quem adota as decisões mais importantes; onde é adotada a “política societária” e quem a determina; a existência de outros corpos sociais (e.g. conselhos consultivos) e com que tipo de poderes; o conselho de administração recebe ou não instruções de terceiros, residentes noutros Estados para deliberar e executar as suas decisões; quem celebra os contratos societários e se estes estão sujeitos a aprovações prévias ou ratificações posteriores, para além de possíveis autorizações a conceder pela Assembleia Geral no âmbito normal de um controlo do grupo; onde são celebrados os contratos celebrados pela sociedade; existem ou não contratos de administração celebrados por entidades terceiras que não sejam administradores eleitos pela Assembleia Geral. Além destes índices acrescem outros que se prendem com a residência dos administradores; o local onde se realiza a atividade económica empresarial; o local da residência do acionista único ou principal; bem como os elementos societários e contabilísticos que também devem ser apreciados em função do tipo de sociedade. Neste sentido, vd. Francisco Sousa da Câmara, «A dupla residência das sociedades à luz das convenções de dupla tributação», *Ciência e Técnica Fiscal: Boletim da Direcção-Geral das Contribuições e Impostos*, 2001, 69–71.

²⁰⁷ Câmara, 73.

teletrabalho é, agora, comum. Pelas mesmas razões o próprio conceito de localização das entidades que exercem a direção efetiva das empresas é hoje mais difícil de delimitar. Na verdade, mais do que um país pode considerar que uma reunião onde foi tomada uma decisão fundamental para a empresa ocorreu na sua respetiva jurisdição e, por conseguinte, estará autorizada a tributar²⁰⁸.

Para expormos a referida questão de saber onde se localiza a direção efetiva de uma empresa na realidade digital, tomemos o exemplo fornecido por RITA CALÇADA PIRES²⁰⁹:

«“Sonhos Virtuais” é uma sociedade que transforma os sonhos dos seus clientes em vídeos animados, digitalmente trabalhados, com base em fotografias e textos. Momentos já vividos, ou ainda por viver, são transformados em filmes, como forma de perpetuá-los ou imaginá-los. A sociedade apresenta um *website* através do qual os clientes obtêm a informação dos serviços prestados e através do qual a podem contactar, preenchendo um formulário com os seus objetivos, desejos e demais especificações, anexando ficheiros sob o formato digital. O *website* está alojado num servidor externo à sociedade, pertencente a terceiro, um provedor de serviços de Internet. A empresa tem três administradores, cada um localizado num país diferente que comunicam entre si, bem como realizam as reuniões de direção através de *e-mail* ou videoconferência e tomam as decisões pela mesma forma eletrónica, utilizando a técnica da assinatura digital. Os vários trabalhadores agregados à sociedade encontram-se dispersos por vários países ligados entre si e aos administradores, por uma intranet. Trabalham rotativamente e continuamente, em função do fuso horário. Não há qualquer hierarquia entre os trabalhadores e não há outra entidade superior, que não os administradores, administradores esses que dividem o trabalho de gestão entre si, não obedecendo a qualquer processo rígido. Os registos e a contabilidade da “Sonhos Virtuais” estão apenas em formato eletrónico, na posse de todos os administradores nos seus discos rígidos. A reunião de acionistas é feita sem deslocação física, uma vez mais, com recurso aos meios eletrónicos.»

Quid iuris?

No exemplo exposto, se prosseguirmos na investida de aplicar o conceito de direção efetiva tradicional, não lograremos indicar efetivamente o local da residência das sociedades envolvidas nos negócios eletrónicos.

²⁰⁸ Björn Westberg, *Cross-Border Taxation of E-Commerce*, 2002, 97.

²⁰⁹ Pires, *Tributação internacional do rendimento empresarial gerado através do comércio electrónico*, 222.

Com efeito, não é possível encontrar um local específico onde se faça a gestão estratégica: nem os diretores se encontram num local único, nem os acionistas se deslocam para as suas assembleias gerais. Por outro lado, também não se consegue detetar a existência de um local específico onde se faça a gestão corrente: a direção é dispersa e os trabalhadores pulverizados por vários países. Depois, o endereço eletrónico também não é fiável, posto que nem sempre é correspondente com a localização geográfica. Tal como não é fiável e nem sempre correspondente com a localização geográfica, o endereço IP, por força da, justamente, possibilidade de manipulação²¹⁰. É, justamente, o trunfo da mobilidade a permitir a deslocalização constante.

Do que apresentámos parece resultar que o princípio da residência carece igualmente de ajustamentos ao nível da tributação do rendimento na economia digital.

3.2. O Princípio da Fonte

De acordo com o princípio da fonte, o poder de tributar pertence ao Estado onde o rendimento é criado, ou seja, a conexão relevante para fundamentar o poder tributário de um Estado é o local de origem ou proveniência dos rendimentos. Nos termos deste, o Estado tem o direito de tributar os factos ocorridos no seu território, independentemente de os titulares do rendimento serem nacionais ou estrangeiros, residentes ou não²¹¹. Traduz-se na ideia de que o Estado em que o rendimento é gerado é aquele que mais contribuiu para a respetiva formação^{212_213}.

²¹⁰ Embora já haja formas tecnológicas de contornar este óbice. Quanto ao que se referiu acima, *vide* Pires, 223 e Anne Fairpo, *Taxation of electronic commerce: residence*, 6. Esta Autora reforça, «[t]he correspondence between Internet addresses and geographical location is very weak; country suffices (.uk or .au, for example) are more a matter of choice than obligation – it is not difficult to register an Internet address in another country, and non-suffix addresses (.com, .org, etc) intended to indicate a US location are in widespread use outside the US».

²¹¹ Pereira, *Princípios do direito fiscal internacional*, 104 e 105.

²¹² No entender de SÉRGIO VASQUES, “a concretização plena deste princípio passaria pela opção de um sistema de tributação estritamente territorial, em que a cada Estado ficassem sujeitos a imposto os rendimentos que aí tivessem origem, independentemente do Estado em que o respetivo titular tivesse residência. Se o princípio da residência constitui o princípio dominante na construção dos modernos sistemas de tributação do rendimento, não deixa de caber neles um papel importante à tributação baseada no princípio da fonte. De facto, na generalidade dos ordenamentos em que para os residentes vigora um sistema de tributação universal, é comum que os não residentes fiquem obrigados também a pagar imposto, embora apenas sobre os rendimentos com fonte no território, de acordo com um método dito de sujeição limitada (limited tax liability)”. Cfr. Vasques, *Manual de direito fiscal*, 115–16. Para além do que refere o Autor precedente, veja-se as considerações que tecemos acerca do princípio do benefício no ponto relativo à princípio da Equidade.

²¹³ No entanto, certos autores entendem que «[s]ource rules are a convention whereby a state defines the connection between a stream of income and its territory. Despite all legal and economic thinking, neither economic nor legal theory provide an explanation to source rules. They are more based on perceptions of what

A prática internacional, contudo, diz-nos que os lucros de uma empresa são tributados no Estado onde se encontra a residência dessa empresa. Esta regra é, porém, complementada no caso de a empresa ter um E.E. num outro Estado, facto que gera a possibilidade de outro Estado tributar os rendimentos que possam ser legitimamente imputados a esse E.E. É este o regime constante do CM-OCDE, no seu artigo 7.º, n.º 1²¹⁴. Deste regime resulta que a Fonte só pode tributar no caso de existir um E.E. Nos restantes casos caberá à residência a totalidade do poder tributário²¹⁵.

3.2.1. O relevo da noção de Estabelecimento Estável na atualidade

O conceito de estabelecimento estável é de suma importância na tributação internacional e ocupa um ponto fulcral na dialética entre o princípio da fonte e o princípio da residência²¹⁶.

Por um lado, exclui que a regra da tributação do lucro das empresas seja, exclusivamente, a da tributação no Estado da residência, e permite atribuir, competência(s) tributária(s) também ao(s) Estado(s) da fonte, no caso de lucros imputáveis a um estabelecimento estável situado no(s) seu(s) território(s)²¹⁷.

a state should tax and its capacity to enforce the specific rule», vd. Jiménez, «Value Creation: A Guiding Light for the Interpretation of Tax Treaties?», 1; Mitchell Kane, «A Defense of Source Rules in International Taxation», *Yale Journal on Regulation*, 2015, 311; Hugh J. Ault e David F. Bradford, «Taxing International Income: An Analysis of the US System and Its Economic Premises», em *Taxation in the Global Economy* (University of Chicago Press, 1990), 11 e ss.

²¹⁴ O art. 7.º do CM-OCDE, sob a epígrafe “lucros das empresas”, estatui que: «os lucros de uma empresa de um Estado contratante só podem ser tributados nesse Estado, a não ser que a empresa exerça a sua atividade no outro Estado contratante por meio de um estabelecimento estável aí situado. Se a empresa exercer a sua atividade deste modo, os seus lucros podem ser tributados no outro Estado, mas unicamente na medida em que forem imputáveis a esse estabelecimento estável». Há, no entanto, quem considere que, face ao preceituado, seria uma designação mais rigorosa aquela que continha o princípio da residência e do estabelecimento estável na sua epígrafe. Neste sentido, vd. Klaus Vogel, ed., *Klaus Vogel on double taxation conventions: a commentary to the OECD-, UN- and US model conventions for the avoidance of double taxation on income and capital with particular reference to German treaty practice*, 3rd ed (London: Kluwer Law International, 1997), 400.

²¹⁵ Pires, *Tributação internacional do rendimento empresarial gerado através do comércio electrónico*, 236.

²¹⁶ Conforme salienta MARIA CELESTE CARDONA, «o conceito de estabelecimento estável é nuclear e fundamental, quer no âmbito do direito interno para efeitos de tributação de entidades não residentes pelos seus rendimentos comerciais, industriais ou agrícolas, quer a nível internacional a propósito da regulamentação de normas de repartição do poder de tributar pelo Estado da fonte e pelo Estado da residência, com o fim de evitar a dupla tributação jurídica internacional», *cf.* Maria Celeste Cardona, «O Conceito de Estabelecimento Estável: algumas reflexões em torno deste conceito», *Estudos em Homenagem à Dr.ª Maria de Lourdes Órfão de Matos Correia e Vale*, *Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 171 (1995): 249.

²¹⁷ Com efeito, sob a epígrafe «lucros das empresas», o art. 7.º do CM-OCDE prescreve que os lucros de uma empresa são tributados somente no Estado de residência desta, a não ser que exerça a sua atividade noutro Estado através de um E.E. aí situado. Neste caso, os lucros daquela empresa serão tributados no Estado de localização do E.E. apenas na medida em que sejam imputáveis a esse estabelecimento.

Por outro lado, a utilização do referente estabelecimento estável leva a uma formulação restrita do princípio da fonte, na medida em que faz depender a tributação no Estado da fonte da existência de, precisamente, o estabelecimento estável no seu território e, em regra, limita tal tributação aos lucros que sejam imputáveis a esse mesmo estabelecimento estável. *A contrario sensu*, conclui-se que se afasta a competência do Estado da fonte para tributar os rendimentos derivados de atividades desenvolvidas no seu território sem recurso a um estabelecimento estável aí localizado²¹⁸.”

O conceito de estabelecimento estável, não obstante os desafios que se lhe colocam pelas estratégias de planeamento fiscal, pela concorrência fiscal e, quanto ao que mais nos interessa, pela economia digital, continua a merecer grande acolhimento, encontrando-se no artigo 5.º, n.º 1 da CM-OCDE²¹⁹, cuja norma prescreve o seguinte:

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

Com base no referido preceito, são três os elementos cumulativamente exigidos para que possamos estar perante um estabelecimento estável²²⁰. Em primeiro lugar, exige-se a existência de uma instalação; em segundo, o carácter de permanência da mesma; e, por fim, o exercício da atividade da empresa através dessa instalação fixa²²¹, ou seja, o E.E.

²¹⁸ Pereira, Princípios do direito fiscal internacional, 133–34.

²¹⁹ Este artigo, bem como as convenções sobre a dupla tributação entre nós celebradas, consagram a teoria da pertença económica (*economic allegiance*), com algumas cedências à teoria da realização. Em meados do século XX, desenharam-se duas teorias para a definição do conceito de estabelecimento estável. De um lado, a teoria da realização, para a qual só seriam estabelecimentos estáveis as instalações que adquirem ou realizam diretamente um lucro, tendo um carácter imediatamente produtivo. Tinha como principal defensor Carroll. Do outro lado, temos a teoria da pertença económica, segundo a qual bastava, para a existência de um estabelecimento estável, que as instalações se inserissem na economia de um país, independentemente do seu carácter imediatamente produtivo, sendo sustentada pelos autores Ehrenzweig e Michel. Quanto ao que se disse veja-se Xavier, Palma, e Xavier, Direito tributário internacional, 337.

²²⁰ Acolhemos a bifurcação entre E.E. real e E.E. pessoal (através de agente independente) convocada por Xavier, Palma, e Xavier, 311 e ss.; Pereira, «Em Torno dos Princípios do Direito Fiscal Internacional», 2023, 254 e ss.; Pires, *Tributação internacional do rendimento empresarial gerado através do comércio electrónico*, 229 e ss. Sobre as ficções do E.E., vd. Skaar, *Permanent establishment*; Pires, *Tributação internacional do rendimento empresarial gerado através do comércio electrónico*, pp. 246 ss. De facto, a expressão surge no ordenamento anglo-saxónico como “PE fiction”. No fundo, da ficção trata-se tão-somente do n.º 3 e n.º 5 do artigo 5.º da CM-OCDE: a cláusula do estaleiro de construção e da cláusula da agência, isto é, do E.E. agência, respetivamente. A lógica de ambos números é a de promover uma interpretação adaptativa às dificuldades da metamorfoseanda realidade económica.

²²¹ Quanto aos elementos que compõem o estabelecimento estável tradicional, vide, de modo mais desenvolvido, Xavier, Palma, e Xavier, 337 e ss.

representa um nível mínimo de presença (*threshold*) e de ligação ao território de um determinado Estado. No entanto, os restantes números do art. 5.º concretizam a definição com exemplos e estabelecem uma regra de exclusão relativamente a locais utilizados unicamente para determinadas tarefas preliminares ou acessórias da atividade económica principal²²².

Em jeito conclusivo, o conceito de E.E.²²³, bem como a sua importância em termos de determinação da legitimidade tributária dos Estados, surgiu quando o panorama do comércio internacional era bastante diferente daquele que existe atualmente. A presença física era a única forma de exercer uma atividade empresarial relevante num determinado território. Todavia, tal presença física não constitui meio para atingir um fim, *i.e.*, não é mais condição necessária para que as empresas obtenham rendimentos num Estado. De facto, as empresas podem estar presentes num determinado Estado sem necessitarem de ter aí qualquer presença física estável.

3.2.2. Problemas que a economia digital coloca ao critério da fonte

A economia digital traz problemas para a determinação da fonte dos rendimentos e, conseqüentemente, para relevância da conexão com um determinado Estado aferida por referência ao E.E. Estes problemas são marcados pela desarticulação entre a realidade física/corpórea e a realidade digital/incorpórea do universo digital²²⁴.

As regras de tributação na fonte através do E.E. são postas em xeque, porquanto mantêm a mesma base de organização espacial no que se refere ao tratamento da questão fiscal da economia digital. É que na economia digital, em vez de um espaço geográfico com fronteiras físicas bem delimitadas²²⁵, existe, antes, um espaço virtual, tendencialmente universal.

²²² Lopes, «Uma análise revisitada do conceito de estabelecimento estável - a emergência do digital», 90. Na legislação portuguesa, o conceito de E.E encontra-se estabelecido no artigo 5º do CIRC (*cfr.* o artigo).

²²³ Bem sabemos da brevidade desta reflexão, no entanto, apenas pretendíamos dar nota de que a realidade atual prescinde da presença física intrínseca ao conceito de E.E, ao que acresce o facto de a OCDE ter vindo a introduzir cada vez mais exceções nos diversos números do art. 5.º da CM-OCDE prescindindo igualmente deste elemento. Para maiores desenvolvimentos, *vd.* os trabalhos da OCDE nesta matéria, mormente a ação 7 do plano BEPS.

²²⁴ Pires, Tributação internacional do rendimento empresarial gerado através do comércio electrónico, 257.

²²⁵ Com efeito, «international taxation is based on the spatial relationship between the state, as the traditional holder of tax jurisdiction and tax sovereignty, and its fiscal subjects». *Vd.* Luc Hinnekens, «Territoriality-Based Taxation in an Increasingly Common Market and Globalizing Economy», *EC Tax Review* 2, n. 3 (1 de setembro de 1993): 156.

No respeitante à fonte, observa-se um fenómeno de erosão da fonte na economia digital. Na verdade, existe uma incompatibilidade entre a economia digital e a fisicalidade, sendo impossível fazer um enxerto desta naquela, porquanto a economia digital sobrevive sem existir qualquer presença física, podendo acabar por levar ao desaparecimento da fonte territorial²²⁶. Caso se procure aplicar as regras da fonte na realidade virtual sem mais, ou seja, sem adaptação a esta realidade com características próprias que tem, isso favorecerá a tributação na residência. Porém, esse resultado não pode deixar de ser contestado, em nome do equilíbrio na repartição das receitas entre fonte e residência²²⁷.

Aqui chegados, pode-se concluir que o conceito tradicional de E.E. não se coaduna com a realidade hodierna, *maxime*, com a economia digital, uma vez que as características de um e da outra não são compatíveis. O negócio virtual e a desnecessidade de implementação física minam as características apontadas pelo art. 5.º, n.º 1 do CM-OCDE que residem na ideia de “fisicalidade”²²⁸.

²²⁶ Neste sentido, vide Jinyan Li, «Rethinking Canada’s Source Rules in the Age of Electronic Commerce: Part 2», *Canadian Tax Journal* 47, n.º 6 (1999): 1436. Já Pires, *Tributação internacional do rendimento empresarial gerado através do comércio electrónico*, 258., propende apenas para a atenuação da fonte territorial.

²²⁷ Uma tributação assente exclusivamente nas regras da residência, privilegiará os poderosos Estados, reprimindo os países menos desenvolvidos onde as empresas também geram avultados lucros, revelando um imperialismo fiscal daqueles Estados. Neste sentido, vide José Casalta Nabais, «A tributação das empresas pelo rendimento real», *BCE*, 2019, 164 e ss.

²²⁸ Ver Pires, *Tributação internacional do rendimento empresarial gerado através do comércio electrónico*, 259.

III CAPÍTULO – PROPOSTAS E TENDÊNCIAS ATUAIS

1. A progressiva orientação da tributação do lugar da oferta (residência) para o lugar da procura (fonte)

No que toca à tributação do rendimento, uma das principais questões que a economia digital convoca, já o sabemos, prende-se com o estabelecimento dos fatores de conexão territorial, que podem determinar a repartição de competências tributárias entre os diferentes Estados. A regra clássica da tributação dos residentes e não residentes com estabelecimento estável, como é igualmente sabido, assenta na repartição de competências com base numa conexão territorial ligada em especial ao exercício de uma atividade num local fixo²²⁹.

Aliás, anteriormente, a propósito do conceito de E.E., referimos que a prática internacional consistia na tributação dos lucros de uma empresa no Estado onde se encontra a residência dessa empresa e, subsidiariamente, se atendia à fonte a partir do, justamente, conceito de E.E. De facto, esta é a regra. Contudo, os modelos de negócio da economia digital, contrariamente ao que decorre na economia tradicional, não assentam

²²⁹ Na verdade, o atual sistema de tributação do DFI reside no inadequado compromisso na atribuição de direitos de tributar entre países tendo como consequência, na tentativa de reforçar esse compromisso, um sistema cada vez mais complexo e menos capaz de gerar receita fiscal. Em segundo lugar, o sistema convida os diferentes Estados a concorrer entre si em diversas dimensões, minando por completo o sistema fiscal global. Acompanhando DEVEREUX e VELLA, «*source countries were allocated primary taxing rights to the active income of the business, and residence countries the primary taxing rights to passive income, such as dividends, royalties and interest. Theoretical and practical arguments have been articulated in favour of this allocation, yet they do not stand up to much scrutiny. The allocation is best viewed as an arbitrary compromise, albeit one which has come to be accepted by large parts of the international community. This system is ill-suited to dealing with modern multinationals operating in a truly global business environment. A modern multinational can have shareholders scattered across the world, a parent company resident in one country, a potentially large number of affiliates undertaking an array of activities, such as research and development, production, marketing and finance that are located in many different countries and consumers that may also be scattered across the world. In such a scenario, there is no clear conceptual basis for identifying where profit is earned; as all of those locations may be considered to have some claim to tax part of the company's profit. Conceptually, the residence/source distinction does not offer much help. In practice, applying this distinction in the context of intra-group transactions, where affiliated entities in different jurisdictions are assigned the status of "source" or "residence", gives rise to significant problems, not least those relating to transfer pricing. Following the logic of the residence/source and active income/passive income distinctions, specific international tax rules have been introduced that are hard to justify and that are easily manipulated, such as transfer pricing rules dealing with risk and Cost Contribution Agreements. Overall, the system is manipulable, distortive, often incoherent and unprincipled.*». Assim, vd. Michael P. Devereux e John Vella, «*Are We Heading towards a Corporate Tax System Fit for the 21st Century?*», CESifo DICE Report 12, n.º 4 (2014): 4.

necessariamente numa presença física intensa nem em fatores de produção de fraca mobilidade²³⁰.

Numa perspetiva inversa, propostas como as de Estabelecimentos Estáveis Digitais²³¹ vêm à tona, no entender de BRÄUMANN, não tanto pelas alterações de fatores físicos para digitais, mas por força de uma progressiva orientação da tributação do Estado-residência para o Estado-fonte²³². Destarte, por se considerarem destinatários dos bens e serviços digitais, os Estados da fonte pretendem avocar o direito de tributar das transações ocorridas no seu território, mobilizando os princípios jurídico-tributários tradicionais²³³ para invocar essa tributação que, na opinião do Autor, do mesmo modo se podem aplicar aos modelos de negócio da economia tradicional²³⁴. Uma vez que os modernos sistemas fiscais se bifurcam, essencialmente, em tributação do rendimento e do consumo, afigura-se coerente

²³⁰ Esta capacidade de manter negócios num país sem estar sujeito à tributação dos lucros empresariais auferidos nesse país não é uma problemática exclusiva da economia digital, contudo está disponível em maior escala do que anteriormente na economia tradicional. Neste sentido, Lopes, «Uma análise revisitada do conceito de estabelecimento estável - a emergência do digital», 92. De facto, no mesmo sentido que Isabella Cugusi, «Prospects for Taxation of the Digital Economy between “Tax Law and New Economy” and “Tax Law of the New Economy”», *World Tax Journal* 12, n.º 4 (2020): 790, apesar de que na era digital, «*contrary to the traditional business models, the economic substance is no longer based only on the traditional physical presence of the production site and the place of the source of income does not necessarily coincide with the fixed place of business.*», a verdade é que a economia digital hiporbolizou este problema. Neste sentido, «*[u]ndeniably, the digitalization of the economy has exacerbated the stated issues.*». Cfr. Aitor Navarro, «The Allocation of Taxing Rights under Pillar One of the OECD Proposal», SSRN Scholarly Paper (Rochester, NY, 2021), 3; Michael P. Devereux e John Vella, «Debate: Implications of Digitalization for International Corporate Tax Reform», *Intertax* 46, n.º 6/7 (2018).

²³¹ No entender de Bräumann, «Digital Permanent Establishments on its Way to Becoming a Reality? The EU Commission’s Proposal on Taxing “Significant Digital Presence”», 154«*[w]hereas the commercial presence establishing a nexus for taxation in cases of long-distance sales and services is judged primarily based on ‘physical manifestations’ of the providing business under the traditional PE concept, ‘physical manifestations’ of the recipients serve this function under a ‘digital PE’ rule.*».

²³² Bräumann, 154. O Autor prossegue advogando «*that the term ‘digital PE’ is misleading, as the true intention of a more market-based corporate taxation is not crucially dependent on digitization or distinct features of the ‘digital economy’ at all.*» (sublinhado nosso).

²³³ Sobre esta mobilização, vide acima a contextualização dogmática que fizemos a propósito dos principais princípios da tributação internacional, mormente no respeitante ao princípio da equidade entre Estados, ponto 2.1. Para uma visão defensora de uma tributação mais próxima da fonte, cfr. Pinto, «The Theoretical Foundations and Continued Rationale for Source-Based Taxation in an Electronic Commerce Environment», 444 e ss.

²³⁴ Assim, sem surpresas, o conceito de uma *destination-based corporate tax* é muitas vezes associado ao E.E. digital, tanto na doutrina como foi ainda considerado alternativa à proposta de Presença Digital Significativa pela Comissão Europeia. Neste sentido, quanto à doutrina, vide por todos Georg Kofler, Gunter Mayr, e Christoph Schlager, «Taxation of the Digital Economy: “Quick Fixes” or Long-Term Solution?», *European Taxation*, n.º 57 (2017): 524. Quanto à proposta da Comissão Europeia, cfr. European Commission, «[Comission Staff Working Document Impact Assessment: Accompanying the document Proposal for a Council Directive laying down rules relating to the corporate taxation of a significant digital presence and Proposal for a Council Directive on the common system of a digital services tax on revenues resulting from the provision of certain digital services](#)» (2018), 29 e ss. 34 e ss. O importante a reter, na linha de pensamento de BRÄUMANN, é que a imputação de lucros ao Estado da fonte reside, sobretudo, em decisões políticas discricionárias.

desenhar a tributação do lado da oferta com base nos princípios da tributação do rendimento, incluindo-se, portanto, o conceito de E.E., e a tributação do consumo, na forma de imposto sobre o valor acrescentado, quanto ao lado da procura²³⁵.

Tudo isto concorre para dizer que, nos últimos tempos, tem-se assistido, aliás, bem patente nas propostas *infra* identificadas²³⁶, a uma progressiva deslocalização da tributação do Estado da residência para o Estado da fonte. Na verdade, além das propostas que

²³⁵ Poder-se-ia questionar, se se verifica realmente uma fronteira entre a tributação direta do rendimento e a tributação indireta do consumo. É que, [n]o *matter the legal design, the party economically facing the tax burden is decided by market forces, as the side with more market power is able to pass on the taxes it carries from a legal perspective.*». Neste sentido, cfr. Joachim Englisch, *Steuerrecht*, parágrafo 17 m.n.14 (Klaus Tipke & Joachim Lang eds., Verlag dr. Otto Schmidt 21st ed., 2013 apud. Bräumann, «Digital Permanent Establishments on its Way to Becoming a Reality? The EU Commission’s Proposal on Taxing “Significant Digital Presence”», 155, nota 48. No que especificamente concerne ao conceito de E.E. digital, este cria, deliberadamente, uma conexão territorial para a tributação dos rendimentos com base em fatores do lado da procura, dando origem a posições, perfilhadas por alguns Autores, no sentido de que os dogmas justificativos da tributação do rendimento e do consumo vêm sendo, paulatinamente, esboroados, dando origem a sistemas fiscais de carácter cada vez mais regressivo. Vide, Kofler, Mayr, e Schlager, «Taxation of the Digital Economy: “Quick Fixes” or Long-Term Solution?», 524; Schön, «Ten Questions about Why and How to Tax the Digitalized Economy», 17. Os decisores políticos, por seu turno, fazem esforços no sentido de negar as influências de uma tributação assente no consumo, racionalizando o conceito de E.E., cujo o alvo se situa apenas nos prestadores de serviços digitais. Aliás, as explicações da primeira proposta de Diretiva do Conselho, surgida em março de 2018, que estabelece regras relativas à tributação das sociedades com uma presença digital significativa (cfr. [COM \(2018\) 147 final, de 21.3.2018.](#)) por exemplo, afirmam explicitamente que não deve ser criada nenhuma conexão territorial baseada tão-só no lugar de consumo. A mudança dos critérios para o estabelecimento de uma tal conexão para os fatores ligados à procura, conquanto que mantendo a imagem de que se está apenas a julgar as operações de uma empresa em si mesma requer ainda assim alguma fundamentação. Para tanto, na tentativa de conciliar abordagens contraditórias, a OCDE invoca o conceito de “criação de valor” na economia digital. Essencialmente, este princípio eleva de meros utilizadores-consumidores para participantes ativos no funcionamento do prestador dos serviços todos aqueles que para este fornecedor contribuem. Assim, uma jurisdição onde os consumidores-utilizadores residem pode chamar a si o direito de tributar, sem a presença de quaisquer outros fatores e, ainda assim, sem apoiar essa alegação com base exclusivamente no local de consumo. Quanto ao que se diz, vide Bräumann, «Digital Permanent Establishments on its Way to Becoming a Reality? The EU Commission’s Proposal on Taxing “Significant Digital Presence”», 154–56.

Os nosso Mestres, adivinhando as tendências, entendem igualmente que, «[n]este quadro, as soluções para os actuais problemas de erosão da base tributária passam, em linhas gerais, pela tributação mais agressiva de realidades com alguma materialização, pela escolha de fatores objetivos de determinação da capacidade contributiva e pela intensificação da tributação indirecta. Todas estas opções colocam problemas ao nível sobretudo da igualdade, sendo visível que, na segunda hipótese, há um regresso à tributação objetiva própria do passado e, na terceira, se reforça o carácter regressivo dos sistemas fiscais baseados em impostos indirectos sobre o consumo.» (sublinhado nosso). Assim, Nabais e Lavouras, «Reforma do Sistema Fiscal», 32.

²³⁶ E, no mesmo sentido, vide as considerações de JIMÉNEZ, Seguindo o qual «[t]he later work in the context of the digitalized economy and the OECD/G20 Inclusive Framework meant a substantial shift in focus. First, the options presented in the OECD public consultation in 2019 on Pillar 1, i.e., user participation proposal, marketing intangibles and, even if included at the last moment, significant economic presence, all entailed a certain degree of recognition of the taxing rights of the jurisdiction where customers or clients are located. That is to say, from a supply side concept of value creation, the OECD appeared to be moving to a demand side one or, rather, to a limited, and to a large extent also incoherent, recognition of the fact that, in some cases, it may make sense to permit the tax jurisdiction of the user or market state to tax certain types of income that are connected with certain business models.» (sublinhados nossos). Neste sentido, veja-se Jiménez, «Value Creation: A Guiding Light for the Interpretation of Tax Treaties?», 206.

referimos, por força da nova forma de olhar para os conceitos de residência e fonte que a economia digital trouxe, a OCDE, na tentativa de alcançar uma repartição justa entre ambos Estados, introduziu – e, diga-se de passagem, logo abandonou –, o princípio da criação de valor²³⁷.

2. Algumas tendências atuais como manifestações deste fenómeno

2.1. O princípio da criação de valor

O princípio da criação de valor emergiu, em nosso entender, como uma manifestação do fenómeno de progressiva orientação da tributação da residência para a fonte que, por razões de política fiscal, foi justificando a necessidade de que a tributação da economia digital assentasse no utilizador-consumidor como elemento de conexão enquanto a localização destes permanece ausente da definição tradicional de E.E.²³⁸.

Na verdade, de um ponto de vista estritamente histórico, a reorientação da tributação para a jurisdição de mercado não é novidade. Basta atentarmos nalguns preceitos, cujo fito reside em facilitar a tributação na fonte, nos quais se denotam as tendências que, paulatinamente, foram moldando o conceito de E.E. Com efeito, o alargamento do conceito tradicional de E.E. provavelmente mais bem sucedido é composto pela disposição relativa ao agente dependente, prevista no art. 5.º, parágrafo 5 do CM-OCDE, nos termos do qual se considera que tem um E.E. num Estado Contratante uma empresa que, sendo residente no outro Estado Contratante exerce, no primeiro Estado, uma atividade por intermédio de um indivíduo que habitualmente celebre ou desempenhe um papel preponderante na celebração de contratos em seu nome²³⁹. Sem adentrarmos em grandes detalhes, o referido preceito não

²³⁷ Conforme nos diz JIMÉNEZ, «[b]efore having an opportunity to be tested, the concept was already left behind in the definition of a “new international tax order” (for some multinational groups only)». Cfr. Adolfo J. Martín Jiménez, «Value Creation: A Guiding Light for the Interpretation of Tax Treaties?», *Bulletin for International Taxation* 74, n.º 4/5 (2020): 214.

²³⁸ «[t]herefore, the meaning (...) “value creation” can vary in order to adapt the taxation to the new economic environment and achieve a fair allocation of taxing power in the digital economy». Cfr. Cugusi, «Prospects for Taxation of the Digital Economy between “Tax Law and New Economy” and “Tax Law of the New Economy”», 790. Além disso, é consonante com as linhas orientadoras dos preços de transferência, na qual se declara a criação de valor como o princípio orientador quanto à imputação de lucros de grupos de empresas. Vide OECD, «Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017»; Olbert e Spengel, «International Taxation in the Digital Economy: Challenge Accepted?», 9 e ss.; Devereux e Vella, «Are We Heading towards a Corporate Tax System Fit for the 21st Century?», 13.

²³⁹ Aliás, «[i]t is somewhat contradictory that a person is taxed in the market state when a dependent agent, resident or non-resident, habitually concludes contracts in that jurisdiction on behalf of that person, but there is no taxation when the same person enters into contracts in that jurisdiction in its own name and behalf, but has no fixed place of business or agent closing contracts in the territory, even if it has subsidiaries in the

requer qualquer tipo de instalações fixas, nem o indivíduo carece de ser trabalhador²⁴⁰ e, por isso, a empresa está dispensada de demonstrar presença física. Enfim, o que importa aqui ressaltar é que o E.E. daqui resultante não é tratado de forma manifestamente diferente daquele que resulta dos n.ºs 1 e 2 da CM-OCDE, não obstante a ausência de presença física.

O que parece paradoxal, por seu turno, é a lógica argumentativa que lhe subjaz, posto que a OCDE, descrevendo os agentes dependentes como partes envolvidas no processo produtivo, que não só se mantém em consonância com uma perspectiva do lado da oferta, como também tem disposições, nas quais se contêm elementos óbvios de um “*sales location PE*”²⁴¹, que beneficiam principalmente os Estados da fonte²⁴².

country that support those sales in different forms, and does substantial business in that state.», (sublinhado nosso), assim, veja-se Jiménez, «Value Creation: A Guiding Light for the Interpretation of Tax Treaties?», 204.

²⁴⁰ Cfr. parágrafos 82 e ss. dos comentários ao artigo 5.º n.º 1 da CM-OCDE OECD, «Model Tax Convention on Income and on Capital».

²⁴¹ Vejam-se as exceções ao E.E. para atividades preparatórias e auxiliares no n.º 4 que também se aplicam aos agentes dependentes nos termos do n.º 5; os agentes compradores, pelo contrário, não são, geralmente, abrangidos e, por isso, a regra beneficia principalmente os Estados da fonte. Cfr. art. 5.º para. 85 da CM-OCDE OECD.

Com efeito, existem disposições cujo fundamento radica em criar um E.E: nas jurisdições dos utilizadores-consumidores. A construção de um E.E. nos termos do n.º 3 do artigo 5.º da Convenção-Modelo da OCDE, porquanto se aplica a atividades que já não estão abrangidas pela definição padrão de E.E, é um bom exemplo. Por outro lado, da convenção modelo relativa à dupla tributação das Nações Unidas consta uma disposição (a alínea b) do n.º 3 do artigo 5.º - cfr. [United Nations, «Model Double Taxation Convention Between Developed and Developing Countries»](#) (2021), 11.), alargando ainda mais a definição de E.E. à mera prestação de serviços se forem cumpridas determinadas exigências temporais. Os comentário da OCDE contém uma disposição semelhante, embora não aconselhando a inclusão desses E.E. de serviço. No entanto, a própria OCDE poderia ter feito movimentos mais subtis no sentido de facilitar a assunção de um E.E. num local onde os serviços são prestados por empresas estrangeiras. Fê-lo, porém, incluindo um exemplo controvertido, de um pintor que passava três dias por semana durante um período de dois anos a trabalhar num grande edifício de escritórios de um cliente, no qual essa atividade constituía um E.E. do pintor. Conquanto que todas estas disposições pretendessem a criação de um E.E. como elemento de conexão na jurisdição do mercado, elas podem, ao invés, ser justificadas por considerações do lado da oferta, uma vez que se baseiam em equipamentos ou pessoas presentes para a prestação de serviços e imputáveis às operações do prestador. Quanto ao que se disse, vide Bräumann, «Digital Permanent Establishments on its Way to Becoming a Reality? The EU Commission’s Proposal on Taxing “Significant Digital Presence”», 157.

²⁴² Neste sentido, Bräumann, «Digital Permanent Establishments on its Way to Becoming a Reality? The EU Commission’s Proposal on Taxing “Significant Digital Presence”», 157. Aliás, conforme JIMÉNEZ, existe verdadeiramente uma contradição no conceito de criação de valor: «[c]onsequently, the value creation concept derived from BEPS Actions 8-10 and the concept of value creation that underlies the presumption in paragraph 101 of the Commentaries on Article 5(5) of the OECD Model do not appear to be equal.». E continua o Autor, p. 205, «[w]hereas the former heads in the direction of supply side value creation, the latter indeed takes into account sales in a market, even if made by a non-resident. It is not very coherent either to apply the PE threshold for sales that are made by a taxpayer, without fixed place of business or dependent agents closing contracts in that territory, but another one to contracts concluded in a market by a non-resident dependent agent on behalf of a non-resident. These contradictions also obscure how to interpret tax treaties and favour the defence of divergent positions.» (sublinhado nosso). Assim, cfr. Jiménez, «Value Creation: A Guiding Light for the Interpretation of Tax Treaties?», 205.

No entanto, o argumento da criação de valor como pedra angular da tributação da economia digital não é totalmente convincente. Para além das divergências quanto ao papel dos utilizadores-consumidores, porquanto a utilização de dados e efeitos de rede não constituem elementos absolutamente desconhecidos da dita economia tradicional²⁴³, esta discussão oculta aquele que cremos constituir o problema fundamental: a criação de valor por si só não pode justificar de forma satisfatória quaisquer alterações aos princípios geralmente aceites sobre a repartição dos direitos de tributar dos Estados, porquanto o termo em si é um conceito com um significado bastante controvertido e, bem assim, facilmente depreendemos que a introdução do princípio da criação de valor pela OCDE gerou algumas incertezas.

Desde que foi nado no plano BEPS que o conceito de criação de valor (*value creation*) tem assumido significados bastante difusos²⁴⁴. Se por um lado, temos Autores que

²⁴³ OECD, [Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018: Inclusive Framework on BEPS](#), OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project (Paris: OECD Publishing, 2018), 166, parágrafo 372.

²⁴⁴ Conceito que surge primeiramente em 2013. Cfr. OECD, Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting (Paris, 2013). A doutrina tem sido particularmente fértil no que a este tema concerne, J. Hey, «“Taxation Where Value Is Created” and the OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Initiative», *Bulletin for International Taxation* 72, n.º 4/5 (2018): 203 e ss. arguindo que o termo tem sido utilizado para suportar tanto as visões mais próximas da procura como da oferta na alocação do poder tributário às jurisdições, tornando-o um princípio impreciso. S. C. Morse, «Value Creation: A Standard in Search of a Process», *Bulletin for International Taxation* 72, n.º 4/5 (2018): secção 2. apontando que o conceito de criação de valor é «*opened enough that it could bend towards destination sales, capital residence or global justice approaches*». E ainda, Itai Grinberg, «International Taxation in an Era of Digital Disruption: Analyzing the Current Debate», *Georgetown Law Faculty Publications and Other Works*, 2019, 95. Igualmente defendendo que a criação de valor é um termo ambíguo. «*In addition, the international tax policy community has not provided a clearly defined and commonly acknowledged notion of the term “value creation”.*» assim, Olbert e Spengel, «International Taxation in the Digital Economy: Challenge Accepted?», 12.

Há quem diga que o princípio de criação de valor é apenas um velho princípio com vestes novas. Neste sentido, veja-se J. Schwarz, «Value Creation: Old wine in new bottles or new wine in old bottles?», *Kluwer Tax Blog* (21 May 2018), disponível em: [Value Creation: Old wine in new bottles or new wine in old bottles? - Kluwer International Tax Blog \(kluwertaxblog.com\)](#); uma nova versão da ideia defendida pela “economic allegiance” (pertença económica) dos Quatro economistas nos anos 20, assim, Stanley Langbein e Max Fuss, «The OECD/G20-BEPS-Project and the Value Creation Paradigm: Economic Reality Disemboguing into the Interpretation of the Arm’s Length Standard», *The International Lawyer* 51, n.º 2 (2018): 259 e ss.; Jinyan Li, Jin Bao, e Huaning (Christina) Li, «Value Creation: A Constant Principle in a Changing World of International Taxation», SSRN Scholarly Paper (Rochester, NY, 2019), 1111. Argumentando que o princípio é menos subjectivo do que alguma doutrina o caracteriza, encarando-o como uma nova variante da discussão sobre a fonte, *vd.* J. Hey, «“Taxation Where Value Is Created” and the OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Initiative», *Bulletin for International Taxation* 72, n.º 4/5 (2018): secção 2.4 ou sobre o princípio do benefício, *vide*, por exemplo, Schön, «One Answer to Why and How to Tax the Digitalized Economy», 5.

Para outros, é duvidoso acreditar que este «dogma alguma vez moldou as políticas fiscais/tributárias internacionais ou as práticas dos tratados (*treaty practice*)», neste sentido, Wolfgang Schön, «Ten Questions about Why and How to Tax the Digitalized Economy», *Max Planck Institute for Tax Law and Public Finance Working Paper* 11 (2017): 5, ou «turns the last century of this compromise [the one reached in the international tax field] on its head», *cfr.* Allison Christians, «Taxing According to Value Creation», SSRN Scholarly Paper

defendem que o conceito de criação de valor está diretamente conectado à estrutura dos impostos sobre o rendimento e, por esta razão, só deverá acentuar os elementos da tributação do lado da oferta (Estado da residência)²⁴⁵. Por outro, proliferou-se igualmente na doutrina, a opinião de que o lado do mercado (Estado da fonte) e o papel dos utilizadores-consumidores assumem enorme relevância na definição do princípio da criação de valor²⁴⁶. De igual forma, o princípio da criação de valor tem sido invocado para justificar posições tomadas por organizações internacionais, Estados e contribuintes com interesses bastante díspares²⁴⁷.

Poder-se-ia mesmo ir mais longe e argumentar que a própria criação de valor, antes de tudo, requer (e carece de) uma definição e, por conseguinte, não está legitimada a produzir argumentos adicionais para a questão de saber que elemento de conexão deverá ser assumido numa jurisdição e que Estado tem o direito de tributar²⁴⁸.

A verdade é que o rendimento das empresas resulta, as mais das vezes, da combinação de múltiplos fatores (*inputs*), transformando-os numa produção (*outputs*), fornecendo-a a terceiros, não raro, várias vezes seguidas, desde que o próprio terceiro não seja um consumidor final. Esta cadeia de valor traduz conceitos económicos abstratos e,

(Rochester, NY, 2018), 1379–83, embora admita ao mesmo tempo que o princípio consolida o *status quo* vigente.

²⁴⁵ Bräumann, «Digital Permanent Establishments on its Way to Becoming a Reality? The EU Commission’s Proposal on Taxing “Significant Digital Presence”», 156; Schön, «One Answer to Why and How to Tax the Digitalized Economy», 16 e ss.; Johannes Becker e Joachim Englisch, «Taxing Where Value Is Created: What’s “User Involvement” Got to Do With It?», SSRN Scholarly Paper (Rochester, NY, 2018), 163 e ss.

²⁴⁶ Michael P. Devereux e John Vella, «Value Creation As the Fundamental Principle of the International Corporate Tax System», SSRN Scholarly Paper (Rochester, NY: Social Science Research Network, 2018), que no fundo defende que a criação de valor, do lado da oferta, não tem em consideração o utilizador-consumidor nem a jurisdição de mercado, já do lado da procura, provoca importantes distorções do ponto de vista económico. Por outro lado, Michael Lennard, «Act of creation: the OECD/G20 test of “Value Creation” as a basis for taxing rights and its relevance to developing countries», em *Transnational Corporations: Investment and Development*, United Nations, vol. 25, Special Issue on Investment and International Taxation 3, 2018, 55 e ss., seguindo a posição tradicional das Nações Unidas defende a importância de ter em consideração o lado da oferta na perspectiva dos países em desenvolvimento.

²⁴⁷ A este respeito, mostra-se suficiente consultar as contribuições que as duas consultas públicas relativas à economia digital nas quais a criação de valor é usada por partes com interesses opostos para justificar as suas posições. Conforme A. Cortina, “Rescatar la palabra” (“Rescue the word”), *El País*, argumenta estes termos não são utilizados para perseguir objetivos comuns, mas de alcançar ambições específicas de indivíduos (mormente, políticos), grupos, organizações e Estados, indivíduos. O autor refere que, quanto ao significado de “*value creation*”, temos interpretado os tratados/convenções com a ideia de criação de valor em mente e que a propagação e aceitação desta expressão se deve a um fenómeno que se consubstancia no uso de palavras e expressões em discussões públicas com um significado ambíguo e vazio, suscetíveis de assumir uma opção e o seu contrário, dando origem a uma veloz aceitação por força da sua inerente conotação positiva. Assim, *vide* Jiménez, «Value Creation: A Guiding Light for the Interpretation of Tax Treaties?», 198.

²⁴⁸ Bräumann, «Digital Permanent Establishments on its Way to Becoming a Reality? The EU Commission’s Proposal on Taxing “Significant Digital Presence”», 158.

portanto, em si mesmos imateriais. Daí que, a localização dos rendimentos resultantes de vários pontos geográficos distintos para a tributação exigirá sempre algum grau de simplificação da ficção. O mais natural é, pois, que a ficção derive da localização de pessoas e objetos relacionados com cada parte do processo produtivo. No entanto, saber qual das manifestações físicas está ligada a partes específicas do rendimento de um contribuinte e onde a esfera dos seus rendimentos termina e a de outro começa são meras convenções, só se tendo tornado princípios através do reconhecimento mútuo pelos Estados.

Os princípios atualmente reconhecidos como válidos para a tributação dos rendimentos das empresas, tal como constam da definição de E.E. no artigo 5.º CM-OCDE, radicam na ficção geral de que os lucros das empresas surgem quando o espaço físico à sua disposição consta nas suas operações com um certo grau de permanência²⁴⁹. No fundo, presume-se que uma empresa gera todos os seus rendimentos nos locais onde o seu equipamento ou os seus trabalhadores exercem a sua atividade produtiva com carácter de permanência. Todavia, não é imperativo uma qualquer proximidade com o Estado da fonte²⁵⁰, aliás, conforme enuncia BRÄUMANN, considerar que os critérios de presença física detêm uma tal proximidade é estar-se a fazer uma interpretação exagerada tendo apenas a tributação do lado procura em mente²⁵¹.

Conforme demonstrado, a regra relativa ao agente dependente é uma exceção a este princípio, uma vez que a atividade de um indivíduo, por si mesmo, ausente de qualquer instalação fixa é bastante para que essa atividade desenvolvida se consubstancie um E.E., porém, não pode deixar de estar afeto à empresa, ou seja, todo o processo de “criação de valor” de uma empresa é atribuído a instalações ou a agentes contratados pela própria empresa, que por vezes não estão a coberto destas regras, como demonstram as exceções concernentes às funções preparatórias e auxiliares, conforme o disposto no artigo 5.º n.º 4 da CM-OCDE²⁵².

Daí que, do ponto de vista de alguma doutrina, seja criticável a introdução do princípio da criação de valor como fundamento para a tributação mais próxima do utilizador-consumidor, mobilizando como argumento para esses efeitos, a cadeia de valor de um qualquer negócio tradicional, na medida em que aos fornecedores de matéria-prima ou

²⁴⁹ OECD, «Model Tax Convention on Income and on Capital», comentários ao artigo 5.º.

²⁵⁰ Schön, «Ten Questions about Why and How to Tax the Digitalized Economy», 22.

²⁵¹ Bräumann, «Digital Permanent Establishments on its Way to Becoming a Reality? The EU Commission's Proposal on Taxing “Significant Digital Presence”», 158–59.

²⁵² Bräumann, 159.

outros produtos intermédios, mas não menos importantes para a produção, não é imputada “criação de valor”, não sendo estes últimos, de resto, considerados parte integrante ou agentes dependentes da empresa²⁵³. A questão que se coloca é, no fundo, a de saber se terceiros que, de alguma forma acrescentam valor na produção, e até lhes são indispensáveis, isto é, são *conditio sine qua non* para que o que geram possa ser imputado a título de lucro à empresa. Pondo as coisas desta perspectiva, parece que somos forçados a dizer que não. Transpondo este argumento para a economia digital, não obstante os utilizadores-consumidores de bens ou serviços digitais poderem ser vistos como fornecedores involuntários de valor para as empresas, eles estão, ainda assim, não só a agir no seu próprio interesse, sem assumirem quaisquer riscos ou funções, como a empresa que recolhe os seus dados carece de tratá-los e converter o *input* que os utilizadores-consumidores fornecem num bem ou serviço transacionável^{254_255}.

Aqui chegados, facilmente reconhecemos que a OCDE teve em consideração todas as implicações quando optou por introduzir este conceito na ordem jurídica internacional, mormente na interpretação de convenções, cravando mais problemas do que aqueles que

²⁵³ Novamente com Bräumann, 159–60.

²⁵⁴ Assumindo a posição explanada, *vd.* Lucas-Mas e Junquera-Varela, *Tax Theory Applied to the Digital Economy*, 22; Bräumann, «Digital Permanent Establishments on its Way to Becoming a Reality? The EU Commission’s Proposal on Taxing “Significant Digital Presence”», 159–60. Neste ponto, aliás, BRÄUMANN reitera que as empresas que operam na economia digital não são fundamentalmente distintas das empresas tradicionais, já que esta transformação em bem ou serviço transacionável só pode ocorrer num lugar no qual a empresa da economia digital desenvolve a sua atividade, pois estas carecem sempre de alguma presença física, onde estão os seus funcionários e equipamentos.

²⁵⁵ Por seu turno, em sentido oposto, poder-se-ia advogar que no caso dos fornecedores de matéria-prima ocorre uma transação que gera lucro e, portanto, tributável. Porém, novamente BRÄUMANN responde arguindo que «[w]ould, however, users truly seen as ‘suppliers’ of an input that already has some worth, one has to raise the question why they would provide this value to the business without consideration. Generally, suppliers of raw materials are not attributed to the value creation’ of a business not only because they do not act under its discretion but also because there is a market transaction, which delimits the suppliers business (and taxable income) from the sphere of the customers. If users are to be conceptually treated like suppliers, their motive for ‘supporting’ a digital service provider will not be sheer generosity. ‘Their contribution to the service is either mandatory for their own purposes (e.g., showing a photo to friends online require its upload) or they even accept inconveniences as fair consideration (e.g. a website showing advertisements before providing access to videos free of monetary charges). No matter the reason, the users act in their own interest, generating ‘value’ primarily for themselves not offering it ‘for free’». E continua: «[i]f user Contribution is deemed to be a valuable ‘raw material’ to businesses in the digital economy, one has to justify why the users are attributed directly to the business and not taxed for their own profits themselves. Taxation on such scale is obviously not viable. However, this thought leads back to the central issue. Justifying a ‘digital PE’ on grounds of existing profit principles and traditional supply side reasoning results in manifold inconsistencies. These are not deficiencies of the ‘digital PE’ notion itself, they result from treating it as something else than it actually is.». Assim, *vd.* Bräumann, «Digital Permanent Establishments on its Way to Becoming a Reality? The EU Commission’s Proposal on Taxing “Significant Digital Presence”», 160.

resolve²⁵⁶. Aliás, a atestar isto mesmo que se acaba de dizer, veja-se o modo como a OCDE abandonou completamente o conceito no Pilar Um²⁵⁷. Todavia, não é por o ter abandonado das discussões da ação 1 do plano BEPS que é tal-qualmente provocado o seu abandono imediato no panorama do DFI²⁵⁸.

Mas afinal continuará a fazer sentido mobilizar este princípio? Este conceito altera a interpretação das convenções? E a suas negociações? É o que iremos abordar de seguida²⁵⁹.

O princípio da criação de valor assume-se no DFI como uma tentativa de definir regras positivas e negativas de tributação na fonte²⁶⁰.

No que toca ao seu lado positivo, a criação de valor nada traz de novo senão a velha querela entre residência e fonte, não resolvendo os problemas suscitados na interpretação de CDT's que tem pautado o núcleo de questões que se suscitam no DFI, aliás, como referimos anteriormente, a introdução do conceito pode criar acrescidas dificuldades, porquanto a

²⁵⁶ Neste sentido, vd. Jiménez, «Value Creation: A Guiding Light for the Interpretation of Tax Treaties?», 199. «[a]t least, more work has to be done to eliminate some of the uncertainties it has created. Regardless of the outcomes of the works on the digitalized economy or the discussions on ambulatory versus static effects of the BEPS and/or OECD materials (...) interpretative problems connected with the use of value creation are already arising and will continue to do so in the coming years; for example, the concept is already being used in tax audits, and tax courts are already taking it into account. This affects taxpayers excluded from the scope of the new framework for taxation of the digitalized economy [fala-se do Pilar Um, embora ao tempo escrito do Autor, apenas se conheciam os trabalhos preparatórios], but also those included within it.»

²⁵⁷ Não existe uma única menção a este conceito em todo o Pilar 1. Cfr. OECD, Tax Challenges Arising from Digitalisation – Report on Pillar One Blueprint: Inclusive Framework on BEPS, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project (OECD, 2020). Não obstante o conceito de criação de valor, quanto à fundamentação da tributação na fonte concerne, ter praticamente desaparecido no Quadro do Pilar Um, porquanto os esforços se orientaram para a definição de uma conexão e imputação dos lucros às jurisdições de mercado «the concept of value creation with regard to the taxation in market and/or user countries of the activities of non-resident enterprises almost disappeared in the Work Plan released in May 2019, even if, in substance, the proposals under Pillar 1 were more aligned with a concept of value creation from a demand side perspective. For the Work Plan, the more pressing issue was not the concept of value creation, but rather the definition of nexus and apportionment rules in market and/or user jurisdictions.». Igualmente, Jiménez, «Value Creation: A Guiding Light for the Interpretation of Tax Treaties?», 206.

²⁵⁸ «An interpreter of tax treaties has to live with different versions of value creation, with contradictory meanings, which, rather than contributing to a more robust and stable international order, probably weaken it and make the outcome of tax disputes more uncertain». Novamente com Jiménez, «Value Creation: A Guiding Light for the Interpretation of Tax Treaties?», 197.

²⁵⁹ No que apresentamos iremos seguir de perto Jiménez, 197 e ss.

²⁶⁰ Uma boa parte da doutrina entende precisamente isto que se acabou de referir, dizendo o termo apenas parafraseia a questão de saber onde localizar internacionalmente a origem dos rendimentos das empresas para efeitos de tributação, até agora simplesmente designada por "fonte" e, por isso, consideram altamente duvidoso que a criação de valor seja diferente do conceito de fonte no que diz respeito à lógica da criação de um elemento de conexão territorial tributável. Assim, vd. Bräumann, «Digital Permanent Establishments on its Way to Becoming a Reality? The EU Commission's Proposal on Taxing "Significant Digital Presence"», 158; Hey, «"Taxation Where Value Is Created" and the OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Initiative», secção 2.2; Jonathan Schwarz, «Value Creation: Old Wine in New Bottles or New Wine in Old Bottles?», Kluwer International Tax Blog, 21 de maio de 2018, <https://kluwertaxblog.com/2018/05/21/value-creation-old-wine-new-bottles-new-wine-old-bottles/>.

versão do lado da oferta da criação de valor que o BEPS acolhe, mostra-se incompatível com a estrutura tradicional tratados/convenções ou até mesmo com os resultados de outras ações do BEPS²⁶¹.

De facto, o efeito prático que a introdução deste conceito gerou, traduziu-se na utilização paralela de ambas versões do princípio de criação de valor, *i.e.*, tanto fundamenta o lado da oferta como o da procura²⁶². No contexto da economia digital, a mobilização do conceito impreciso do princípio da criação de valor apenas foi instrumentalizada pelos países da fonte na procura de obter mais direitos de tributar ou para criar novos impostos. Aliás, demonstrámos isso no que toca ao artigo 5.º da Convenção Modelo da OCDE, pois este não parece estar alinhado com o conceito de criação de valor utilizado nas Ações 8-10 do plano BEPS ou nas linhas orientadoras sobre os Preços de Transferência²⁶³.

O que a história tem demonstrado é que não tem sido possível lograr um consenso no que ao debate entre tributação da residência *versus* fonte diz respeito. Ao invés, tem sucedido que os Estados interpretam as normas do DFI de acordo com as suas posições e interesses específicos. Daí que, a introdução de um conceito ambíguo e com um duplo significado agrave problemas antigos, fornecendo, pelo contrário, munições a ambas forças beligerantes.

Além disso, o seu significado pouco claro e insatisfatório como regra positiva concretizadora da fonte, conduziu à proliferação de medidas unilaterais por parte de diversos

²⁶¹ *Cfr.* com a extensa doutrina nesta matéria, J. Schwarz, «Value Creation: Old wine in new bottles or new wine in old bottles?», Kluwer Tax Blog (21 May 2018), disponível em: [Value Creation: Old wine in new bottles or new wine in old bottles? - Kluwer International Tax Blog \(kluwertaxblog.com\)](https://www.kluwertaxblog.com/2018/05/21/value-creation-old-wine-in-new-bottles-or-new-wine-in-old-bottles/); Langbein e Fuss, «The OECD/G20-BEPS-Project and the Value Creation Paradigm», 259 e ss.; Li, Bao, e Li, «Value Creation», 1111. J. Hey, «“Taxation Where Value Is Created” and the OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Initiative», *Bulletin for International Taxation* 72, n.º 4/5 (2018): secção 2.4; Schön, «One Answer to Why and How to Tax the Digitalized Economy», 5.

²⁶² «[i]t tried to over-allocate income to residence countries, where risks are controlled and intangibles are located, at the expense of source countries, which was resisted, as it has always been, by the latter. Source countries, especially in the context of the debates on the digitalized economy, have also instrumentally used the imprecise concept of value creation to gain more attribution of tax bases or to design new taxes, *i.e.* “unilateral measures”, that only nominally can be regarded outside the scope of income tax treaties, *i.e.* they are treaty overrides.», *vd.* Jiménez, «Value Creation: A Guiding Light for the Interpretation of Tax Treaties?», 214.

²⁶³ «The ambiguity of the concept of value creation, the fact that its supply side version, as embraced by the OECD/G20 BEPS Project, is utterly inconsistent with the history and structure of tax treaties, or not universally accepted may have determined that it was abandoned in the discussions on the digitalized economy, *i.e.* the “Unified Approach”. However, its presence in the OECD Transfer Pricing Guidelines (2017) and international tax debate will remain and give rise to controversies that will affect the interpretation and application of tax treaties for years.”. Continuamos com Jiménez, 214.

Estados²⁶⁴, o que concorre para a explicação do recente abandono do conceito no Pilar Um da OCDE²⁶⁵.

Por outro lado, o princípio da criação de valor enquanto regra negativa concretizadora da fonte tem efeitos mais concretos e deverá ser bem recebida, sem estar, porém, isenta de críticas e problemas no contexto de interpretação dos tratados/convenções²⁶⁶.

Efetivamente, a principal virtude que trouxe neste aspeto, traduz-se na definição daquilo que não constitui rendimento na fonte²⁶⁷, isto é, ao associar os rendimentos aos locais e países onde os riscos são assumidos e as funções são controladas. Com efeito, as ações 8 a 10 do plano BEPS definiram onde os lucros não podem ser imputados, ou seja, a jurisdições onde as empresas só existem no papel, sem substância em termos de recursos humanos, de riscos e funções assumidas²⁶⁸.

No entanto, o princípio da criação de valor não é a luz ao fundo do túnel que resolverá os problemas de negociação ou interpretação das CDT's e a sua inclusão nestas não foi, nem será, a melhor opção.

²⁶⁴ Propostas que consistem, sobretudo, em “withholding taxes” ou em “equalisation levies”. A primeira consiste numa retenção na fonte do imposto sobre pagamentos feitos por residentes de um Estado (incluindo E.E. locais), incidindo em certos tipos de transações digitais sobre produtos e serviços adquiridos por via eletrónica a não-residentes. Sobre esta veja-se, por todos, Yariv Brauner e Andrés Baez, «Withholding Taxes in the Service of BEPS Action 1: Address the Tax Challenges of the Digital Economy», *IBFD*, 2015. Quanto à segunda, proposta na Índia, trata-se de um imposto de equalização, devendo ser pago à taxa de 6% da contraprestação bruta recebida por não-residentes por serviços especificados fornecidos a residentes na Índia ou a não-residentes que disponham de estabelecimento estável, embora seja aplicável apenas a transações B2B, excluindo-se as B2C. Quanto a esta, *vd.* Vijay Shekhar Jha, «Taxing Digital Economy vis-à-vis Income Tax Act 1961: Issues and Challenges», *IBFD, Asia-Pacific Tax Bulletin* 26, n. 3 (2020): p. 9; Amar Mehta, «“Equalization Levy” Proposal in Indian Finance Bill 2016: Is It Legitimate Tax Policy or an Attempt of Treaty Dodging?», *IBFD, Asia-Pacific Tax Bulletin* 22, n. 2 (2016): pp. 1–5. Mais detidamente, veja-se o ponto 4 do III Capítulo.

²⁶⁵ Não obstante o referido abandono, o conceito está presente, como se notou, nas linhas orientadoras sobre Preços de Transferência e, pasme-se, com um significado propenso para a oferta (residência)! Além disso, tudo indica que será utilizado na interpretação do Montante B do Pilar Um. Assim, «[t]he fact that the OECD has abandoned value creation, or changed its contents, with regard to the BEPS version in the most recent works of the OECD/G20 Inclusive Framework on the digitalization of the economy does not help much either. The concept is present in the OECD Transfer Pricing Guidelines (2017) (with a supply side meaning), it has caught up in the international community, and it is applied, in different directions, to interpret current tax treaties and even Amounts B and C of the “Unified Approach”.» (sublinhado nosso). *Cfr.* Jiménez, «Value Creation: A Guiding Light for the Interpretation of Tax Treaties?», 207 vide ainda as considerações tecidas pelo Autor na página 214.

²⁶⁶ Para uma síntese destas críticas, veja-se Jiménez, 207–8.

²⁶⁷ S. Wilkie, *Transfer Pricing Aspects of Intangibles: The License Model*, *Transfer Pricing in a Post-BEPS World*, 84.

²⁶⁸ Jiménez, «Value Creation: A Guiding Light for the Interpretation of Tax Treaties?», 207.

Em conclusão, apesar da ambiguidade do conceito, mobilizado tanto por Estados da residência e como Estados da fonte, buscando uma repartição mais justa, as tendências atuais, como demonstram as propostas da abordagem unificada que redundaram no Pilar Um e o próprio Pilar Um, denotam uma marcada orientação para a tributação do lado da procura e, portanto, mais próximas do Estado da fonte. É o que vamos ver no próximo ponto.

2.2. Algumas propostas atuais e a sua (in)conformidade com os princípios jurídico-tributários tradicionais: a Abordagem Unificada

As propostas que abordaremos neste ponto constavam do documento de consulta pública da OCDE que precedem e, em bom rigor, conformaram tanto o *blueprint* de outubro de 2020 como a declaração sobre uma solução de dois pilares de outubro de 2021 da OCDE. Ora, desta consulta pública resultou o reconhecimento inequívoco do direito de tributar e a correspondente imputação dos lucros aos Estados da fonte das empresas que operam nessas jurisdições remotamente²⁶⁹. Todavia, cada proposta encara e responde ao problema de maneira diversa, refletindo as suas específicas políticas fiscais.

De todo o modo, podemos salientar alguns elementos no sentido de indicar quais seriam as características quanto aos elementos de conexão e à imputação de lucros que a reforma do DFI no contexto da economia digital deveria adotar. Assim, para além de uma breve descrição das três propostas²⁷⁰, teceremos considerações quanto à sua (in)conformidade com os princípios jurídico-fiscais tradicionais enunciados no quadro de tributação de Otava, com especial destaque para a equidade entre Estados.

2.2.1. *Significant Economic Presence*/Presença Económica Significativa²⁷¹

A proposta que tem gerado maior interesse consiste na construção de um novo elemento de conexão radicado no conceito de presença económica significativa.

²⁶⁹ Entendendo igualmente que destas propostas resulta uma nova orientação para as jurisdições onde os utilizadores estão presentes, *cfr.* Grinberg, «International Taxation in an Era of Digital Disruption», 95 e ss.

²⁷⁰ Dadas as limitações que por ora nos contraem, não faremos um excuro detalhado pelas propostas apresentadas até porque consideramos que isso não enriquecerá o debate académico e, portanto, centralizaremos a nossa abordagem na relação das suas características com os princípios. *Vd.* as três propostas (*user participation, marketing intangibles, significant economic presence*) constantes da segunda secção OECD, [Addressing the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy Public Consultation Document](#), OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project (Paris, 2019), 8 e ss.

²⁷¹ Sobre este tópico, *vide* o que escrevemos em Daniel Alexandre Tavares Lopes, «Da crise dos elementos de conexão tradicionais na tributação das empresas na economia digital: o advento de um novo

Esta proposta não é uma inovação da OCDE, já que está embrionariamente ligada à doutrina e ao conceito de estabelecimento estável virtual que alguns Autores vinham propugnando²⁷², sendo que se encontra centrada na manutenção da figura do E.E. como base para a tributação dos rendimentos empresariais no âmbito da economia digital, sem prejuízo de se reconhecer que o conceito tradicional carece de uma reconceptualização por suscitar graves problemas de aplicação. Assim, o E.E. virtual mais não é do que uma ficção no seio do E.E. como tantas outras. Como afirma ARVID SKAAR, a ligação ao solo e, por conseguinte, a tributação na fonte através de um E.E. não é suficientemente reveladora da existência de uma *economic allegiance*²⁷³. O Autor sugere assim a adoção de mais ficções no seio do E.E. mantendo-se o *modus operandi* tradicional e perseguindo-se o objetivo de encontrar um novo elemento de conexão²⁷⁴. Para o Autor, a base fundamental do E.E. virtual deve ser a “atividade económica contínua e substancial” no Estado da fonte.

No contexto da proposta avançada pela OCDE²⁷⁵, cujo intuito é o de tributar o rendimento das empresas independentemente da sua presença física no Estado da fonte,

elemento de conexão?», *ELSA Scriptum*, 2021, 21 e ss. Para uma perspetiva de Direito Europeu, *vd.* Vasco Chuaqui, «The EU Directive on Minimum Taxation and Permanent Establishments», *NOVA Tax Research Lab* (blog), 2023.

²⁷² No que concerne a este conceito, *vide* Peter Hongler e Pasquale Pistone, «Blueprints for a New PE Nexus to Tax Business Income in the Era of the Digital Economy», *IBFD Working paper*, 2015, pp. 15 e ss.; Arvid Aage Skaar, *Permanent establishment: erosion of tax treaty principle*, Series on International Taxation 13 (Deventer ; Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1991), pp. 559 ss.

²⁷³ Segundo o referido autor, “a PE is merely a piece of evidence of economic allegiance, not the reason for source-state taxation. (...) It seems that an enterprise which does not need to invest in immovable facilities, or other fixed places of business, may still derive considerable advantages from the community in which its income source are located. Today, the performance of a business activity in another country, the duration of the activity, and the profits arising from it are, per se, significant arguments against the assumption that these enterprises do not have economic allegiance to another state.”. Destarte, o E.E., afirma-se como um indicador da legitimidade de tributar na fonte, embora não sendo o único possível. É que a verdadeira tributação deriva da existência de uma forte ligação (*economic allegiance*) do facto tributário a determinado território. Daí que, o [n.º 1 do artigo 7.º da CM-OCDE](#) ao prescrever que “os lucros de uma empresa de um Estado contratante só podem ser tributados nesse Estado, a não ser que a empresa exerça a sua atividade no outro Estado contratante por meio de um estabelecimento estável aí situado”, significa que, como decorre da segunda parte do supramencionado artigo, “se a empresa exercer a sua atividade deste modo, os seus lucros podem ser tributados no outro Estado, mas unicamente na medida em que forem imputáveis a esse estabelecimento estável.”. Deste modo, ainda que o E.E. seja parte integrante desta regra da fonte, ele, per se, não redundando na regra de tributação na fonte. Neste sentido, *vide* Brian J. Arnold, «Threshold Requirements for Taxing Business Profits under Tax Treaties», *IBFD Bulletin* 57,10 (2003), p. 478; Brian J. Arnold, Jacques Sasseville, e Eric M. Zolt, «Symposium: Summary of the Proceedings of an Invitational Seminar on the Taxation of Business Profits under Tax Treaties», *Canadian Tax Journal* 50, n. 6 (2002): pp. 1992-1997 .

²⁷⁴ Ao contrário de LUCAS-MAS e JUNQUERA-VARELA que entendem que se foi longe demais no sentido de criar ficções em excesso em vez de se formular, como sugerem os Autores, um novo artigo. *Cfr.* Lucas-Mas e Junquera-Varela, *Tax Theory Applied to the Digital Economy*, 17 e ss.

²⁷⁵ Com efeito, no que à UE diz respeito, em março de 2018, surgiu a primeira proposta de Diretiva do Conselho que estabelece regras relativas à tributação das sociedades com uma presença digital significativa através de uma extensão do conceito de E.E. *Cfr.* a diretiva aqui: [«COM \(2018\) 147 final, de 21.3.2018.»](#).

basta que, com base em determinados fatores, se mostre evidente que a empresa, recorrendo às tecnologias, tem o propósito de interagir – e deveras interage – com a economia desse país. No fundo, a proposta alicerça-se na avaliação (casuística²⁷⁶) dos fatores e se estes são, empregando uma expressão juspenalista, *conditio sine qua non* para a presença económica significativa.

Daqui decorrem dois aspetos que devem ser considerados. Em primeiro lugar, o conceito de atividade económica tem de ser definido recorrendo-se aos ordenamentos jurídicos nacionais, operando-se uma remissão em busca de elementos quantitativos – número e o volume de negócios – e elementos qualitativos – factos e circunstâncias específicas, mormente a presença e utilização de servidores locais, a existência de patentes de software ou bens como as marcas registadas –, só desta maneira se reconhecendo a existência de uma atividade económica. Em segundo lugar, a atividade económica contínua e sistemática, recusando-se, desta feita, que vendas ocasionais sustentem a criação de um E.E. virtual e, ainda, que a atividade seja substancial, isto é, atividades principais e não meramente preparatórias ou auxiliares. Assim, os fatores cuja verificação indicia a existência de uma PES são os fatores baseados no rendimento, fatores digitais e fatores baseados nos utilizadores²⁷⁷.

No que respeita aos princípios, a proposta de presença económica significativa é a que melhor garante o cumprimento da neutralidade, simplicidade e equidade entre Estados.

Em primeiro lugar, mais neutral porque permite um *level playing field* entre as empresas que operam no mercado digital e aquelas outras da economia tradicional²⁷⁸, na medida em que tem o mesmo ponto de partida para determinação da conexão com uma dada jurisdição que estas, isto é, baseia-se no conceito de E.E. Em nosso entender, faz sentido que não haja distinção entre negócios, porquanto também as empresas tradicionais podem retirar valor de outros Estados sem qualquer presença física e assumir uma posição económica

²⁷⁶ Também entendendo que só uma avaliação casuística poderá ser suficiente para considerar que existe PES *vd.* Conceição Gamito, Joana Branco Pires, Filipe Cunha Marques, «Digital economy taxation: the quest for a perfect solution, *International taxation: new challenges* (Braga, Escola de Direito da Universidade do Minho, 2017): p. 25.

²⁷⁷ Quanto a estes factores, *vide* OECD, *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 - 2015 Final Report*, 107 e ss.

²⁷⁸ STEPHEN SHAY considera mesmo que «the proposal in the consultation document that has the greatest potential to achieve a meaningful realignment is the ‘significant economic presence’ proposal in the I Pillar, provided that it is not linked exclusively to digital economy which in concept it is not or need not be». Stephen E. Shay, «Comment on Selected Aspects of Proposals in Public Consultation Document on Addressing the Challenges of the Digitalization of the Economy», SSRN Scholarly Paper (Rochester, NY, 2019), 1.

idêntica às empresas da economia digital, embora se deva notar que o conceito pode ser sempre concebido para abranger somente os modelos de negócio da economia digital²⁷⁹.

Relacionado com este aspeto está igualmente o respeito pelo princípio da flexibilidade. Na verdade, o facto de esta conduzir ao alargamento do âmbito de aplicação do conceito de E.E. permite que este, não obstante a evolução tecnológica e a criação de novos modelos de negócios, se vá adaptando à metamorfoseanda realidade. Além disso, conforme refere PISTONE *et. al.* a solução de E.E. virtual é suscetível de se aplicar obedecendo tanto ao princípio de plena concorrência como obedecendo à aplicação de uma fórmula pré-estabelecida²⁸⁰.

No que diz respeito à eficiência, ao estabelecer limites materiais e exclusões radicadas em elementos quantitativos – número e o volume de negócios – o efeito previsível é o de reduzir custos administrativos associados, bem como aumentar a eficiência na liquidação e cobrança dos impostos.

Em quarto lugar, a proposta que melhor garante certeza e simplicidade é igualmente esta²⁸¹, uma vez que não se traduz numa mudança substancial quanto àquilo que as administrações tributárias já estão acostumadas a aplicar, consistindo, desta feita, numa enorme vantagem para as jurisdições de mercado, particularmente, para as administrações tributárias de países em desenvolvimento que as mais das vezes são paupérrimas em termos de recursos e capacidades técnicas que as outras propostas exigiriam²⁸².

Diferentemente das duas propostas anteriores, esta proposta não diferencia *routine* e *non-routine functions* ou entre o comércio tradicional e o mercado de intangíveis²⁸³, o que consubstancia numa redução da possível fricção que tendencialmente se germinaria, isto é,

²⁷⁹ De igual modo, Pasquale Pistone, João Félix Pinto Nogueira, e Betty Andrade, «The 2019 OECD Proposals for addressing the tax challenges of the digitalization of the economy: an assessment», *International Tax Studies* 2, n.º 2 (2019): 30 e 40.

²⁸⁰ Como advertem Pasquale Pistone, Nogueira, e Andrade, 29 «the SEP nexus proposal does not need to operate outside of the arm's length principle and could operate according to the arm's length standards». Com efeito, no contexto da proposta avançada na consulta pública de 2019, a grande particularidade – e a mais criticável também – traduziu-se na imputação de lucros ao E.E. sem obedecer ao princípio de plena concorrência.

²⁸¹ Isto mesmo o diz a Independent Commission for the Reform of International Corporate Taxation, «ICRICT response to the OECD Consultation on the possible solutions to the tax challenges of digitalisation», 2019, 5.

²⁸² Como indica a OECD, «OECD Inclusive Framework, Addressing the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy – Policy Note (23 January 2019).», 2019, 2. o trabalho do quadro inclusivo deverá encontrar o balanço perfeito entre precisão e simplicidade.

²⁸³ Como faz a proposta *user participation* quanto às primeiras, e como faz a proposta *marketing intangibles* quanto à segunda.

remove fontes de incertezas, concorrência e litígios entre Estados, garantindo, assim, um melhor cumprimento da eficácia²⁸⁴. Destarte, as administrações tributárias podiam focar-se apenas no elemento de conexão e na imputação dos lucros ao E.E. sem distinguir entre negócios virtuais e não-virtuais.

Por último, numa perspetiva de equidade entre Estados, esta proposta alcança uma alocação de direitos de tributar mais balanceada entre Estado da residência e Estado da fonte, porquanto reconhece a possibilidade de as empresas manterem presença económica num determinado Estado-fonte, apesar da presença física, mantendo-o habilitado de exercer o seu poder tributário sobre o valor criado no seu território, por força da localização dos seus compradores e utilizadores que estabelece a conexão e através dos requisitos mínimos de utilizadores, vendas ou contratos²⁸⁵. Depois, a proposta reconhece a relevância da assunção de riscos e dos funcionários para a alocação de poderes tributários acoplada à consideração de outros elementos adicionais, como sejam, a título exemplificativo, a externalização de algumas funções empresariais para utilizadores-consumidores que podem interagir com processos perfeitamente automatizados baseados em algoritmos e inteligência artificial que incrementam os lucros das empresas não-residentes. Além disso, na hipótese de existirem lucros respeitantes ao valor criado na jurisdição de mercado e imputáveis ao E.E., tais lucros deverão ser tributados neste Estado-fonte, mesmo quando se verificarem prejuízos na sede da EMN e vice-versa²⁸⁶.

2.2.2. User Participation

Esta proposta foca-se particularmente em determinadas empresas altamente digitalizadas que criam valor através da sua base de utilizadores ativos e envolvidos aos quais se solicita os seus dados e seus contributos. A política fiscal subjacente a esta proposta reside na identificação de *location-specific rents* e na imputação de direitos de tributar aos Estados da fonte²⁸⁷.

²⁸⁴ Acoplando-se ao E.E. podem surgir impostos retidos na fonte quanto a transações digitais, no sentido de garantir arrecadação tributária às jurisdições de mercado. Ver ponto 4 do presente capítulo.

²⁸⁵ Pasquale Pistone, Nogueira, e Andrade, «The 2019 OECD Proposals for addressing the tax challenges of the digitalization of the economy: an assessment», 30–31 e 40.

²⁸⁶ *Ibidem*, p. 40.

²⁸⁷ Sobre esta proposta *cf.* sobretudo OECD, *Addressing the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy Public Consultation Document*, 9–11; Turina, «The Progressive Policy Shift in the Debate on the International Tax Challenges of the Digital Economy», 11–13; Pasquale Pistone, Nogueira, e Andrade, «The 2019 OECD Proposals for addressing the tax challenges of the digitalization of the economy: an assessment», 14 e ss.

A proposta “*User Participation*”, dada a sua construção de âmbito de aplicação estrito, isto é, o facto de atingir determinados modelos de negócio nos quais o utilizador assume uma participação ativa (criação de valor por utilizadores ativos) e que influi na cadeia de valor levantaria, potencialmente, questões relacionadas com o princípio da neutralidade fiscal, uma vez que se traduziria num isolamento de certas formas específicas de conduzir negócios, mormente das plataformas de redes sociais, motores de busca e comércio eletrónico, tornando-a a proposta que mais isola as empresas que operam na economia digital²⁸⁸⁻²⁸⁹.

No que à flexibilidade diz respeito, a proposta levanta igualmente alguns problemas, na medida em que os conceitos deverão ser cuidadosamente definidos, embora não excessivamente, posto que definições mais precisas correm o sério risco de, como começámos por explicar no início deste nosso estudo, se tornarem obsoletos, por força da, aplicando um termo bélico, *blitzkrieg*, ou seja, da veloz evolução dos conceitos e, por seu turno, da sua efémera vida útil²⁹⁰.

Quanto à eficiência, certeza e simplicidade, poderá ser uma árdua tarefa a de distinguir *routine functions* e *routine profits*²⁹¹, conduzindo a que somente os *residual profits* possam ser relacionados com a localização daquele mercado concreto. Com efeito, uma das formas de ultrapassar os problemas previamente anunciados de neutralidade, consiste no reconhecimento de que a participação dos utilizadores não se poderá confinar às redes e

²⁸⁸ Facilmente se percebe que esta proposta influenciou o modelo que viria a constar do *blueprint* do Pilar Um. Cfr. Annet Wanyana Oguttu, «A Critique from a Developing Country Perspective of the Proposals to Tax the Digital Economy», *World Tax Journal* 12, n.º 4 (2020): 815.

²⁸⁹ Quanto ao que se diz (e seguiremos de perto) a respeito dos princípios, *vd.* Pasquale Pistone, Nogueira, e Andrade, «The 2019 OECD Proposals for addressing the tax challenges of the digitalization of the economy: an assessment», 14 e ss e 40. No respeitante ao princípio da Neutralidade em particular e a todos em geral, a opinião é partilhada com Cockfield, «Tax Wars», 372 e ss.

²⁹⁰ Ao falar-se apenas em “*social media platforms*”, “*search engines*” e “*online marketplaces*”, esta proposta mostra-se bastante redutora daquilo que é e do que pode vir a ser a economia digital. Cfr. as páginas 9 e 10 da OECD, *Addressing the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy Public Consultation Document*.

²⁹¹ Estes *routine profits*, a par dos *residual profits* consubstanciam categorias que se encontram em desenvolvimento, conforme se pode ver em OECD, *Addressing the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy Public Consultation Document*, Stephen E. Shay, «The Deceptive Allure of Taxing», SSRN Scholarly Paper (Rochester, NY, 2021), 2 e ss; Lucas-Mas e Junquera-Varela, *Tax Theory Applied to the Digital Economy*, 65 e ss. Por razões de pragmatismo e rigor optámos por apresentar o conceito em Inglês. A proposta desta organização menciona que «*It is instead proposed that the profit allocated to a user jurisdiction, in respect of the activities/participation of users, be calculated through a non-routine or residual profit split approach*». (sublinhado nosso). Assim, *vd.* p. 10 OECD, *Addressing the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy Public Consultation Document*.

plataformas²⁹². Ao mesmo tempo, porém, fazendo-se uma localização quanto à participação dos utilizadores e proceder à distinção entre *routine e non-routine functions* revelar-se-ia profundamente complexo, originando divergências interpretativas e poderia envolver custos administrativos e custos de cumprimento bastante elevados. Além disso, aplicar diferentes métodos de imputação de lucros (*arm's length e profit split*) poderá conduzir a resultados imprecisos, originando dupla tributação ou dupla não-tributação. Todavia, a proposta apresenta a virtude de estabelecer limites e exclusões através de parâmetros quantitativos, como as receitas globais e locais, que poderiam reduzir os tais custos administrativos e incrementar a eficiência na liquidação e cobrança dos impostos²⁹³.

No concernente à eficácia, a proposta concede algum espaço para a concorrência entre Estados, com os Estados da residência a tentar inflacionar os *routine profits* que ocorrem na sua jurisdição e, por seu turno, os Estados da fonte a hiperbolizar o cálculo de *non-routine profits*, para além das disputas que a própria definição daquilo que consistem ou não consistem estes lucros gerará, bem como algumas dificuldades em aplicar o *profit split method*, especialmente no que toca a administrações tributárias pouco sofisticadas. Ora, para alcançar justiça nesta distribuição pode entrar aqui, conforme aconselha a doutrina que vimos referindo, como paliativo, o imposto de retenção na fonte.

Esta afirmação conduz-nos à equidade entre Estados. A proposta tem a vantagem de reconhecer competência tributária às jurisdições onde os utilizadores ativos estão localizados, procurando que o elemento de conexão e os direitos tributários estejam alinhados com a criação de valor, independentemente da presença física da EMN.

Tendo em consideração a necessidade de diferenciar *routine e non-routine functions*, a questão de saber se o exercício de poderes tributários do Estado da fonte deverá impedir a residência de qualquer tributação causa algumas dúvidas, especialmente se atendermos ao facto de que a proposta apenas imputa *residual profits* aos Estados da fonte.

Sem alterações efetivas às regras de imputação de lucros, uma EMN pode procurar desviar o elemento de conexão ao estabelecer subsidiárias concebidas de maneira a que apenas uma pequena porção dos lucros do grupo lhes sejam imputados. Outro problema pode

²⁹² Pasquale Pistone, Nogueira, e Andrade, «The 2019 OECD Proposals for addressing the tax challenges of the digitalization of the economy: an assessment», 14 e ss.

²⁹³ Neste sentido, *Ibidem*, p.14 e ss.

surgir em relação ao impacto dos prejuízos do grupo nos *residual profits* nos Estados da fonte, implicando uma redução da matéria coletável neste país²⁹⁴.

2.2.3. Marketing Intangibles

Esta proposta, na senda da anterior, reconhece a importância da criação de valor nos Estados da fonte, no entanto, dificilmente se mostra compatível com o quadro de tributação de Otava²⁹⁵.

Em primeiro lugar, a proposta que agora analisamos cobre mais modelos de negócio que a anterior e, portanto, torna-se mais neutral. Enquanto que a proposta da participação dos utilizadores se aplica a modelos específicos, esta pretende capturar o valor que se cria pela utilização de *marketing intangibles* que, geralmente, são ativos intangíveis essenciais à maior parte dos modelos empresariais²⁹⁶. Um bom exemplo do que se acaba de dizer diz respeito aos modelos empresariais de computação na nuvem que oferecem, no contexto desta proposta, aos Estados da fonte uma atribuição residual de poderes tributários, embora o mesmo não suceda no caso da proposta da *user participation*²⁹⁷. Todavia, conforme decorre do documento de consulta pública, a aplicação da proposta dos *marketing intangibles* deverá ser limitada aos modelos de negócios nos quais a contribuição desses mesmos intangíveis é substancial. Por isso se entende que esta proposta cumpre melhor o desiderato da flexibilidade, porquanto se aplica uma variedade mais ampla de modelos de negócio²⁹⁸.

Embora se preveja que, devido à complexidade da proposta, os custos de cumprimento e administrativos se tornem elevados, o estabelecimento de limites materiais e exclusões na base de parâmetros quantitativos permite reduzir tais custos administrativos

²⁹⁴ *Ibidem*, p.14 e ss.

²⁹⁵ Iguamente Pasquale Pistone, Nogueira, e Andrade, «The 2019 OECD Proposals for addressing the tax challenges of the digitalization of the economy: an assessment», 23 e ss.

²⁹⁶ Vide OECD, *Addressing the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy Public Consultation Document*, 11 e ss.; Turina, «The Progressive Policy Shift in the Debate on the International Tax Challenges of the Digital Economy», 13 e ss. Intangível que assume a mesma veste que o conceito presente nas linhas orientadoras sobre preços de transferência. Conforme refere a OCDE «*an intangible . . . that relates to marketing activities, aids in the commercial exploitation of a product or service and/or has an important promotional value for the product concerned. Depending on the context, marketing intangibles may include, for example, trademarks, trade names, customer lists, customer relationships, and proprietary market and customer data that is used or aids in marketing and selling goods or services to customers.*». Cfr., OECD, «Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017», 27.

²⁹⁷ OECD, *Addressing the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy Public Consultation Document*, 11 e ss.; Turina, «The Progressive Policy Shift in the Debate on the International Tax Challenges of the Digital Economy», 13 e ss.

²⁹⁸ Pasquale Pistone, Nogueira, e Andrade, «The 2019 OECD Proposals for addressing the tax challenges of the digitalization of the economy: an assessment», 40.

associados e incrementar a eficiência na liquidação e cobrança dos tributos²⁹⁹. No que aos preços de transferência diz respeito, a eficácia pode ser posta em causa devido a potenciais dificuldades em aplicar o método de divisão dos lucros, especialmente – e, novamente – quanto a administrações tributárias pouco sofisticadas, para tal concorrendo, no sentido de mitigar os efeitos nefastos, a aplicação de impostos de retenção na fonte³⁰⁰.

Quanto ao respeito pelos princípios da certeza e simplicidade pela proposta, uma parte dos lucros decorrentes dos *marketing intangibles* pode refletir-se nos lucros da entidade. Os poderes tributários dos Estados da fonte não se deverão, por um lado, cingir-se apenas aos *residual profits*³⁰¹, como também deverão ter uma prerrogativa quanto aos *routine profits*, apesar de que as atuais regras sobre preços de transferência possam impedir que isto aconteça. Todavia, aplicar diferentes métodos para a imputação de lucros nas suas diversas componentes pode conduzir a resultados imprecisos e, no limite, tanto a uma dupla tributação como a uma dupla não-tributação. Assim, a utilização de categorias cujo conteúdo possa gerar divergências interpretativas (*routine profits* e *non-routine profits*, *marketing intangibles* e *trade intangibles*) na sua implementação prática deverá ser de evitar.

Por fim, relativamente à equidade entre Estados, esta proposta pode não contribuir para um incremento substancial deste princípio quando comparado com o atual *status quo*, na medida em que, nos termos desta proposta, todos os *routine profits* e os lucros de intangíveis são imputados segundo o tradicional princípio de plena concorrência, o que significa que os Estados da fonte permanecerão excluídos de uma parte desse lucro, podendo, efetivamente, gerar novos confrontos entre Estados.

²⁹⁹ No sentido de tornar essa cobrança mais eficiente, sugere-se que os limites (*thresholds*) fixem uma matéria coletável mínima. Ver Pasquale Pistone, Nogueira, e Andrade, 24.

³⁰⁰ Sobre este tema *vide* por todos Andrés Baez e Yariv Brauner, «Tax Policy for the Digitalized Economy under Benjamin Franklin’s Rule for Decision-Making», em *Tax and the Digital Economy: Challenges and Proposals for Reform*, vol. 69, Series on International Taxation (Wolters Kluwer, 2019), 67 e ss; Pasquale Pistone, Nogueira, e Andrade, «The 2019 OECD Proposals for addressing the tax challenges of the digitalization of the economy: an assessment», 37; Yariv Brauner e Andres Baez Moreno, «Withholding Taxes in the Service of BEPS Action 1: Address the Tax Challenges of the Digital Economy», SSRN Scholarly Paper (Rochester, NY, 2015), 4 e ss.

³⁰¹ Como apontando anteriormente, nenhuma das categorias apresentadas possui uma definição clara e ainda são objeto de discussão no seio da OCDE e na doutrina. Por este motivo, optámos igualmente por apresentar a terminologia anglo-saxónica, por não haver uma tradução precisa dos conceitos.

3. O Pilar Um da OCDE

Sob o mote de adaptar as normas relativas à tributação do rendimento do DFI aos novos modelos de negócio e inspirado pelas propostas da abordagem unificada anteriormente expostas, surgiu o Pilar Um avançado pela OCDE, que pretende provocar alterações nas regras de conexão territorial, bem como nas regras de imputação de lucros das empresas. Note-se que a OCDE propôs uma estrutura de dois pilares, cada qual com objetivos distintos. Neste estudo tecemos considerações, sobretudo, acerca do Pilar Um³⁰². Na verdade, a proposta visa alcançar uma solução duradoura e multilateral radicada no compromisso de todos os envolvidos³⁰³.

O objetivo, como nota o próprio *blueprint* da organização³⁰⁴, é o de alargar o direito de tributar aos Estados da fonte que, quanto a alguns modelos de negócio, respeitam às

³⁰² Ergueu-se como reação às tensões geradas pela inadequação do regime do DFI, significativamente hiperbolizadas pela economia digital. Neste sentido, Navarro, «The Allocation of Taxing Rights under Pillar One of the OECD Proposal», 2; Báez e Brauner, «Taxing the Digital Economy Post BEPS ... Seriously», 157–61.

O Pilar Dois, tem como propósito limitar a concorrência fiscal prejudicial e a tão badalada “*race to the bottom*” quanto às taxas de tributação do rendimento das empresas. Pretende-se instituir um imposto mínimo global, cuja taxa única se fixaria nos 15%, a aplicar-se às EMN’s com lucros globais e que contenham “*significant economic footprint*” mundialmente. Além disso, este Segundo Pilar inclui as regras interligadas que compreendem as regras mundiais contra a erosão da base tributável (“*GloBE rules*”) que incluem uma regra de inclusão de rendimentos (“IIR”) e uma regra de pagamentos subtributados (“UTPR”), as quais se aplicam a grupos multinacionais e grupos exclusivamente nacionais com um nível de receitas consolidado de pelo menos € 750 milhões. As jurisdições onde o grupo tenha presença e nas quais as respetivas entidades constituintes (“CE”) sejam, no conjunto, sujeitas a uma taxa de tributação efetiva inferior a 15%, são consideradas como sendo de baixa tributação e, por conseguinte, em regra, o diferencial de imposto (“*top-up tax*”) para a taxa de 15% deve ser pago pela entidade-mãe final do grupo no âmbito da IIR. Mas nem sempre será assim, seja porque o país da entidade-mãe final não adotou a IIR – podendo o *top-up tax* ser imputado a entidades-mãe intermédias – ou porque o país das CE adotou uma regra doméstica *top-up tax*. A UTPR funciona como um complemento à IIR, na medida em que se aplica quando esta não foi adotada pelo país da entidade-mãe final (ou intermediária) ou esse país seja considerado de baixa tributação e não se verifique a cobrança do *top-up tax* pela jurisdição das CE nos termos da regra doméstica de *top-up tax*. Nesse caso, o *top-up tax* será alocado às jurisdições relevantes com base numa fórmula que considera: 1) o número de trabalhadores; e 2) os ativos tangíveis. Veja-se, resumidamente, TAX FOU «What Is OECD Pillar 2 (Global Minimum Tax)? | TaxEDU», *Tax Foundation* (blog), sem data; António Neves, «Pilar 2 – teoria ou prática», *Jornal Económico & EY*, 2022; OCDE, «Declaração sobre uma solução de dois pilares para enfrentar os desafios fiscais decorrentes da digitalização da economia», outubro de 2021, 3; OECD, *Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy – Global Anti-Base Erosion Model Rules (Pillar Two): Inclusive Framework on BEPS* (Paris, 2021), 8 e ss.

³⁰³ Neste sentido, «[t]he term that best describes the rationale of Pillar One is “*compromise*”. The consensus-oriented approach adopted by the OECD – leaning on the Inclusive Framework as a catalyser – aimed at satisfying all relevant parties. A clear indicator refers to the fact that the design of Amount A was built following partially the rationale of three previous proposals», vide Navarro, «The Allocation of Taxing Rights under Pillar One of the OECD Proposal», 10 e, partilhando a mesma opinião, veja-se Ana Paula Dourado, «The OECD Unified Approach and the New International Tax System: A Half-Way Solution», *Intertax* 48, n.º 1 (2020): 7; Svitlana Buriak, «A New Taxing Right for the Market Jurisdiction: Where Are the Limits?», *Intertax* 48, n.º 3 (2020): 301–2.

³⁰⁴ OECD, *Tax Challenges Arising from Digitalisation – Report on Pillar One Blueprint*, 11.

jurisdições onde os utilizadores-consumidores estão localizados, isto é, onde existe uma participação ativa e concertada de uma empresa na economia dessa jurisdição através de atividades nela decorrentes, seja fisicamente ou remotamente.

Neste ponto iremos abordar, brevemente, os principais elementos do Pilar Um que se agrupam em três categorias.

Em primeiro lugar, um novo direito de tributar dos Estados da fonte sobre uma parcela do *residual profit*³⁰⁵ através de uma determinada fórmula e calculada ao nível da totalidade de uma EMN ou de uma sua entidade relacionada, legitimado pela utilização de novas regras de conexão territorial (que acrescerão às já existentes relativas à presença física): o Montante A³⁰⁶.

Em segundo lugar, deslinda-se o Montante B, no qual se prevê uma simplificação do princípio de plena concorrência (*arm's length principle*) para atividades relacionadas com *marketing* e distribuição que ocorrem no Estado da fonte, onde as empresas detêm presença física, cuja aplicação respeitará uma imputação a estes Estados de uma remuneração fixa (*fixed return*).

Por último, o terceiro elemento do projeto, traduz-se em incrementar a certeza e segurança jurídicas, mediante a introdução de mecanismos inovadores de prevenção e resolução de litígios. Além disso, procura-se equilibrar as diferentes posições dos membros do Quadro Inclusivo com o foco em suprimir medidas unilaterais por alguns Estados implementadas, cujos ISD's são o seu expoente³⁰⁷. O sucesso do Pilar Um em geral e do Montante A em particular está dependente da sua exequibilidade e da sua certeza e segurança jurídicas harmonizadas, contribuindo para a simplificação de todo o sistema. Pense-se, por

³⁰⁵ Como explica Sebastian Beer et al., «Exploring Residual Profit Allocation», *IMF*, 2020, 5 e ss, o *residual profit* de um grupo multinacional reflete o excesso dos respetivos lucros agregados sobre a totalidade dos *routine profits*. Já o grupo de trabalho da OCDE define *residual profit* como os ganhos que permanecem na esfera da empresa, uma vez alocado o *routine profit* às jurisdições atualmente competentes para a tributar.

³⁰⁶ Neste sentido, acompanhamos AITOR NAVARRO, para quem «*the rationale of Pillar One is in opposition to long-standing standards on the allocation of taxing rights of business profits such as the requirement of physical presence to allow source taxation or the arm's length standard as a profit allocation mechanism*». Cfr. Navarro, «The Allocation of Taxing Rights under Pillar One of the OECD Proposal», 2.

³⁰⁷ Aliás, a declaração sobre uma solução de dois pilares para enfrentar os desafios fiscais decorrentes da digitalização da economia de 8 de outubro de 2021, refere, justamente, que a Convenção Multilateral (MLC) exigirá que todas as partes envolvidas excluam todo e qualquer Imposto sobre Serviços Digitais, bem como outras medidas similares que atinjam todas as empresas, assim como se comprometem a não introduzir tais medidas no futuro. Vai ainda mais longe dizendo que «nenhum Imposto sobre Serviços Digitais estabelecido recentemente ou outras medidas similares pertinentes será cobrado a qualquer empresa a partir de 8 de outubro de 2021 e até 31 de dezembro de 2023 ou até a entrada em vigor da Convenção Multilateral, o que ocorrer primeiro». Neste sentido, vd. OCDE, «Declaração sobre uma solução de dois pilares para enfrentar os desafios fiscais decorrentes da digitalização da economia», 3.

exemplo, no encargo que acarretaria às administrações tributárias mas, sobretudo, às EMN's a hipótese de uma proliferação de formas de tributar unilaterais.

A existência de harmonização de relato, preenchimento de declarações e de pagamento deverá contribuir para a segurança jurídica, obstando a que os contribuintes lidem com regras administrativas próprias que, de outra forma, cada jurisdição emanava.

No que se refere concretamente à componente de segurança jurídica, uma abordagem coordenada à aplicação do Montante A por parte das EMN's, consubstancia uma forma de eliminar atividades múltiplas de *compliance* que poderiam ocorrer em diversas jurisdições com a possibilidade de desencadear procedimentos amigáveis multijurisdicionais complexos, mas também por parte das Administrações Fiscais que, de outro modo, teriam de realizar auditorias próprias despendendo de recursos técnicos e humanos que muitas manifestamente não têm³⁰⁸.

Doravante, descreveremos muito resumidamente (ressalve-se), as componentes dos Montantes A e B vertidas declaração sobre uma solução de dois pilares de outubro de 2021, englobantes do referido acordo e que, sob pena de as regras finais estarem sujeitas a novas alterações, por ora, constituem as últimas atualizações da proposta³⁰⁹.

i. Montante A

O Montante A, consubstancia uma sobreposição às regras de imputação de lucros e de conexão atualmente vigentes e replica algumas das características das propostas supramencionadas³¹⁰, sendo que são sete os seus elementos-chave para a aplicação deste: 1) âmbito de aplicação; 2) cálculo da base tributável; 3) *quantum* tributário; 4) conexão; 5) eliminação da dupla tributação; 6) segurança e administração³¹¹; e 7) implementação³¹².

No que ao âmbito de aplicação diz respeito, o Montante A aplicar-se-á somente às EMN's que preencham cumulativamente dois testes de natureza quantitativa³¹³. Em primeiro

³⁰⁸ Quanto ao que se disse e se vai dizer, veja-se Bruno da Silva, «BEPS 2.0: Os Pilares Um e Dois e a Tributação da Economia Digital», em *Fiscalidade Internacional: Questões Atuais*, ed. João Ricardo Catarino e Paula Rosado Pereira (Coimbra: Almedina, 2023), 488–502.

³⁰⁹ Cfr. o anexo 5 cujo quadro opõe as soluções do *blueprint* e da declaração de outubro.

³¹⁰ Igual entendimento de Navarro, «The Allocation of Taxing Rights under Pillar One of the OECD Proposal», 11.

³¹¹ Acima já dissemos o bastante quanto a este tópico.

³¹² Abordada no ponto 4 do presente capítulo a propósito da crítica às opções unilaterais e da solução multilateral.

³¹³ Neste ponto reside, justamente, a principal diferença em relação ao *blueprint* no qual se distinguia entre *automated digital services* e *consumer facing businesses*, muito na lógica das propostas da abordagem

lugar, deverão cumprir o teste do volume de negócios global, determinado por recurso às demonstrações financeiras consolidadas, cujo volume deverá exceder os 20 mil milhões de euros, prevenindo-se que, se a proposta for bem-sucedida, este montante seja reduzido para metade³¹⁴. Em segundo lugar, o Montante A é aplicável no caso de as EMN's passarem o crivo da rentabilidade, isto é, se os seus rendimentos brutos se situam acima dos 10% imputados aos Estados da fonte pelo emprego de uma fórmula³¹⁵.

Quanto à determinação da base tributável, que corresponde aos resultados ajustados antes de impostos de uma EMN, o Montante A possui regras que apuram os lucros totais de um grupo abrangido e sobre os quais se aplica a fórmula de realocação para os Estados da fonte. O apuramento dos resultados ajustados antes de impostos tem como ponto de partida os lucros (ou prejuízos) da contabilidade financeira sendo posteriormente objeto de ajustamentos específicos e da dedução dos prejuízos líquidos que serão objeto de reporte.

unificada. O desvio que se operou na declaração de outubro de 2021 deve-se, em nosso entender, por uma questão de preservação da neutralidade fiscal, evitando atingir somente as empresas que operam na economia digital e de proteção dos países em desenvolvimento «*as business-to-business commerce also conducts digital advertising services that cause BEPS through excessive payments for services to non-residents*», deste modo, vd. Wanyana Oguttu, «A Critique from a Developing Country Perspective of the Proposals to Tax the Digital Economy», 815. Neste ponto, subscrevemos JIMÉNEZ, para quem a versão do *blueprint* ressalve-se, «*the unified OECD's approach in Pillar 1 appears to be based more on political factors than on sound technical discussions i.e. the limitation of Amount A to consumer facing businesses or automated digitalized services is probably unfounded if the goal is to recognize the business presence and activities of companies within a jurisdiction*». Assim, Jiménez, «Value Creation: A Guiding Light for the Interpretation of Tax Treaties?», 214.

³¹⁴ Estima-se que o âmbito de aplicação do Montante A, tal como o apresentámos, englobará somente 78 das 500 maiores multinacionais... As conclusões deste estudo podem ler-se em Michael P. Devereux e Martin Simmler, «[Who Will Pay Amount A](#)», EconPol Policy Brief 5, n.º 36 (2021): 3 e ss; Navarro, «The Allocation of Taxing Rights under Pillar One of the OECD Proposal», 7. No entanto, paradoxalmente, o limite de 750 milhões foi afastado devido a comentários no sentido de que «*there may be little advantage in using a threshold below the current €750 million threshold...*». Neste sentido, vd. U.S. Department of the Treasury, «[Steering Group of the Inclusive Framework Meeting](#)»; Reuven S. Avi-Yonah, Young Ran (Christine) Kim, e Karen Sam, «[A New Framework for Digital Taxation](#)», Law & Economics Working Papers, n.º 222 (2022): 16. f

³¹⁵ Para mais detalhes acerca deste método de cálculo *cf.*, em especial por ser mais tempestivo, o OECD, Progress Report on Amount A of Pillar One, Two-Pillar Solution to the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project (Paris, 2022), 10 e ss. mas também, OCDE, «Declaração sobre uma solução de dois pilares para enfrentar os desafios fiscais decorrentes da digitalização da economia», 1; OECD, Tax Challenges Arising from Digitalisation – Report on Pillar One Blueprint, 19 e ss.

No que ainda ao âmbito de aplicação diz respeito, o *blueprint* de 2020 exigia, cumulativamente, dois testes: o teste da atividade desenvolvida e o teste dos limites (*threshold test*). Todavia, o próprio *blueprint* ressalvava o seguinte: «*scope is one of the key pending political issues and the section needs to read within this context*», por isso, não admira que, aos nossos olhos, o teste da atividade desenvolvida tenha sido afastado. Dele nada consta na Declaração de outubro de 2021 nem do “*Progress Report*”. Aliás, partilhando da opinião de JIMÉNEZ que já dizia que «*the unified OECD's approach in Pillar 1 appears to be based more on political factors than on sound technical discussions i.e. the limitation of Amount A to consumer facing businesses or automated digitalized services is probably unfounded if the goal is to recognize the business presence and activities of companies within a jurisdiction*». Assim, Jiménez, «Value Creation: A Guiding Light for the Interpretation of Tax Treaties?», 214.

Estes prejuízos líquidos correspondem aos prejuízos contabilísticos de exercícios elegíveis e que excedem o total de lucros contabilísticos do grupo após os ajustamentos. O Montante A prevê igualmente uma lista de itens que serão excluídos, designadamente dividendos, ganhos ou prejuízos resultantes da alienação ou provenientes de interesses de capital, rendimentos de entidades excluídas, entre outros³¹⁶.

No respeitante ao montante de rendimentos tributáveis em cada jurisdição de mercado (*quantum*), o Montante A exige um processo de três fases que se aplicará à base tributável calculada nos termos anteriormente expostos. Assim, a primeira fase compreende o apuramento do lucro residual presumido³¹⁷, correspondente ao montante que excede 10% do lucro, que é calculado a partir dos resultados globais (consolidados) da EMN. De seguida, calcula-se o valor do Montante A, isto porque se mostra necessário definir uma percentagem de lucro residual que corresponda ao Montante A, uma vez que nem todo o lucro residual será necessariamente Montante A. Não obstante as discussões que se geraram no âmbito do Quadro Inclusivo do BEPS, apontando para valores entre os 20% e os 30%, a percentagem final de lucro residual que corresponde ao Montante A situou-se nos 25%³¹⁸. Por fim, a fatia relevante do Montante A é imputada a cada Estado da fonte tendo por base o rendimento gerado nessas jurisdições.

Relativamente aos elementos de conexão, o Montante A do Pilar Um assenta no fenómeno que anteriormente descrevemos, isto é, na assunção da tributação mais próxima do Estado da fonte, porquanto a conexão com uma jurisdição será determinada com base em rendimento, localizado casuisticamente, transação a transação, por recurso a indicadores fiáveis ou, subsidiariamente, a uma determinada *allocation key*.

As novas regras permitirão a imputação de lucros do Montante A a um Estado da fonte onde os bens ou serviços são consumidos ou utilizados, na circunstância de o rendimento gerado numa jurisdição por uma EMN seja de, pelo menos, 1 milhão de euros³¹⁹. Para garantir que todas as jurisdições possam beneficiar da imputação resultante do

³¹⁶ Cfr. outros referidos em OECD, [Progress Report on Amount A of Pillar One, Two-Pillar Solution to the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy](#), OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, 85–86.

³¹⁷ Aqui optámos por apresentar a tradução conforme resulta da declaração de outubro.

³¹⁸ OECD, «[Statement on a Two-Pillar Solution to Address the Tax Challenges Arising From the Digitalisation of the Economy](#)», julho de 2021, 2.

³¹⁹ Na hipótese de o exercício seja mais curto ou mais longo do que doze meses, o montante acima referido é ajustado proporcionalmente de maneira que corresponda ao período de duração em causa. Cfr. art. 3.º do OECD, [Progress Report on Amount A of Pillar One, Two-Pillar Solution to the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy](#), OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, 13 e ss.

Montante A, mormente os países em desenvolvimento, cujo PIB seja inferior a 40 mil milhões de euros, será conexão bastante que o rendimento gerado seja igual ou superior 250 000 euros. Para determinar onde é que o rendimento se gera, as regras de localização da fonte do Montante A prescrevem o seguinte: 1) identificar o tipo de rendimento em questão; 2) aplicar as regras da fonte para localizar a jurisdição desse rendimento; 3) imputar o rendimento de acordo com os preços ou de acordo com as localizações dos utilizadores-consumidores. Deste modo, sempre que exista um indicador fiável para localizar os rendimentos, estes deverão sê-lo atendendo às diferenças entre as jurisdições relativamente aos bens, conteúdo, propriedade, produtos e serviços vendidos, licenciados, ou alienados de outra forma e fornecidos pelo grupo abrangido, as respetivas quantidades e preços. Conforme previamente mencionado, os rendimentos deverão ser localizados de acordo com a categoria de rendimentos auferidos e tendo por base as suas características comuns. Na hipótese de serem abrangidos por mais do que uma categoria, então esses rendimentos deverão ser localizados a partir das suas características preponderantes³²⁰. No respeitante às transações suplementares, estas podem ser localizadas de acordo com os rendimentos da transação principal, fazendo com que existam regras para diferentes categorias de rendimento.

Aqui chegados, é ponto assente que o rendimento é alocado às jurisdições de mercado tendo por base uma chave de alocação a partir do rendimento nelas germinado. Porém, o montante de lucro residual de uma EMN abrangido pelo Montante A pode estar a ser tributado numa jurisdição de mercado, por força das regras de imputação de lucros existentes de acordo com o princípio de plena concorrência. Nesta situação, o Montante A determina que, sempre que existam *residual profits* que já são tributados num Estado da fonte em virtude daquelas regras ditas tradicionais, um porto de abrigo (*safe harbour*) de lucros referentes a *marketing* e distribuição³²¹ é convocado e limita o montante de *residual profits* alocados a uma jurisdição. Como é bom de ver, este *safe Harbour* visa prevenir situações de dupla tributação, ou seja, situações em que, segundo os métodos tradicionais de preços de transferência, o Estado da fonte já tribute e pretenda fazê-lo novamente com base nas regras de afetação do Montante A.

³²⁰ Cfr. números 2 e 3 do artigo 4.º OECD, 13–14.

De salientar que dentro das principais categorias de rendimento existem ainda sub-categorias que obedecem a determinados indicadores de maneira a identificar a fonte do rendimento e as chaves de afetação específicas sempre que não existam indicadores de localização fiáveis.

³²¹ MDSH – *Marketing and Distribution Safe Harbour*.

Nos termos das regras previstas para o Montante A, a parcela de resultados ajustados antes de imposto (*adjusted profits before tax*) de uma EMN corresponde ao montante dos lucros atribuídos nos termos da fórmula de atribuição de lucro, subtraídos do MDSH, se e quando aplicável, ou será de zero quando superior³²². Desta feita, e com base no *safe harbour*, uma EMN compara os lucros imputados a uma jurisdição de mercado com a remuneração do *safe harbour* quando: a) os lucros forem superiores ao limite do *safe harbour* não existe atribuição de Montante A; b) os lucros forem inferiores ao limite do *safe harbour* haverá, em princípio, atribuição de Montante A, podendo ser parcial, caso essa atribuição no seu valor total exceda o montante fixado pelo limite do *safe harbour*³²³.

Por último, no que concerne aos métodos de eliminação da dupla tributação, a Declaração de Outubro de 2021 estabelece que a(s) entidade(s) da EMN que suportará o encargo do imposto será aferida com base naquelas que obtiveram lucro residual³²⁴. Para tal, são propostos diversos mecanismos que cumprem a função de identificar as jurisdições que terão o ónus de eliminar a dupla tributação, as denominadas *specified jurisdictions*. Estas jurisdições específicas serão aquelas onde as EMN's têm montantes mais elevados de amortizações e custos salariais ou aquelas que serão apuradas através de um processo com 4 *tiers* (*tier1, tier2, tier3A e tier3B*)³²⁵. Além disso, de acordo com cada jurisdição, tanto o método do crédito como o de isenção de imposto serão utilizados.

³²² Vide artigo 6.º OECD, *Progress Report on Amount A of Pillar One, Two-Pillar Solution to the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*, 16–17. A fórmula de imputação de lucros será a que se segue: $Q = (P - R \times 10\%) \times 25\% \times L/R$, sendo que:

- Q, corresponde ao montante de lucros de uma EMN que é imputado a uma dada jurisdição para um exercício;
- P, refere-se aos resultados ajustados antes de impostos para um exercício de uma EMN;
- R, são os rendimentos de uma EMN num exercício;
- L, rendimentos gerados numa determinada jurisdição.

³²³ Assim, por exemplo, se o limite correspondente ao *safe harbour* para a jurisdição x for de 5000 e é imputado um valor de 1000 ao Montante A, então: 1) se os lucros forem de 3800, a jurisdição x recebe o valor integral do Montante A; se os lucros forem de 5500, a jurisdição x não recebe qualquer valor de Montante A; por fim, na hipótese de os lucros forem de 4500, a jurisdição x receberá 500 de Montante A.

Ressalve-se que, o MDSH ainda se encontra-se numa fase de labor pelo Quadro Inclusivo do BEPS e, portanto, muitos aspetos, designadamente quanto à sua concreta operacionalidade, carecem de desenvolvimento.

³²⁴ OECD, «Statement on a Two-Pillar Solution to Address the Tax Challenges Arising From the Digitalisation of the Economy», 2.

³²⁵ Vide os artigos 8.º e 9.º do OECD, *Progress Report on Amount A of Pillar One, Two-Pillar Solution to the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*, 18 e ss.

ii. Montante B

Para além do Montante A, o Pilar Um inclui igualmente o Montante B que se traduz numa remuneração fixa para determinadas atividades relacionadas com *marketing* e distribuição, conquanto que sejam fisicamente realizadas numa jurisdição e, portanto, como supramencionado, consubstanciando-se uma simplificação e otimização do princípio de plena concorrência.

As origens do Montante B remontam à Abordagem Unificada que previa a imputação de lucros provenientes de distribuição ou de outras *routine functions* continuasse a ser feita numa análise de preços de transferência fundada no *arm's length principle*, mas adotando-se ligeiras modificações, de modo que o objetivo do Montante B passou a ser o de estandardizar a remuneração dos distribuidores que sejam entidades relacionadas e que desempenhem atividades de base relacionadas com *marketing* e distribuição³²⁶. Ora, ao contrário do princípio de plena concorrência que opera numa base casuística, o Montante B permite simplificar o processo mediante o estabelecimento de remunerações fixas.

A justificação para a adoção de remunerações fixas prende-se justamente com o intuito de fornecer segurança jurídica tanto para contribuintes como para as administrações tributárias³²⁷, reduzindo a tendência da litigiosidade³²⁸ e, conseqüentemente, a probabilidade de situações de dupla tributação não resolvidas. Depois, é relevante para as jurisdições menos desenvolvidas dada a frequente dificuldade em encontrar comparáveis para efeitos de metodologia de preços de transferência. Para rematar, destaque-se que o Montante B é entendido enquanto complemento do Montante A já que se encontra dentro das regras já existentes da tributação internacional³²⁹.

³²⁶ Harlow Higinbotham, Niraja Srinivasan, e Lorraine Eden, «“Amount B: Facts and Circumstances Matter - Even for Routine Distributors” by Harlow Higinbotham, Niraja Srinivasan, Vladimir Starkov, Nihan Mert-Beydilli, and Lorraine Eden», SSRN Scholarly Paper (Rochester, NY, 2021), 90–97.

³²⁷ OECD, *Tax Challenges Arising from Digitalisation – Report on Pillar One Blueprint*, 155.

³²⁸ Cfr. OECD, «Public Consultation Document Pillar One – Amount B», 8 de dezembro de 2022, 3; Higinbotham, Srinivasan, e Eden, «"Amount B», 90–97. Lítigios que dizem respeito, note-se, ao preço e delimitação de transações intragrupo relacionadas com *marketing* e distribuição.

³²⁹ Vide o que diz a respeito do Montante B Silva, «BEPS 2.0: Os Pilares Um e Dois e a Tributação da Economia Digital», 499–501.

3.1. Reflexão crítica acerca do Quadro Normativo do Pilar Um: breve análise ao nível dos princípios

Aqui chegados, é inequívoca a influência que as três propostas exerceram sobre, especialmente, o Montante A³³⁰. Com efeito, este replica diferentes características daquelas propostas, permitindo uma tributação nos Estados da fonte não obstante a ausência de presença física das EMN através de um E.E., que atinge os modelos de negócios digitais por força de uma divisão de *residual profits* radicada numa fórmula. Aliás, este poder de tributar alarga o elemento de conexão tradicional e a imputação de lucros baseada no princípio de plena concorrência, daí que os objetivos dos proponentes sejam, em certa medida, satisfeitos. No entanto, como sabemos, o Montante A será determinado de acordo com uma regra extraordinária que difere das atuais regras do DFI e que, combinada com a tímida e modesta realocação dos poderes tributários, permitirá reduzir a relutância de alguns Estados, *i.e.*, dos designados Estados exportadores, mormente dos Estados Unidos da América (EUA). De igual modo, as EMN poderão continuar a beneficiar de um planeamento fiscal eficiente mediante a alocação dos fatores de produção que o “velho regime” permite, apesar de suportarem um incremento mínimo na carga fiscal total³³¹.

A verdade é que o desenho da proposta tem de revestir uma forma que os principais *players* – EUA e União Europeia – consideram toleráveis³³². De facto, os países da União Europeia estavam dispostos a tributar as empresas tecnológicas americanas mais do que as atuais regras permitem. Todavia, para contrabalançar, a proposta incorporou alguns elementos que mais não foram senão cedências no sentido de se alcançar um acordo com os EUA. De outro modo, a sua rejeição implicaria o falhanço do Pilar Um. As próximas notas traduzem justamente a afirmação precedente.

Em primeiro lugar, conforme mencionado, as regras do Pilar Um vão sobrepor-se às regras do atual regime que atribuem um papel primordial ao *arm's length principle* e,

³³⁰ OECD, *Addressing the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy Public Consultation Document*, 9–23; V. Chand, «Allocation of Taxing Rights in the Digitalized Economy: Assessment of Potential Policy Solutions and Recommendations for a Simplified Residual Profit Split Method», *Intertax* 47, n.º 12 (2019): 1028 e ss.; Pasquale Pistone, Nogueira, e Andrade, «The 2019 OECD Proposals for addressing the tax challenges of the digitalization of the economy: an assessment», 3 e ss.

³³¹ Neste sentido, Navarro, «The Allocation of Taxing Rights under Pillar One of the OECD Proposal», 11.

³³² Tarcísio Diniz Magalhães e Ivan Ozai, «A Different Unified Approach to Global Tax Policy: Addressing the Challenges of Underdevelopment», SSRN Scholarly Paper (Rochester, NY, 2020), 14.

portanto, ainda se revelam benéficas para algumas empresas, sobretudo, para as multinacionais americanas³³³.

Em segundo lugar, as regras de cálculo do Montante A, não irão aplicar-se somente às gigantes tecnológicas, mas a qualquer EMN cujos rendimentos se situem acima do limite estabelecido, desta forma garantindo a neutralidade e evitando discriminações positivas.

Para além disso e conforme decorre da Declaração de outubro, o Pilar Um implicará a eliminação das medidas unilaterais, bastante contestadas pelos norte-americanos que visam, essencialmente, as empresas da economia digital.

Por fim, a proposta impõe o reforço significativo dos mecanismos de resolução de litígios, alteração esta promovida principalmente pelos Estados Unidos³³⁴.

Note-se que as alterações que levaram à modificação do que constava do *blueprint* para a Declaração de Outubro seguiram as orientações americanas, sendo a mais evidente a elevação do limite de 750 milhões para 20 mil milhões de euros, bem como a eliminação da distinção entre *automated digital services* (ADS) e *consumer faced businesses* (CFB)³³⁵.

Apesar de reconhecermos o esforço nobre e a dificuldade no sentido de integrar na mesma proposta diferentes pontos de vista na tentativa de conciliar interesses específicos de cada Estado e apesar de o consenso ser crítico para a viabilidade da proposta, isso não deve camuflar preocupações relacionadas com a legitimidade³³⁶ nem obstar a que se enquadre as soluções do Pilar Um num quadro normativo específico³³⁷. Destarte, iremos proceder a uma

³³³ J. Clifton Fleming, Robert J. Peroni, e Stephen E. Shay, «[Worse than Exemption](#)», SSRN Scholarly Paper (Rochester, NY, 2009), 119 e ss.; Aitor Navarro, «The Allocation of Taxing Rights under Pillar One of the OECD Proposal», SSRN Scholarly Paper (Rochester, NY, 2021), 11 «[i]n that respect, Pillar One may be described as a vaccine inoculating a small portion of market taxation to induce immunity and achieve the preservation of the old rules».

³³⁴ OCDE, «Declaração sobre uma solução de dois pilares para enfrentar os desafios fiscais decorrentes da digitalização da economia», 11, na qual se estatui que as entidades relacionadas de EMN beneficiarão de mecanismos de prevenção e resolução de litígios de forma obrigatória e vinculativa.

³³⁵ OECD, *Tax Challenges Arising from Digitalisation – Report on Pillar One Blueprint*, 19–64; Michael Graetz, «A Major Simplification of the OECD's Pillar 1 Proposal», *Tax Notes Int'l* 101, n.º 2 (2021): 199 cuja proposta foi seguida de perto pelos representantes americanos em reuniões importantes do Quadro Inclusivo.

³³⁶ Ivan Ozai, «Institutional and Structural Legitimacy Deficits in the International Tax Regime», SSRN Scholarly Paper (Rochester, NY, 2019), 53.

³³⁷ OECD, «Programme of Work to Develop a Consensus Solution to the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy», OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS (Paris: OECD, 2019), 7 estatui que a solução adoptada «*must be underpinned by sound economic principles on a conceptual basis.*». No entanto, conforme refere Aitor Navarro, «The Allocation of Taxing Rights under Pillar One of the OECD Proposal», SSRN Scholarly Paper (Rochester, NY, 2021), 13 nota 71 «*the Pillar One documentation produced by the OECD lacks a normative evaluation on the soundness of the proposal.*».

análise deste quadro normativo³³⁸. Começaremos primeiramente pelo Montante A e teceremos uma pequena nota quanto ao Montante B.

Do ponto de vista da equidade, releva a adequação da atribuição de poderes tributários sobre rendimentos empresariais aos Estados da fonte numa perspetiva ligada à equidade entre Estados. Os paradigmas da *economic allegiance*, o princípio do benefício e o conceito de criação de valor, por mais sobrepostos que sejam, suportariam essa afetação³³⁹. No entanto, a utilização destes parâmetros de equidade para justificar a tributação do rendimento empresarial pelos Estados da fonte são um pouco insatisfatórios, na medida em que tanto podem ser mobilizados para suportar a tributação pela fonte como pela residência³⁴⁰, havendo necessidade de definir precisamente o seu significado. Além disso, os mencionados parâmetros de equidade serviriam para justificar o *status quo*, porquanto os Estados da fonte estão habilitados a tributar valor acrescentado na forma de impostos sobre o consumo³⁴¹. Uma vez decidido que as jurisdições de mercado deverão ter a possibilidade de tributar rendimentos empresariais, os parâmetros de equidade são, no entender de JOHANNA HEY, inúteis para determinar a alocação/afetação da matéria coletável³⁴².

No que toca à equidade entre Estados na perspetiva de redistribuição dos rendimentos através da implementação do Montante A, os resultados são deveras modestos³⁴³. Com o efeito, o Montante A irá trazer pequenas mudanças nos poderes tributários de alguns dos principais Estados³⁴⁴ e um incremento mínimo nos rendimentos globais de tributação do rendimento empresarial³⁴⁵. Aliás, uma crítica que se pode fazer

³³⁸ Para um estudo mais pormenorizado sobre esta temática *cf.* Navarro, «The Allocation of Taxing Rights under Pillar One of the OECD Proposal», 13 e ss.; Michael P. Devereux et al., *Taxing Profit in a Global Economy* (Oxford: Oxford University Press, 2020), 113 e ss.

³³⁹ *Vd. supra* o que fomos dizendo sobre os conceitos e ainda, por todos, arguindo que as EMN têm uma ligação económica evidente nas jurisdições de mercado, beneficiam dos seus bens e serviços públicos e que os produtos daquelas só têm relevância porque existe procura no Estado da Fonte, Wolfgang Schön, «Ten Questions about Why and How to Tax the Digitalized Economy», *Max Planck Institute for Tax Law and Public Finance Working Paper* 11 (2017): 285.

³⁴⁰ Jiménez, «BEPS, the Digital(Ized) Economy and the Taxation of Services and Royalties», 626.

³⁴¹ OECD, *International VAT/GST Guidelines* (Paris: Organisation for Economic Co-operation and Development, 2017), 15–17; Becker e Englisch, «Taxing Where Value Is Created», 164–65.

³⁴² Hey, «“Taxation Where Value Is Created” and the OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Initiative», 203–5.

³⁴³ Navarro, «The Allocation of Taxing Rights under Pillar One of the OECD Proposal», 14.

³⁴⁴ Leopoldo Parada, «The Unified Approach Under Pillar 1: An Early Analysis», SSRN Scholarly Paper (Rochester, NY, 2019), 983–85.

³⁴⁵ Segundo a OCDE os rendimentos manifestarão uma subida de 0,2% a 0,5%, entre cerca de 5 e 12 mil milhões de dólares americanos em números absolutos. OECD, *Tax Challenges Arising from Digitalisation – Economic Impact Assessment: Inclusive Framework on BEPS* (Paris: Organisation for Economic Co-operation and Development, 2020), 15. Ainda que estes cálculos preparados pela OCDE na sua avaliação do impacto económico tenham sido efetuados com a proposta do *blueprint* de 2020 em mente, as

consiste no facto de a OCDE ter decidido não publicar estimativas por país, com o objetivo de não criar distúrbios nas negociações, apresentando apenas valores absolutos que indicam que alguns Estados mais fortes irão arrecadar, por decorrência de aplicação das regras do Montante A, um valor médio de receita inferior a 200 milhões de Dólares Americanos, sendo este valor reduzido para menos de 100 milhões no caso de países médios e para menos de 50 milhões em a países de rendimentos baixos³⁴⁶. Portanto, a afirmação de que o Montante A visa a proteção das jurisdições mais pequenas, tendencialmente importadoras e economias em desenvolvimento, deverá ser posta em causa³⁴⁷.

Outra questão relacionada com a equidade, decorre do princípio da capacidade contributiva entendido como corolário da equidade entre sujeitos passivos. O ponto de partida para o cálculo da matéria coletável relevante para efeitos de aplicação das regras do Montante A são demonstrações financeiras elaboradas de acordo com os normativos contabilísticos utilizados na jurisdição principal (jurisdição-mãe). Os resultados, para serem validados, terão que ter sido elaborados de acordo com normas e standards contabilísticos que permitam obter um resultado equivalente aos das normas NIC/IAS/IFRS³⁴⁸. Ainda assim, a mensuração dos lucros pode sofrer algumas variações tendo em conta o normativo legal aplicável à entidade, suas sucursais e filiais. Assim, duas EMN idênticas mas com localizações distintas da sua entidade-mãe com desempenho similar podem apresentar lucros contabilísticos diversos. Por outro lado, do ponto de vista de cada jurisdição de mercado, o valor relevantes para efeitos de cálculo dos Montante A seria determinado através de normas que não são necessariamente as mesmas que as adotadas nos regulamentos contabilísticos nacionais. Desta feita, do ponto de vista de cada jurisdição de mercado, duas empresas multinacionais idênticas que obtêm igualmente lucros de utilizadores-consumidores localizados no mesmo mercado podem acabar por apresentar valores distintos relativamente ao lucro imputável nessa jurisdição. De um modo geral, por uma questão de simplicidade, não se prevê um conjunto unificado de regras para determinar o lucro consolidado nem

estimativas relativas à reafetação de *residual profits* nas jurisdições de mercado de acordo com a Declaração de 2021 são quase idênticas à avaliação que citámos. Para uma reflexão crítica, *vd.* Lorraine Eden, «Winners and Losers: The OECD's Economic Impact Assessment of Pillar One», SSRN Scholarly Paper (Rochester, NY, 2020), 597 e ss.

³⁴⁶ Esta classificação estabelece-se em função do PIB dos vários Estados. Ver Jeroen Lammers, «Less Is More - Can Developing Countries Gain Tax Revenue by Giving up Taxing Rights?», SSRN Scholarly Paper (Rochester, NY, 2020), 19.

³⁴⁷ OECD, *Tax Challenges Arising from Digitalisation – Report on Pillar One Blueprint*, 65.

³⁴⁸ Todavia, outros poderão ser permitidos desde que analisados casuisticamente. OECD, 105.

sequer ajustamentos contabilísticos. Por conseguinte, as disparidades mencionadas devem ser consideradas como resultantes do compromisso entre a equidade entre contribuintes, o princípio da capacidade contributiva e a exequibilidade. Por último, importa sublinhar que a capacidade contributiva pode ser útil para determinar a matéria coletável, mas não para a repartir entre diferentes jurisdições pelo que, de um modo geral, não é possível determinar um índice de referência para atribuir os direitos de tributação do ponto de vista da equidade³⁴⁹.

A eficiência e a neutralidade exigem que se obste à criação de distorções que os impostos podem criar sobre escolhas e comportamentos dos agentes económicos. O atual quadro de tributação internacional em matéria de impostos sobre o rendimento baseia-se, maioritariamente, na localização dos fatores de produção. Porém, atualmente, os principais criadores de valor são ativos intangíveis e capital humano, ambos facilmente deslocalizáveis, daí que o *status quo* conduza a resultados ineficientes. Pelo contrário, a tributação radicada em fatores imóveis como a localização do mercado poderá ser eficiente pelo simples facto de as EMN estarem impedidas de decidir a localização dos utilizadores e consumidores³⁵⁰. A este respeito, a racionalidade subjacente ao Montante A parece ser compatível com os objetivos que a eficiência proclama³⁵¹. Não obstante o que se acaba de dizer, não pode ser oblição que as regras de cálculo do Montante A são concebidas como regras autónomas e independentes face às atuais regras do DFI. Destarte, considerando o impacto do Montante A nas obrigações tributárias das EMN, os ganhos de eficiência introduzidos poderão ser insignificantes *vis-à-vis* ao regime fiscal internacional como um todo.

Como referimos anteriormente, a eficiência também compreende a neutralidade sobre as decisões empresariais. De facto, a principal preocupação refere-se ao desejo de evitar qualquer forma de isolar as empresas da economia digital, embora se reconheça a dificuldade desta tarefa³⁵² e que algumas disposições do Montante A o fazem. Adicionalmente, o Montante A redundará em distorções contrárias à ineficiência, porquanto

³⁴⁹ Quanto ao que se disse, *cf.* Navarro, «The Allocation of Taxing Rights under Pillar One of the OECD Proposal», 14–15.

³⁵⁰ Schön, «One Answer to Why and How to Tax the Digitalized Economy», 7; Devereux et al., *Taxing Profit in a Global Economy*, 168 e ss.

³⁵¹ Lorraine Eden, «Pillar One Tax Games», SSRN Scholarly Paper (Rochester, NY, 2021), 8. Ainda assim, o Autor considera haver uma margem de manobra por parte das autoridades tributárias e EMN em manipular o Montante A de uma forma que afetará a dimensão dos seus ganhos e perdas.

³⁵² OECD, *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 - 2015 Final Report*, 54.

não garante progressividade na tributação, ou seja, tributa uma empresa só por ela ter ultrapassado certo limite de receita e não a tributa quando fica aquém, nem que seja por um euro...³⁵³

A exequibilidade requer um sistema fiscal que garanta certeza e segurança jurídica, mas também eficiência e simplicidade. Com efeito, a complexidade assola igualmente o Montante A, especialmente quando comparada com outras propostas para tributar as empresas da economia digital³⁵⁴. Geralmente, a complexidade decorre de uma melhor construção de um regime fiscal³⁵⁵, no entanto no caso do Montante A existe uma estranha combinação de medidas complexas e simples. Se por um lado, a definição de regras relativas à fonte, a determinação da entidade pagadora e a eliminação da dupla tributação representam um elevado grau de complexidade; temos por outro lado, um elemento crucial do Montante A – a determinação dos *residual profits* imputáveis a um Estado –, que consiste numa percentagem fixa, ou seja, traduz-se numa renúncia a uma delimitação mais exata dos *routine profits* ou a determinação do valor específico gerado pelos utilizadores-consumidores como, de resto, faziam as propostas atrás enunciadas. Aqui chegados, o que se conclui é que não se percebe o porquê de se manter na mesma proposta alguns elementos complexos e outros simples³⁵⁶. Se analisarmos o quadro do DFI como um todo é notório que o Montante A introduz complexidade o que, por seu turno, irá gerar custos de cumprimento e custos administrativos adicionais³⁵⁷.

Ora, a principal vantagem do Montante B consiste, precisamente, na exequibilidade, na medida em que traz certeza e se prevê uma redução na litigância,

³⁵³ Aitor Navarro, «The Allocation of Taxing Rights under Pillar One of the OECD Proposal», SSRN Scholarly Paper (Rochester, NY, 2021), 16; Andrés Báez e Yariv Brauner, «Taxing the Digital Economy Post BEPS ... Seriously», *SSRN Electronic Journal*, 2019, 170; Wolfgang Schön, «International Tax Coordination for a Second-Best World (Part I)», SSRN Scholarly Paper (Rochester, NY, 2009), 99–101.

³⁵⁴ Como é o caso de imposto de retenção na fonte. Sobre esta temática, ninguém mais profícuo do que Andrés Baez e Yariv Brauner, «Tax Policy for the Digitalized Economy under Benjamin Franklin’s Rule for Decision-Making», em *Tax and the Digital Economy: Challenges and Proposals for Reform*, vol. 69, Series on International Taxation (Wolters Kluwer, 2019); Andrés Báez e Yariv Brauner, «Taxing the Digital Economy Post BEPS ... Seriously», *SSRN Electronic Journal*, 2019; Yariv Brauner e Andres Baez Moreno, «Withholding Taxes in the Service of BEPS Action 1: Address the Tax Challenges of the Digital Economy», SSRN Scholarly Paper (Rochester, NY, 2015).

³⁵⁵ Pollack, «Tax Complexity, Reform, and the Illusions of Tax Simplification», *George Mason Independent Law Review* 319, 2 (1994): 321, *apud*. Navarro, «The Allocation of Taxing Rights under Pillar One of the OECD Proposal», 17 nota 95.

³⁵⁶ Neste sentido, cfr. Navarro, 17. Conforme refere SCHÖN «the final outcome represents more a partial move towards formulary apportionment applying a ‘sales factor’ than anything specifically related to the ‘digital economy’», em Wolfgang Schön, «Is There Finally an International Tax System?», SSRN Scholarly Paper (Rochester, NY, 2021), 13.

³⁵⁷ Devereux et al., *Taxing Profit in a Global Economy*, 128.

porquanto impõe o recurso a determinados mecanismos de resolução de litígios, bem como nos custos de cumprimento e custos administrativos de liquidação e cobrança em matéria de preços de transferência, não obstante o seu modesto objetivo, posto que implica a utilização de uma fórmula que procura reproduzir a remuneração em condições de plena concorrência quanto a distribuidores com entidades relacionadas quanto a atividades de *marketing* e distribuição³⁵⁸.

4. Crítica às medidas unilaterais: a solução multilateral

Toda a descrição e análise das propostas que fomos fazendo, só fazem verdadeiramente sentido se, especialmente quanto ao Pilar Um, for adotada uma Convenção Multilateral acompanhada de legislação doméstica sempre que se mostrar necessário³⁵⁹.

Para variados Autores, a ação 1 do plano BEPS constituiu uma verdadeira desilusão ou, como ironicamente nos diz MONICA GIANNI, uma inação, na medida em que, ao contrário das restantes ações, aquela não só não contém uma recomendação específica, como também convidou os Estados que, dentro de determinados limites, adotassem na sua legislação interna medidas unilaterais³⁶⁰.

De facto, inúmeros países procederam à implementação unilateral de medidas, sobretudo, uma de duas formas: ou através de impostos de retenção na fonte (*withholding tax*) ou através de taxas de equalização (*equalisation levy*).

As primeiras consistem numa retenção na fonte do imposto sobre pagamentos feitos por residentes de um Estado (incluindo E.E. locais), incidindo sobre certos tipos de transações digitais sobre produtos e serviços adquiridos por via eletrónica a não-residentes³⁶¹. No fundo a proposta será aplicável, em alternativa, ou como uma retenção na

³⁵⁸ Navarro, «The Allocation of Taxing Rights under Pillar One of the OECD Proposal», 17.

³⁵⁹ Com efeito, os membros do Quadro Inclusivo do BEPS terão de avaliar a necessidade de alterações à sua legislação interna por forma a implementarem, designadamente, o Montante A, porquanto se traduz num novo direito tributário. Neste sentido, Silva, «BEPS 2.0: Os Pilares Um e Dois e a Tributação da Economia Digital», 498.

³⁶⁰ Assim, Baez e Brauner, «Tax Policy for the Digitalized Economy under Benjamin Franklin's Rule for Decision-Making», 68; Monica Gianni, «OECD BEPS (In)Action 1: Factor Presence as a Solution to Tax Issues of the Digital Economy», SSRN Scholarly Paper (Rochester, NY, 2018), 255–98; Yariv Brauner, «BEPS : An Interim Evaluation», SSRN Scholarly Paper (Rochester, NY, 2014), 1; Yariv Brauner, «What the BEPS», *UF Law Faculty Publications*, 2014, 58–59.

³⁶¹ Embora presente na Ação 1 do Plano BEPS, parece que esta solução perdeu algum suporte no seio da UE e da OCDE. *Cfr.* Andrés Baez e Yariv Brauner, «Tax Policy for the Digitalized Economy under Benjamin Franklin's Rule for Decision-Making», em *Tax and the Digital Economy: Challenges and Proposals for Reform*, vol. 69, Series on International Taxation (Wolters Kluwer, 2019); Andrés Baez e Yariv Brauner, «Taxing the Digital Economy Post BEPS ... Seriously», *SSRN Electronic Journal*, 2019; Yariv Brauner e

fonte autónoma sobre o rendimento bruto de certos pagamentos efetuados a prestadores de bens e serviços não-residentes sobre o valor desses bens e serviços prestados por via digital, ou seja, opera quanto a transações feitas *online* ou quaisquer vendas concluídas remotamente com entidades não-residentes); ou, conforme entende a OCDE, a retenção na fonte deverá operar como mecanismo principal de recolha e instrumento de execução para aplicação do elemento de conexão baseado na presença económica significativa, não sendo a retenção na fonte definitiva, mas antes um instrumento de apoio à tributação líquida³⁶².

Ao passo que a abordagem da retenção na fonte é definida, primeiramente, pela sua concreta configuração administrativa, a taxa de equalização, no que ao contexto do relatório sobre a ação 1 diz respeito, parece ser definida mais pela sua racionalidade/lógica do que pela sua aplicação concreta³⁶³. Ao mesmo tempo, podemos considerar que, de um ponto de vista técnico, uma taxa de equalização traduzir-se-ia numa forma de imposto especial sobre o consumo. Quanto à sua aplicação, a taxa incidiria sobre o valor bruto dos bens ou serviços fornecidos e adquiridos por utilizadores-consumidores residentes e recolhidos pela empresa não-residente através de um regime de registo simplificado ou recolhido por um intermediário local. Esta segunda proposta, implementada pela primeira vez na Índia,

Andres Baez Moreno, «Withholding Taxes in the Service of BEPS Action 1: Address the Tax Challenges of the Digital Economy», SSRN Scholarly Paper (Rochester, NY, 2015).

³⁶² OECD, *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 - 2015 Final Report*, 113–15; Neste contexto, avança Turina, «The Progressive Policy Shift in the Debate on the International Tax Challenges of the Digital Economy», 9 que: «*a broad scope of application covering all remote supplies could be foreseen, the tax so withheld could be claimed against any outstanding tax liability resulting from the detection of SEP or, should no SEP be detected, be claimed back by the affected taxpayer*».

Veja-se, assim, o que entende PISTONE et. al. «*Inter-nation fairness in the allocation of taxing powers pursued by the “Significant Economic Presence” Proposal could be further enhanced by allowing the market jurisdiction to levy a withholding tax as toll fee in respect of sales that are connected with the significant economic presence of the remotely operated enterprise. This withholding tax could be levied at 1% of the value of the sales connected with a significant economic presence in the market jurisdiction. This measure could be a trade-off to be bundled together with the prohibition to apply unilateral levies on turnover or digital services. The levying of withholding taxes could also operate as a mechanism to secure the market jurisdiction a kind of minimum taxation of profits connected with the significant economic presence of a business in its territory. The levying of withholding taxes could also operate in conjunction with the “User Participation” and “Marketing Intangibles” Proposals. If combined with the former Proposal, it would have a narrower effect than what would arise when operating in connection with the latter one. Nevertheless, especially because of the residual allocation of taxing rights, the functioning would be in both cases more modest than under the “significant economic presence” or on a standalone basis. However, in line with the indication of the OECD Policy Note of 23 January 2019, the levying of a withholding tax could only be included to the extent that it does not result in double taxation*. Pasquale Pistone, Nogueira, e Andrade, «The 2019 OECD Proposals for addressing the tax challenges of the digitalization of the economy: an assessment», 6–7 e 39.

³⁶³ Cfr. OECD, *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 - 2015 Final Report* «(equalisation levies) are intended to address a disparity in tax treatment between domestic corporations and foreign corporations and that [an] equalisation levy could be structured in a variety of ways depending on its ultimate policy objective. In general, an equalisation levy would be intended to serve as a way to tax a nonresident enterprise’s significant economic presence in a country.» .

prevista no seu orçamento do Estado de 2016, consubstancia-se num imposto de equalização, devendo ser pago à taxa de 6% da contraprestação bruta recebida por não-residentes por serviços especificados fornecidos a residentes na Índia ou a não-residentes que disponham de estabelecimento estável, embora seja aplicável apenas a transações B2B, excluindo-se as B2C³⁶⁴.

Na sequência do exposto cabe notar que estas propostas a aplicar unilateralmente podem, do mesmo modo, violar os princípios jurídico-tributários do Quadro de Otava. Ao princípio da neutralidade, por exemplo, colocam-se desafios pela proposta de imposto de retenção na fonte, na medida em que se aplica exclusivamente a transações digitais transfronteiriças o que pode provocar distorções no mercado de bens e serviços, conduzindo a uma ineficiência no planeamento fiscal, esboroando classificações de rendimento, assim, obtendo um tratamento fiscal favorável e, em última instância, levando a perdas para a atividade económica, bem como à redução de níveis nacionais e globais de receita³⁶⁵.

Adicionalmente, à falta de coordenação dos Estados, a implementação de medidas unilaterais poderão dar origem a um maior risco de dupla tributação internacional, uma vez que cada Estado pretenderá avocar o direito de tributar sobre os lucros das empresas não-residentes³⁶⁶.

Por seu turno, de maneira a evitar a adoção de medidas unilaterais divergentes por parte dos Estados-Membros³⁶⁷ que podem fragilizar o Mercado Único, também a União

³⁶⁴ Quanto ao que se disse, OECD, 115–17; Turina, «The Progressive Policy Shift in the Debate on the International Tax Challenges of the Digital Economy», 9–11; Baez e Brauner, «Tax Policy for the Digitalized Economy under Benjamin Franklin’s Rule for Decision-Making», 75–76; Kofler e Sinnig, «Equalization Taxes and the EU’s “Digital Services Tax”», 101 e ss. Quanto à implementação na Índia, *vd.* Vijay Shekhar Jha, «Taxing Digital Economy vis-à-vis Income Tax Act 1961: Issues and Challenges», *IBFD, Asia-Pacific Tax Bulletin* 26, n. 3 (2020): p. 9; Amar Mehta, «“Equalization Levy” Proposal in Indian Finance Bill 2016: Is It Legitimate Tax Policy or an Attempt of Treaty Dodging?», *IBFD, Asia-Pacific Tax Bulletin* 22, n. 2 (2016): pp. 1–5.

³⁶⁵ Em igual sentido, *vd.* Cockfield, «Tax Wars», 372 e ss.

³⁶⁶ *Ibidem*, p. 373, sobre o projeto GILTI norte-americano: «[i]n addition, the unilateral and uncoordinated measures promoted by some governments give rise to a greater risk of international double taxation as they seek to extend their taxing jurisdiction over non-resident firm profits: the resident country may claim that it already has the legal authority, pursuant to its domestic tax laws or a tax treaty, to tax these same profits, leading to double taxation. For instance, the new US GILTI rules seek to broaden US claims over foreign profits generated by intangible assets, which could conflict with non-US claims to tax this income, especially when the non-US rules define intangible income without a reference to tangible asset returns. Similarly, withholding taxes are meant to increase taxation of non-resident firms and, if applied too broadly and the tax liabilities are not creditable, could encourage international double taxation».

³⁶⁷ Note-se o que aconteceu com as Propostas de Itália que introduziu soluções deste género no seu Orçamento de Estado de 2018 e Reino Unido que avançou igualmente com uma proposta semelhante aos moldes das Nações Unidas. Para maiores desenvolvimentos, *vd.* Turina, «The Progressive Policy Shift in the Debate on the International Tax Challenges of the Digital Economy», 9 e ss.

Europeia avançou com uma Proposta de Diretiva relativa à criação do Imposto sobre os Serviços Digitais³⁶⁸.

A referida proposta de diretiva visa disponibilizar uma solução para a tributação das receitas decorrentes da prestação de determinados serviços digitais, que seja de fácil implementação e que garanta condições equitativas para todas as empresas que atuam na União.

A Comissão Europeia veio propor uma tributação indireta³⁶⁹ de 3% sobre as receitas provenientes da prestação de determinados serviços digitais por certas entidades³⁷⁰, em que os utilizadores contribuem de forma significativa para a criação de valor.

Nos termos da proposta apresentada, serão sujeitos passivos do ISD, quaisquer entidades, residentes na UE ou residentes em países terceiros, que satisfaçam, num determinado período de tributação, as seguintes condições cumulativas: tenham um total de receitas globais superior a € 750.000.000; e tenham um total de receitas tributáveis obtidas na UE superior a € 50.000.000. De facto, o peso dos limiares exigidos para que uma determinada entidade seja elegível como sujeito passivo é evidente. Aliás, nos termos do preâmbulo da proposta, a primeira condição pretende «trazer segurança jurídica, dado que tornará mais fácil e menos oneroso para as empresas e autoridades fiscais a determinação da obrigação de ISD de uma entidade», excluindo «as pequenas empresas e as empresas em fase de arranque para as quais os encargos decorrentes do cumprimento do novo imposto serão suscetíveis de ter um efeito desproporcionado» e pretende «limitar a aplicação do imposto aos casos em que existe uma forte pegada digital ao nível da União».

Um dos elementos mais importantes do Pilar Um, conforme resulta da Declaração de outubro de 2021, diz respeito à exigência de todos os Estados-membros do Quadro Inclusivo do BEPS eliminarem – e ao compromisso de não introduzirem – impostos sobre os serviços digitais ou outras medidas de efeito equivalente. Para este efeito, o Quadro

³⁶⁸ *Cfr.* Proposta de Diretiva do Conselho relativa ao sistema comum de imposto sobre os serviços digitais aplicável às receitas da prestação de determinados serviços digitais, de 21 de março de 2018.

³⁶⁹ Discute-se na doutrina a real natureza jurídica deste imposto. Neste sentido, *vide* as diferentes posições em síntese em Nathália Izabela Pereira Bernardes, «O imposto sobre os serviços digitais enquanto solução para a tributação da economia digital» (Lisboa, 2020), 64 e ss.

³⁷⁰ Os serviços digitais englobados são: a apresentação de publicidade num interface digital destinada aos respetivos utilizadores; a disponibilização de uma plataforma multilateral que permita o encontro e interação dos utilizadores entre si, facilitando venda de bens e serviços entre estes; a transmissão de dados dos utilizadores, quer estes sejam recolhidos quer sejam gerados pelas atividades dos utilizadores

Inclusivo do BEPS prevê igualmente a inclusão de disposições na Convenção Multilateral que materializem este compromisso³⁷¹.

Este aspeto é, deveras, um dos mais positivos resultantes do Montante A, isto porque na ausência de uma abordagem multilateral seria praticamente inevitável uma proliferação de medidas unilaterais com consequências negativas como sejam, a título de exemplo, os litígios fiscais e as próprias distorções e tensões no comércio internacional³⁷². De facto, reconhecemos que o fim último deverá ser alcançar uma repartição justa e equitativa dos direitos de tributar entre as jurisdições que estão direta e indiretamente ligadas com a criação de valor pelas empresas que operam na economia digital. Destarte, tais soluções deverão ser encontradas no contexto do Quadro Inclusivo da OCDE reunindo consenso dos Estados, inclusive Estados-membros da UE, tanto quanto possível, o que não só incrementa a legitimidade das medidas, como também a equidade entre Estados, impedindo, ao mesmo tempo, a aplicação de medidas unilaterais³⁷³.

³⁷¹ Veja-se as propostas dos artigos 37.º e 38.º OECD, *Pillar One – Amount A: Draft Multilateral Convention Provisions on Digital Services Taxes and other Relevant Similar Measures 20 December 2022 - 20 January 2023* (Paris, 2023), 4–6.

³⁷² Neste sentido, *vd.* Silva, «BEPS 2.0: Os Pilares Um e Dois e a Tributação da Economia Digital», 499.

³⁷³ Igualmente, Pasquale Pistone, Nogueira, e Andrade, «The 2019 OECD Proposals for addressing the tax challenges of the digitalization of the economy: an assessment», 3–4.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O futuro, embora incerto, não é mais um cenário longínquo. Se, por um lado, a incerteza que o caracteriza nos impede de tecer considerações absolutamente corretas e conceber soluções ideais para os desafios que se nos colocam, por outro, a velocidade do progresso científico e tecnológico não compadece com atitudes inertes³⁷⁴.

O que acabámos de dizer serve para demonstrar que a economia digital pretende alterar os hodiernos sistemas fiscais. Pautada pela dificuldade de definição e pela veloz inovação, marcando os modelos de negócio digitais pela fugacidade e desatualização constante, a economia digital promete, não só agitar o pensamento de todos aqueles que se dedicam ao estudo das matérias fiscais como também ao nível político. Com efeito, não foi nosso propósito o de apresentar uma definição precisa de economia digital, pois isso conduziria ao risco de desatualização iminente. Ao invés, preferimos optar por apresentar as suas características mais relevantes, como são os dados que, conforme demonstrámos, embora não fossem absolutamente estranhos às empresas tradicionais, assumiram uma importância desconhecida devido à automatização digital e, às novas formas de monetizar e rentabilizar o que deles se extrai. Daí que tenhamos igualmente optado por descrever os modelos de negócio que compõem a economia digital, na medida em que convocam desafios, sobretudo devido à ausência de presença física, ao DFI. Só compreendendo as características da economia digital é que poderíamos partir para os desafios que ela convoca.

Ora, foi justamente isso que procurámos fazer no segundo capítulo. No entanto, a nossa abordagem gravitou à volta dos princípios, porquanto entendemos que as várias propostas que vão surgindo devem, por um lado, respeitá-los na medida do possível e, por outro lado, ligado à sua própria razão de ser, entendemos que eles se mantêm exatamente aquilo que são: princípios jurídicos. Obedecem a uma estrutura “imediatamente finalística” e não a um conteúdo “imediatamente descritivo”³⁷⁵, pois definem um propósito a alcançar sem definir qualquer procedimento ou leque de pressupostos específicos para a sua prossecução.

³⁷⁴ Manuel José Dias Felício, «Responsabilidade Civil Extracontratual por Acidente de Viação Causado por Veículo Automatizado», 2019, 97.

³⁷⁵ As expressões pertencem a Humberto Avila, *Theory of Legal Principles* (Springer Science & Business Media, 2007), 40.

A tributação da realidade virtual não altera verdadeiramente o significado destes princípios, ao invés, a busca pela tributação da economia digital deve procurar cumprir o desiderato do *expert group* em aplicar regras gerais com as necessárias adaptações³⁷⁶. Se é verdade que as regras de tributação na residência e na fonte se mostram desadequadas, colocando em crise os elementos de conexão tradicionais, também é verdade que uma qualquer solução não deverá desrespeitar a repartição justa da tributação entre, justamente, residência e fonte³⁷⁷.

Enfim, não obstante a obsolescência de algumas regras concretizadoras dos princípios jurídico-tributários, entendemos que estes, enquanto normas jurídicas impositivas de uma otimização, impõem que o novo paradigma tributário procure um tratamento igualitário entre os modelos de negócios digitais e os modelos tradicionais (“*brick and mortar*”) através de uma atualização dos conceitos tradicionais, o que não implica necessariamente a subversão daqueles. O mesmo é dizer que defendemos que as opções a tomar deverão ser tão abrangentes quanto possível, ou seja, entendemos que a opção em tributar as empresas da economia digital não deverá atender a critérios que se prendem com a sua natureza ou o meio pelo qual entendem comercializar, mas antes a critérios materiais mais amplos que poderão ser quantitativos³⁷⁸.

Todavia, a opção em tributar a economia digital de forma concertada e, por conseguinte, por uma via multilateral depende dos esforços de todos os Estados. *A contratio sensu*, posicionamo-nos contra qualquer tentativa de tributação unilateral. Toda a descrição e análise das propostas que fomos fazendo, só fazem verdadeiramente sentido se, especialmente quanto ao Pilar Um, for adotada uma Convenção Multilateral acompanhada de legislação doméstica ou, no caso europeu, legislação europeia, acompanhada de

³⁷⁶ High Level Expert Group on Taxation of the Digital Economy, «Report of the Commission Expert Group on Taxation of the Digital Economy», 44.

³⁷⁷ Admitindo uma tributação na fonte para tributar a economia digital e mais benéfica para os países em desenvolvimento, *vd.* Annet Wanyana Oguttu, «A Critique from a Developing Country Perspective of the Proposals to Tax the Digital Economy», *World Tax Journal* 12, n.º 4 (2020): 823; Yariv Brauner e Andrés Baez, «Withholding Taxes in the Service of BEPS Action 1: Address the Tax Challenges of the Digital Economy», *IBFD*, 2015, 5.

³⁷⁸ Deste modo, subscrevemos integralmente o pensamento de Pasquale Pistone, Nogueira, e Andrade, «The 2019 OECD Proposals for addressing the tax challenges of the digitalization of the economy: an assessment», 13 «*from a design perspective, the solution must be found in an overall adaptation of the categories of international taxation, possibly with a wide scope, rather than in targeted and ring-fenced measures. The authors consider that the scope of the reform should be inclusive, since there is no longer a digital economy separate from the economy, but the whole economy is digitalized. Furthermore, the authors find it essential that there be equal treatment across various forms of remotely operating business, which raises similar international tax issues regardless of whether and to what extent it is digitalized*».

transposição para as ordens jurídicas internas sempre que se mostrar necessário. De facto, reconhecemos que o fim último deverá ser o de alcançar uma repartição justa e equitativa dos direitos de tributar entre as jurisdições que estão direta e indiretamente ligadas com a criação de valor pelas empresas que operam na economia digital. É também por estas razões que defendemos que temos vindo a assistir a uma progressiva deslocalização da tributação do Estado da residência para o Estado da fonte, com os utilizadores e o mercado a desempenhar um papel cada vez mais relevante. Neste sentido, apesar de termos reconhecido a ambiguidade do conceito de criação de valor, julgamos que ele denota aquela progressiva deslocalização que falámos, ainda que muitas vezes utilizado como jargão político. Nesta medida, não obstante termos apresentado a necessidade de garantir neutralidade fiscal das normas, a verdade é que, se analisarmos o quadro do DFI como um todo, é notório que, para dar um exemplo, o Montante A do Pilar Um introduz um certo nível complexidade que acaba por ser o preço a pagar pelo respeito pelo princípio da equidade.

No fundo, toda e qualquer proposta deverá procurar que os princípios que conformam o DFI são respeitados a um nível satisfatório e se compatibilizam mutuamente e a verdade é que nem todas o fazem. É também por este motivo que a proposta que gerou um maior grau de aceitação, entendida como a “solução definitiva” pela Diretiva da UE, daí a sua forte influência no Pilar Um, tenha sido a proposta relativa à Presença Económica Significativa.

No entanto, somos igualmente da opinião que os decisores políticos deverão avançar com propostas, ainda que “com furos e buracos”³⁷⁹, pois só com experiências práticas é que será possível moldar e adequar o sistema fiscal aos desafios colocados.

Como vimos, apesar de os países da União Europeia estarem dispostos a tributar as empresas tecnológicas americanas mais do que as atuais regras permitiam, a verdade é a Declaração de outubro de 2021 apenas introduziu cedências feitas aos EUA, o que nos permite concluir que qualquer tentativa de reforma do DFI está dependente poderio económico e político das forças envolvidas, porquanto o desenho de qualquer proposta terá de revestir uma forma que gere consenso e aceitação dos Estados³⁸⁰. Na ausência de acordo, qualquer proposta tem como um único destino final: o falhanço.

³⁷⁹ Sérgio Vasques, Exame, Agosto de 2020, 105 e ss.

³⁸⁰ Aliás, conforme defende MARTIN JIMÉNEZ a propósito do abandono do conceito de criação de valor e relativamente às propostas da abordagem unificada, elas aparentam: *«to be based more on political factors than on sound technical discussions, i.e., the limitation of Amount A to consumer facing businesses or*

automated digitalized services is probably unfounded if the goal is to recognize the business presence and activities of companies within a jurisdiction». Cfr. Jiménez, «Value Creation: A Guiding Light for the Interpretation of Tax Treaties?», 214. Conclusão que é acompanhada por tantos outros autores, vide Bräumann, «Digital Permanent Establishments on its Way to Becoming a Reality? The EU Commission’s Proposal on Taxing “Significant Digital Presence”», 160–62; Navarro, «The Allocation of Taxing Rights under Pillar One of the OECD Proposal», 4–6.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abreu, Jorge Manuel Coutinho de. *Curso de direito comercial*. 6.^a ed. Manuais universitários. Coimbra: Edições Almedina, 2020.
- Alexy, Robert. «Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica». *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 5 (15 de novembro de 1988): 139–51. <https://doi.org/10.14198/DOXA1988.5.07>.
- Andrade, Fernando Rocha. *Preços de transferência e tributação de multinacionais: as evoluções recentes e o novo enquadramento jurídico português*. Coimbra: s.n., 2002.
- Araújo, Fernando. *Introdução à economia*. 3.^a ed., 2.^a reimp. Coimbra: Almedina, 2010.
- Arnold, Brian J. «The Interpretation of Tax Treaties: Myth and Reality». *Bulletin for International Taxation, Journal Articles & Opinion Pieces IBFD*, 64, n.º 1 (2010).
- . «Threshold Requirements for Taxing Business Profits under Tax Treaties». *IBFD Bulletin* 57, n.º 10 (2003). <https://research.ibfd.org/#/doc?url=/collections/bit/pdf/bifd100302.pdf>.
- Arnold, Brian J., Jacques Sasseville, e Eric M. Zolt. «Symposium: Summary of the Proceedings of an Invitational Seminar on the Taxation of Business Profits under Tax Treaties». *Canadian Tax Journal* 50, n.º 6 (2002): 1979–2024.
- Ault, Hugh J., e David F. Bradford. «Taxing International Income: An Analysis of the US System and Its Economic Premises». Em *Taxation in the Global Economy*, 11–52. University of Chicago Press, 1990.
- Avila, Humberto. *Theory of Legal Principles*. Springer Science & Business Media, 2007.
- Avi-Yonah, Reuven S., Young Ran (Christine) Kim, e Karen Sam. «A New Framework for Digital Taxation». *Law & Economics Working Papers*, n.º 222 (2022).

- Avi-Yonah, Reuven Shlomo, Diane M. Ring, e Yariv Brauner. *U.S. international taxation: cases and materials*. 4th ed. University casebook series. St. Paul: Foundation Press, 2019.
- Baez, Andrés, e Yariv Brauner. «Tax Policy for the Digitalized Economy under Benjamin Franklin’s Rule for Decision-Making». Em *Tax and the Digital Economy: Challenges and Proposals for Reform*, Vol. 69. Series on International Taxation. Wolters Kluwer, 2019.
- Báez, Andrés, e Yariv Brauner. «Taxing the Digital Economy Post BEPS ... Seriously». *SSRN Electronic Journal*, 2019. <https://doi.org/10.2139/ssrn.3347503>.
- Baptista Machado, João. *Lições de Direito Internacional Privado*. 3.^a Edição, Atualizada. Coimbra: Almedina, 2017.
- Barefoot, Kevin, Dave Curtis, William Jolliff, Jessica R Nicholson, e Robert Omohundro. «Defining and Measuring the Digital Economy», 2018, 25.
- Becker, Johannes, e Joachim Englisch. «Taxing Where Value Is Created: What’s “User Involvement” Got to Do With It?» SSRN Scholarly Paper. Rochester, NY, 2018.
- Beer, Sebastian, Ruud A. De Mooij, Shafik Hebous, Michael Keen, e Li Liu. «Exploring Residual Profit Allocation». *IMF*, 2020.
- Berman, Barry. «3-D Printing: The New Industrial Revolution». *Business Horizons* 55, n.º 2 (2012): 155–62.
- Bernardes, Nathália Izabela Pereira. «O imposto sobre os serviços digitais enquanto solução para a tributação da economia digital». Lisboa, 2020.
- Bizioli, Gianluigi. «Fairness of the taxation of the Digital Economy: Challenges and Proposals for Reform». *Tax and the Digital Economy*, n.º 69 (sem data).
- Brands, Johan. «Comment: trade-off between subsidiarity and neutrality». Em *Taxation of Cross-Border Income, Harmonization, and Tax Neutrality under European Law*. Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1994.

- Bräumann, Peter. «Digital Permanent Establishments on its Way to Becoming a Reality? The EU Commission’s Proposal on Taxing “Significant Digital Presence”». Em *Tax and the Digital Economy: Challenges and Proposals for Reform*, editado por Werner Haslehner, Georg Kofler, Katerina Pantazatou, e Alexander Rust, Vol. 69. Series on International Taxation. Wolters Kluwer, 2019.
- Brauner, Yariv. «BEPS : An Interim Evaluation». SSRN Scholarly Paper. Rochester, NY, 2014.
- . «What the BEPS». *UF Law Faculty Publications*, 2014.
- Brauner, Yariv, e Andrés Baez. «Withholding Taxes in the Service of BEPS Action 1: Address the Tax Challenges of the Digital Economy». *IBFD*, 2015. <https://www.ibfd.org/sites/ibfd.org/files/content/WithholdingTaxesintheServiceofBEPSAction1-whitepaper.pdf>.
- Brauner, Yariv, e Andres Baez Moreno. «Withholding Taxes in the Service of BEPS Action 1: Address the Tax Challenges of the Digital Economy». SSRN Scholarly Paper. Rochester, NY, 2015.
- Brennen, Scott, e Daniel Kreiss. «Digitalization and Digitization – Culture Digitally», 2014.
- Brynjolfsson, Erik, e Brian Kahin, eds. *Understanding the Digital Economy: Data, Tools, and Research*. Cambridge, Mass: MIT Press, 2000.
- Brynjolfsson, Erik, e Andrew McAfee. *The Second Machine Age: Work, Progress, and Prosperity in a Time of Brilliant Technologies*. Reprint edition. New York London: W. W. Norton & Company, 2016.
- Brynjolfsson, Erik, e Kristina McElheran. «Data in Action: Data-Driven Decision Making in U.S. Manufacturing». Working Paper. U.S. Census Bureau, Center for Economic Studies, janeiro de 2016. <https://econpapers.repec.org/paper/cenwpaper/16-06.htm>.
- Bukht, Rumana, e Richard Heeks. «Defining, Conceptualising and Measuring the Digital Economy». SSRN Scholarly Paper. Rochester, NY: Social Science Research Network, 3 de agosto de 2017.

- Buriak, Svitlana. «A New Taxing Right for the Market Jurisdiction: Where Are the Limits?» *Intertax* 48, n.º 3 (2020).
- Business Roundtable. «Putting Data to Work: Maximizing the Value of Information in an Interconnected World», 2015.
<https://www.businessroundtable.org/archive/resources/putting-data-work-maximizing-value-information-interconnect-world>.
- Câmara, Francisco Sousa da. «A dupla residência das sociedades à luz das convenções de dupla tributação». *Ciência e Técnica Fiscal: Boletim da Direcção-Geral das Contribuições e Impostos*, 2001, 35–146.
- Canotilho, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7.^a ed., 21.^a reimp. Manuais universitários. Coimbra: Almedina, 2019.
- Cardona, Maria Celeste. «O Conceito de Estabelecimento Estável: algumas reflexões em torno deste conceito». *Estudos em Homenagem à Dr^a Maria de Lourdes Órfão de Matos Correia e Vale*, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, n.º 171 (1995).
- Carvalho, Orlando de. *Direito das coisas: do direito das coisas em geral*. Coimbra: s.n., 1977.
- Casalta Nabais, José. *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. Coleção Teses. Coimbra: Almedina, 1998.
- Castro, Daniel, e Alan McQuinn. «Cross-Border Data Flows Enable Growth in All Industries». ITIF, 2015.
- Catarino, João Ricardo. «Gestão e Planeamento Fiscal Internacional». Em *Fiscalidade Internacional: Questões Atuais*, editado por João Ricardo Catarino e Paula Rosado Pereira. Coimbra: Almedina, 2023.
- CFE Fiscal Committee. «Opinion Statement FC 10/2017: Position Paper EU Consultation on Fair Taxation of the Digital Economy». *Confédération Fiscale Européenne*, 2017.

- Chand, V. «Allocation of Taxing Rights in the Digitalized Economy: Assessment of Potential Policy Solutions and Recommendations for a Simplified Residual Profit Split Method». *Intertax* 47, n.º 12 (2019): 1023–41.
- Christians, Allison. «Taxing According to Value Creation». SSRN Scholarly Paper. Rochester, NY, 2018.
- Chuaqui, Vasco. «The EU Directive on Minimum Taxation and Permanent Establishments». *NOVA Tax Research Lab* (blog), 2023.
- Ciara, Roca. «How to build a modern data stock from the ground up», 2021.
- Clarke, Martin, Dyna Seng, e Rosalind Whiting. «Intellectual capital and firm performance in Australia». *Journal of Intellectual Capital* 12 (25 de outubro de 2011): 505–30. <https://doi.org/10.1108/14691931111181706>.
- Cockfield, Arthur J. «Tax Wars: How to End the Conflict over Taxing Global Digital Commerce». *Berkeley Business Law Journal* 17, n.º 2 (2020): 347–90.
- . «The Law and Economics of Digital Taxation: Challenges to Traditional Tax Laws and Principles». *IBFD Bulletin*, 2002. <https://research.ibfd.org/#/doc?url=/collections/bit/pdf/bifd120203.pdf>.
- Cockfield, Arthur J., Walter Hellerstein, e Marie Lamensch. «Taxing Global Digital Commerce». SSRN Scholarly Paper. Rochester, NY: Social Science Research Network, 2020.
- Committee on Fiscal Affairs. «A Borderless World: Realising the Potential of Electronic Commerce». Ottawa, 1998.
- Communication from the Commission to the European Parliament and the Council: A Fair and Efficient Tax System in the European Union for the Digital Single Market (2017).

- Corrado, Carol, Jonathan Haskel, Massimiliano Iommi, e Cecilia Jona-Lasinio. «The value of data in digital-based business models: Measurement and economic policy implications». *OECD Economics Department Working Papers*, 2022.
- Correia, António de Arruda Ferrer, e Luís Barreto Xavier. *Lições de direito internacional privado*. 4^a reimp. Coimbra: Almedina, 2007.
- Courinha, Gustavo Lopes. *A residência no direito internacional fiscal: do abuso subjectivo de convenções*. Coleção Teses. Coimbra: Almedina, 2015.
- Cravo, Fátima, Cidália Maria da Mota Lopes, e Carla Rodrigues. *Intangíveis: perspectiva contabilística e fiscal*. Coimbra: Edições Almedina, 2020.
- Cugusi, Isabella. «Prospects for Taxation of the Digital Economy between “Tax Law and New Economy” and “Tax Law of the New Economy”». *World Tax Journal* 12, n.º 4 (2020).
- Devereux, Michael P., Alan J. Auerbach, Michael Keen, Paul Oosterhuis, Wolfgang Schön, e John Vella. *Taxing Profit in a Global Economy*. Oxford: Oxford University Press, 2020.
- Devereux, Michael P., e Martin Simmler. «Who Will Pay Amount A». *EconPol Policy Brief* 5, n.º 36 (2021).
- Devereux, Michael P., e John Vella. «Are We Heading towards a Corporate Tax System Fit for the 21st Century?» *CESifo DICE Report* 12, n.º 4 (2014).
- . «Debate: Implications of Digitalization for International Corporate Tax Reform». *Intertax* 46, n.º 6/7 (2018).
- . «Debate: Implications of Digitalization for International Corporate Tax Reform». *Intertax* 46, n.º 6/7 (2018).
- . «Value Creation As the Fundamental Principle of the International Corporate Tax System». SSRN Scholarly Paper. Rochester, NY: Social Science Research Network, 2018. <https://doi.org/10.2139/ssrn.3275759>.

- Diniz Magalhães, Tarcísio, e Ivan Ozai. «A Different Unified Approach to Global Tax Policy: Addressing the Challenges of Underdevelopment». SSRN Scholarly Paper. Rochester, NY, 2020.
- Dourado, Ana Paula. *Governança fiscal global*. 2ª ed. rev. e Actual., Reimpressão. Monografias. Coimbra: Edições Almedina, 2020.
- . «The OECD Unified Approach and the New International Tax System: A Half-Way Solution». *Intertax* 48, n.º 1 (2020).
- Easson, Alex. «Fiscal Degradation and the Inter-Nation Allocation of Tax Jurisdiction». *EC Tax Review* 5 (1996): 112.
- Eden, Lorraine. «Pillar One Tax Games». SSRN Scholarly Paper. Rochester, NY, 2021.
- . «Winners and Losers: The OECD's Economic Impact Assessment of Pillar One». SSRN Scholarly Paper. Rochester, NY, 2020.
- Engelen, Frank A. *Interpretation of tax treaties under international law: a study of articles 31, 32, and 33 of the Vienna Convention on the Law of Treaties and their application to tax treaties*. Doctoral series, v. 7. Amsterdam: IBFD Publications, 2004.
- Eriksson, Maria, Rasmus Fleischer, Anna Johansson, Pelle Snickars, e Patrick Vonderau. *Spotify Teardown: Inside the Black Box of Streaming Music*. MIT Press, 2019.
- European Commission. Commission Staff Working Document Impact Assessment: Accompanying the document Proposal for a Council Directive laying down rules relating to the corporate taxation of a significant digital presence and Proposal for a Council Directive on the common system of a digital services tax on revenues resulting from the provision of certain digital services (2018).
- Felício, Manuel José Dias. «Responsabilidade Civil Extracontratual por Acidente de Viação Causado por Veículo Automatizado». Em *Responsabilidade Civil Extracontratual por Acidente de Viação Causado por Veículo Automatizado*, 2019. <https://estudogeral.sib.uc.pt/handle/10316/90386>.

- Fernandes, Filipe de Vasconcelos. «A tributação da economia digital – uma aproximação de política fiscal». *ECO*, 21 de janeiro de 2021. <https://eco.sapo.pt/opiniao/a-tributacao-da-economia-digital-uma-aproximacao-de-politica-fiscal/>.
- Ferreira, Hugo Pinheiro. «O valor dos Comentários à Convenção Modelo da OCDE à luz dos protocolos e outros acordos colaterais anexos às Convenções de Dupla Tributação», 2014, 131.
- Fleming, J. Clifton, Robert J. Peroni, e Stephen E. Shay. «Worse than Exemption». SSRN Scholarly Paper. Rochester, NY, 2009.
- G20 Digital Economy Task Force. «G20 Digital Economy Development and Cooperation Initiative», 2016.
- Gebler, Malte, Anton J. M. Schoot Uiterkamp, e Cindy Visser. «A Global Sustainability Perspective on 3D Printing Technologies». *Energy Policy* 74 (2014): 158–67.
- Geissbauer, Reinhard, Jesper Vedso, e Stefan Schrauf. «Industry 4.0: Building the Digital Enterprise». *PwC, 2016 Global Digital IQ Survey*, 2015, 36.
- Gianni, Monica. «OECD BEPS (In)Action 1: Factor Presence as a Solution to Tax Issues of the Digital Economy». SSRN Scholarly Paper. Rochester, NY, 2018.
- Gierten, David, Steffen Viete, Raphaela Andres, e Thomas Niebel. «Firms going digital: Tapping into the potential of data for innovation». *OECD Digital Economy Papers*, 2021.
- Graetz, Michael. «A Major Simplification of the OECD’s Pillar 1 Proposal». *Tax Notes Int’l* 101, n.º 2 (2021): 199.
- Grinberg, Itai. «International Taxation in an Era of Digital Disruption: Analyzing the Current Debate». *Georgetown Law Faculty Publications and Other Works*, 2019.
- Harpaz, Asaf. «Taxation of the Digital Economy: Adapting a Twentieth-Century Tax System to a Twenty-First-Century Economy». *Yale Journal of International Law* 46, n.º 1 (2021): 57–102.

- Harris, Peter, e David Oliver. *International Commercial Tax*. 1.^a ed. Cambridge ; New York: Cambridge University Press, 2010.
- Hey, J. «“Taxation Where Value Is Created” and the OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Initiative». *Bulletin for International Taxation* 72, n.º 4/5 (2018).
- High Level Expert Group on Taxation of the Digital Economy. «Report of the Commission Expert Group on Taxation of the Digital Economy», 2014.
- Higinbotham, Harlow, Niraja Srinivasan, e Lorraine Eden. «“Amount B: Facts and Circumstances Matter - Even for Routine Distributors” by Harlow Higinbotham, Niraja Srinivasan, Vladimir Starkov, Nihan Mert-Beydilli, and Lorraine Eden». SSRN Scholarly Paper. Rochester, NY, 2021.
- Hinneken, Luc. «Territoriality-Based Taxation in an Increasingly Common Market and Globalizing Economy». *EC Tax Review* 2, n.º 3 (1 de setembro de 1993). <https://kluwerlawonline.com/journalarticle/EC+Tax+Review/2.3/ECTA1993017>.
- Hongler, Peter, e Pasquale Pistone. «Blueprints for a New PE Nexus to Tax Business Income in the Era of the Digital Economy». *IBFD Working paper*, 2015.
- Hughes-Cromwick, Ellen, e Julia Coronado. «The Value of US Government Data to US Business Decisions». *Journal of Economic Perspectives* 33, n.º 1 (fevereiro de 2019): 131–46. <https://doi.org/10.1257/jep.33.1.131>.
- Independent Commission for the Reform of International Corporate Taxation. «ICRICT response to the OECD Consultation on the possible solutions to the tax challenges of digitalisation», 2019.
- Jeffery, Ramon. *The Impact of State Sovereignty on Global Trade and International Taxation*. 1.^a ed. The Hague, Boston: Kluwer Law International, 1999.
- Jiménez, Adolfo J. Martín. «BEPS, the Digital(Ized) Economy and the Taxation of Services and Royalties». *Intertax* 46, n.º 8–9 (2018): 620–38.

- . «Value Creation: A Guiding Light for the Interpretation of Tax Treaties?» *Bulletin for International Taxation* 74, n.º 4/5 (2020).
- Jin, Xiaolong, Benjamin W. Wah, Xueqi Cheng, e Yuanzhuo Wang. «Significance and Challenges of Big Data Research». *Big Data Research, Visions on Big Data*, 2, n.º 2 (1 de junho de 2015): 59–64.
- Jong, Sylvia de, Willem Neuvel, e Ágata Uceda. «Dealing with Data in a Digital Economy». *International Transfer Pricing Journal, Journal Articles & Opinion Pieces IBFD*, 25, n.º 2 (2018).
- Kane, Mitchell. «A Defense of Source Rules in International Taxation». *Yale Journal on Regulation*, 2015.
- Kaufman, Nancy H. «Fairness and the Taxation of International Income». *Law and Policy in International Business* 29, n.º 2 (1998 de 1997): 145–204.
- Kemmeren, E.C.C.M. «Principle of Origin in Tax Conventions: A Rethinking of Models». Doctoral Thesis, Mr. Eric C.C.M. Kemmeren/Pijnenburg vormgevers.uitgevers, 2001.
- Kling, R., e R. Lamb. «IT and organizational change in digital economies». Em *Understanding the digital economy: data, tools, and research*, editado por Erik Brynjolfsson e Brian Kahin, 408. Cambridge, Mass: MIT Press, 2000.
- Knight, Ray A., e Lee G. Knight. «Substance over Form: The Cornerstone of Our Tax System or a Lethal Weapon in the IRS’s Arsenal». *Akron Tax Journal* 8 (1991): 91–108.
- Kofler, Georg, Gunter Mayr, e Christoph Schlager. «Taxation of the Digital Economy: “Quick Fixes” or Long-Term Solution?» *European Taxation*, n.º 57 (2017).
- Kofler, Georg, e Julia Sinnig. «Equalization Taxes and the EU’s “Digital Services Tax”». Em *Tax and the digital economy: challenges and proposals for reform*, editado por Werner C. Haslehner, Andrés Báez Moreno, e Eric Robert. Series on international taxation 69. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2019.

- Kokott, Juliane. «The “Genuine Link” Requirement for Source Taxation in Public International Law». Em *Tax and the Digital Economy: Challenges and Proposals for Reform*, editado por Werner Haslehner, Georg Kofler, Katerina Pantazatou, e Alexander Rust, Vol. 69. Series on International Taxation. Wolters Kluwer, 2019.
- Lammers, Jeroen. «Less Is More - Can Developing Countries Gain Tax Revenue by Giving up Taxing Rights?» SSRN Scholarly Paper. Rochester, NY, 2020.
- Lane, Neal. «Advancing the Digital Economy into the 21st Century». *Information Systems Frontiers* 1, n.º 3 (1 de outubro de 1999): 317–20.
- Lang, John Temple. «The Gibraltar State Aid and Taxation Judgment – A “Methodological Revolution”?» *European State Aid Law Quarterly* 11, n.º 4 (2012): 805–12.
- Langbein, Stanley, e Max Fuss. «The OECD/G20-BEPS-Project and the Value Creation Paradigm: Economic Reality Disemboguing into the Interpretation of the Arm’s Length Standard». *The International Lawyer* 51, n.º 2 (2018): 259.
- Laudon, Kenneth C., e Carol Guercio Traver. *E-commerce: business, technology, society*. Fourteenth edition/Global edition. Boston: Pearson, 2018.
- Lavouras, Maria Matilde, e Teresa Almeida. «Bens públicos globais: a problemática da sua definição e financiamento». *Boletim de Ciências Económicas* LII (2009).
- Lavouras, Matilde. «A aplicação dos impostos indiretos ao comércio internacional de serviços e bens incorpóreos». *Boletim de Ciências Económicas* 62-A (2019).
- . «The Master Algorithm: A Global Public Good?» *Boletim de Ciências Económicas* 62-62A (2019): 47.
- Lennard, Michael. «Act of creation: the OECD/G20 test of “Value Creation” as a basis for taxing rights and its relevance to developing countries». Em *Transnational Corporations: Investment and Development*, United Nations. Vol. 25. Special Issue on Investment and International Taxation 3, 2018.

- Li, Jinyan. «Protecting the Tax Base in a Digital Economy». Social Science Research Network, 2018.
- . «Rethinking Canada’s Source Rules in the Age of Electronic Commerce: Part 2». *Canadian Tax Journal* 47, n.º 6 (1999): 1411–78.
- Li, Jinyan, Jin Bao, e Huaning (Christina) Li. «Value Creation: A Constant Principle in a Changing World of International Taxation». SSRN Scholarly Paper. Rochester, NY, 2019.
- Li, Wendy C. Y., Nirei Makoto, e Yamana Kazufumi. «Value of Data: There’s No Such Thing as a Free Lunch in the Digital Economy». *Discussion Papers*, Discussion papers, 2019.
- Lopes, Cidália. «Uma análise revisitada do conceito de estabelecimento estável - a emergência do digital». *Uma Reforma Fiscal para o Século XXI Conselho Estratégico Nacional do PSD* (2021).
- Lopes, Daniel Alexandre Tavares. «Da crise dos elementos de conexão tradicionais na tributação das empresas na economia digital: o advento de um novo elemento de conexão?» *ELSA Scriptum*, 2021.
- Lucas-Mas, Cristian Oliver, e Raul Felix Junquera-Varela. *Tax Theory Applied to the Digital Economy: A Proposal for a Digital Data Tax and a Global Internet Tax Agency*. Washington, DC: World Bank, 2021.
- Luja, R.H.C. «EU state aid rules and their limits». *Tax Notes International Weekly News* 76, n.º 4 (1 de janeiro de 2014): 353–56.
- Lyal, Richard. «Transfer Pricing Rules and State Aid». *Fordham International Law Journal* 38, n.º 4 (2015): 1017.
- Marques, Thiago de Mattos. «IVA sobre Livros Eletrônicos: Falha na Realização do Direito pelo TJUE». Coimbra, 2019.

- Martín Jiménez, A. J. «The Spanish Position on the Concept of a Permanent Establishment: Anticipating BEPS, beyond BEPS or Simply a Wrong Interpretation of Article 5 of the OECD Model?» *Bulletin for International Taxation* 70, n.º 8 (2016).
- Martins, António. *Valorização de intangíveis e preços de transferência: uma análise económico-financeira*. Economia e finanças. Coimbra: Edições Almedina, 2022.
- Mayer-Schönberger, Viktor, e Kenneth Cukier. *Big Data: A Revolution that Will Transform how We Live, Work, and Think*, 2013.
- McKenzie, Alastair. *GST: A Practical Guide (Edition 9)*. CCH New Zealand Limited, 2013.
- McClure Jr., Charles E. «Alternatives to the concept of permanent establishment». *CESifo Forum, ifo Institute - Leibniz Institute for Economic Research at the University of Munich* 1 (03) (2000).
- Mehta, Amar. «“Equalization Levy” Proposal in Indian Finance Bill 2016: Is It Legitimate Tax Policy or an Attempt of Treaty Dodging?» *IBFD, Asia-Pacific Tax Bulletin* 22, n.º 2 (2016).
- Mesenbourg, Thomas L. «Measuring the Digital Economy», 2001, 19.
- Morais, Rui Duarte. «Imputação de lucros de sociedades não residentes: o artº60º do CIRC no quadro das legislações CFC». s.n., 2003.
- . *Imputação de Lucros de Sociedades Não Residentes Sujeitas a um Regime Fiscal Privilegiado: Controlled Foreign Companies, o art.º 60.º do C.I.R.C.* Teses. Porto: Publicações Universidade Católica, 2005.
- Moro Visconti, Roberto, Alberto Larocca, e Michele Marconi. «Big Data-Driven Value Chains and Digital Platforms: From Value Co-Creation to Monetization». SSRN Scholarly Paper. Rochester, NY, 18 de janeiro de 2017.
- Morse, S. C. «Value Creation: A Standard in Search of a Process». *Bulletin for International Taxation* 72, n.º 4/5 (2018).

- Musgrave, Richard Abel, e Peggy B. Musgrave. *Public Finance in Theory and Practice*. 5.^a edição. McGraw-Hill International Editions. Finance Series. Nova Iorque: McGraw-Hill Book Company, 1989.
- Nabais, José Casalta. «A tributação das empresas pelo rendimento real». *BCE*, 2019.
- . *Que sistema fiscal para o século XXI?* Coimbra: s.n., 2019.
- Nabais, José Casalta, e Maria Matilde Lavouras. «Reforma do Sistema Fiscal». *Uma Reforma Fiscal para o Século XXI* Conselho Estratégico Nacional do PSD (2021).
- Najjar, Mohammad S., e William J. Kettinger. «Data Monetization: Lessons from a Retailer’s Journey». *MIS Quarterly Executive* 12, n.º 4 (2013).
- Navarro, Aitor. «The Allocation of Taxing Rights under Pillar One of the OECD Proposal». SSRN Scholarly Paper. Rochester, NY, 2021.
- Netflix. «About Netflix». About Netflix, 2023.
- Neves, António. «Pilar 2 – teoria ou prática». *Jornal Económico & EY*, 2022.
- Nguyen, David, e Marta Paczos. «Measuring the Economic Value of Data and Cross-Border Data Flows: A Business Perspective». OECD Digital Economy Papers, 2020.
- OCDE. «Declaração sobre uma solução de dois pilares para enfrentar os desafios fiscais decorrentes da digitalização da economia», outubro de 2021.
- OECD. *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*. Paris, 2013.
- . *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 - 2015 Final Report*. OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. OECD, 2015.
- . *Addressing the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy Public Consultation Document*. OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Paris, 2019.
- . *Data-Driven Innovation: Big Data for Growth and Well-Being*. Paris: Organisation for Economic Co-operation and Development, 2015.

- . *International VAT/GST Guidelines*. Paris: Organisation for Economic Co-operation and Development, 2017.
- . «Measuring the Information Economy», 2002.
- . «Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017». *OECD Publishing*, 2017.
- . *OECD Digital Economy Outlook*. Paris, 2015.
- . «OECD Inclusive Framework, Addressing the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy – Policy Note (23 January 2019).», 2019.
- . *Pillar One – Amount A: Draft Multilateral Convention Provisions on Digital Services Taxes and other Relevant Similar Measures 20 December 2022 - 20 January 2023*. Paris, 2023.
- . «Programme of Work to Develop a Consensus Solution to the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy». OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS. Paris: OECD, 2019.
- . *Progress Report on Amount A of Pillar One, Two-Pillar Solution to the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*. Paris, 2022.
- . «Public Consultation Document Pillar One – Amount B», 8 de dezembro de 2022.
- . «Statement on a Two-Pillar Solution to Address the Tax Challenges Arising From the Digitalisation of the Economy», julho de 2021.
- . *Tax Challenges Arising from Digitalisation – Economic Impact Assessment: Inclusive Framework on BEPS*. Paris: Organisation for Economic Co-operation and Development, 2020.
- . *Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018: Inclusive Framework on BEPS*. OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Paris: OECD Publishing, 2018.

- . *Tax Challenges Arising from Digitalisation – Report on Pillar One Blueprint: Inclusive Framework on BEPS*. OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. OECD, 2020.
- . *Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy – Global Anti-Base Erosion Model Rules (Pillar Two): Inclusive Framework on BEPS*. Paris, 2021.
- . *Taxation and Electronic Commerce: Implementing the Ottawa Taxation Framework Conditions*. Paris: Organisation for Economic Co-operation and Development, 2001.
- . «Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017». Acedido 9 de junho de 2021. https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/oecd-transfer-pricing-guidelines-for-multinational-enterprises-and-tax-administrations-2017_tpg-2017-en.
- Olbert, Marcel, e Christoph Spengel. «International Taxation in the Digital Economy: Challenge Accepted?» *World Tax Journal*, Journal Articles & Opinion Pieces IBFD, 9, n.º 1 (2017).
- . «Taxation in the Digital Economy – Recent Policy Developments and the Question of Value Creation». SSRN Scholarly Paper. Rochester, NY, 2019. <https://doi.org/10.2139/ssrn.3368092>.
- Ozai, Ivan. «Institutional and Structural Legitimacy Deficits in the International Tax Regime». SSRN Scholarly Paper. Rochester, NY, 2019.
- Page, Martin. *The First Global Village*. 10.^a. Cruz Quebrada: Casa Das Letras, 2008.
- Parada, Leopoldo. «The Unified Approach Under Pillar 1: An Early Analysis». SSRN Scholarly Paper. Rochester, NY, 2019.
- Pasquale Pistone, João Félix Pinto Nogueira, e Betty Andrade. «The 2019 OECD Proposals for addressing the tax challenges of the digitalization of the economy: an assessment». *International Tax Studies* 2, n.º 2 (2019).

- Peitz, Martin, e Joel Waldfogel. *The Oxford Handbook of the Digital Economy*. Oxford University Press, 2012.
- Pereira, Manuel Henrique de Freitas. *Fiscalidade*. 6.^a ed. Manuais universitários. Coimbra: Almedina, 2018.
- Pereira, Paula Rosado. *Convenções Sobre Dupla Tributação no Atual Direito Fiscal Internacional*. 1.^a edição. Coimbra: Almedina, 2021.
- . «Em Torno dos Princípios do Direito Fiscal Internacional». Em *Lições de fiscalidade*, editado por João Ricardo Catarino, Vasco Branco Guimarães, e Clotilde Celorico Palma. Manuais universitários. Coimbra: Almedina, 2015.
- . «Em Torno dos Princípios do Direito Fiscal Internacional». Em *Fiscalidade Internacional: Questões Atuais*. Coimbra: Almedina, 2023.
- . *Princípios do direito fiscal internacional: do paradigma clássico ao direito fiscal europeu*. Teses. Coimbra: Almedina, 2010.
- Perset, Karine. «The Economic and Social Role of Internet Intermediaries». Paris: OECD, 8 de abril de 2010.
- Pinto, Carlos Alberto da Mota, António Pinto Monteiro, e Paulo Mota Pinto. *Teoria geral do direito civil*. 4.^a ed., 2.^a reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.
- Pinto, Dale. «The Theoretical Foundations and Continued Rationale for Source-Based Taxation in an Electronic Commerce Environment». *Australian Tax Forum* 27 (2012): 24.
- Pires, Manuel. «Da dupla tributação jurídica internacional sobre o rendimento». Centro de Estudos Fiscais [da] Dir.-Geral das Contribuições e Impostos, 1984.
- Pires, Rita Calçada. «Bases da Tributação Digital - Reflexão Histórica Sobre a Tributação da Economia Digital: Dos primórdios ao BEPS 2.0». Em *Fiscalidade Internacional: Questões Atuais*. Coimbra: Almedina, 2023.

- . *Manual de Direito Internacional Fiscal*. Manuais universitários. Coimbra: Almedina, 2018.
- . *Tributação internacional do rendimento empresarial gerado através do comércio electrónico: desvendar mitos e construir realidades*. Teses. Coimbra: Almedina, 2011.
- Rayport, Jeffrey F., e John Sviokla. «Exploiting the Virtual Value Chain». *Harvard Business Review*, 1 de novembro de 1995. <https://hbr.org/1995/11/exploiting-the-virtual-value-chain>.
- Ribeiro, João Sérgio, George Rosa Acosta, e António Pedro Braga, eds. *International taxation: new challenges*. Braga: Escola de Direito da Universidade do Minho, 2017.
- Rocha Andrade, Fernando. «Benefícios fiscais: a consideração da despesa do contribuinte na tributação pessoal do rendimento». Coimbra, 2014.
- Rossi-Maccanico, Pierpaolo. «A New Framework for State Aid Review of Tax Rulings». *European State Aid Law Quarterly* 14, n.º 3 (2015): 371–81.
- Rust, Alexander, ed. *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions*. 5th edition. Alphen aan den Rijn, The Netherlands: Wolters Kluwer, 2015.
- Schön, Wolfgang. «International Tax Coordination for a Second-Best World (Part I)». SSRN Scholarly Paper. Rochester, NY, 2009.
- . «Is There Finally an International Tax System?» SSRN Scholarly Paper. Rochester, NY, 2021. <https://doi.org/10.2139/ssrn.3922687>.
- . «One Answer to Why and How to Tax the Digitalized Economy». SSRN Scholarly Paper. Rochester, NY: Social Science Research Network, 2019.
- . «Ten Questions about Why and How to Tax the Digitalized Economy». *Max Planck Institute for Tax Law and Public Finance Working Paper* 11 (2017). https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3091496.

- Schwarz, Jonathan. «Permanent Establishment: La Lutte Continue». *Kluwer International Tax Blog*, 2017, 4.
- . «Value Creation: Old Wine in New Bottles or New Wine in Old Bottles?». *Kluwer International Tax Blog*, 21 de maio de 2018. <https://kluwertaxblog.com/2018/05/21/value-creation-old-wine-new-bottles-new-wine-old-bottles/>.
- Shapiro, Carl, Shapiro, Hal R. Varian, e Shapiro Carl. *Information Rules: A Strategic Guide to the Network Economy*. Harvard Business Press, 1998.
- Shay, Stephen E. «Comment on Selected Aspects of Proposals in Public Consultation Document on Addressing the Challenges of the Digitalization of the Economy». SSRN Scholarly Paper. Rochester, NY, 2019.
- . «The Deceptive Allure of Taxing». SSRN Scholarly Paper. Rochester, NY, 2021.
- Shekhar Jha, Vijay. «Taxing Digital Economy vis-à-vis Income Tax Act 1961: Issues and Challenges». *IBFD, Asia-Pacific Tax Bulletin* 26, n.º 3 (2020).
- Silva, Bruno da. «BEPS 2.0: Os Pilares Um e Dois e a Tributação da Economia Digital». Em *Fiscalidade Internacional: Questões Atuais*, editado por João Ricardo Catarino e Paula Rosado Pereira. Coimbra: Almedina, 2023.
- Silva, Joana Lage. «O planeamento fiscal e a prevalência da substância sobre a forma». Iscal, 2019.
- Skaar, Arvid Aage. *Permanent establishment: erosion of tax treaty principle*. Series on International Taxation 13. Deventer; Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1991.
- Slemrod, Joel, e Jon Bakija. *Taxing Ourselves: A Citizen's Guide to the Debate over Taxes*. 4.^a ed. Cambridge, MA, USA: MIT Press, 2008.
- Stewart, Thomas A. *Intellectual Capital: The New Wealth of Organizations*. New York: Currency Doubleday, 1999.

- Studies, Institute for Fiscal, e James Mirrlees, eds. *Tax By Design: The Mirrlees Review*. 1.^a ed. Oxford ; New York: Oxford University Press, 2011.
- Tapscott, Don. *The Digital Economy: Promise and Peril In The Age of Networked Intelligence*. 1.^a edição. New York, NY: McGraw-Hill, 1997.
- Tax Foundation. «What Is OECD Pillar 2 (Global Minimum Tax)? | TaxEDU», sem data.
- Teixeira Ribeiro, José Joaquim. *Lições de finanças públicas*. 5.^a ed. refundida e Actualiz., Reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.
- The Economist. «The world's most valuable resource is no longer oil, but data». *The Economist*, 2017.
- Tracana, Dinis, e João Carmona Lobita. «A Soberania Fiscal dos Estados face à coordenação fiscal Internacional: enquadramento jurídico dos instrumentos da cooperação fiscal internacional». Em *Fiscalidade Internacional: Questões Atuais*. Coimbra: Almedina, 2023.
- Turina, Alessandro. «The Progressive Policy Shift in the Debate on the International Tax Challenges of the Digital Economy: A “Pretext” for Overhaul of the International Tax Regime?» *Computer Law & Security Review* 36 (2020): 105382.
- United Nations. *Model Double Taxation Convention Between Developed and Developing Countries* (2021).
- U.S. Commerce Department. «Measuring the Value of Cross-Border Data Flows», 2016.
- . «The Emerging Digital Economy». U.S. Department of Commerce, 1998.
- U.S. Department of the Treasury. «Steering Group of the Inclusive Framework Meeting». 8 de abril de 2021.
- Varian, Hal. «Artificial Intelligence, Economics, and Industrial Organization». Working Paper. Working Paper Series. National Bureau of Economic Research, 2018.

- Vasques, Sérgio. *Manual de direito fiscal*. 2ª ed. Manuais universitários. Coimbra: Almedina, 2018.
- . *Exame*, agosto de 2020.
- Vasques, Sérgio, e Eduardo Paz Ferreira. *O princípio da equivalência como critério de igualdade tributária*. Teses. Coimbra: Almedina, 2008.
- Vogel, Klaus, ed. *Klaus Vogel on double taxation conventions: a commentary to the OECD-, UN- and US model conventions for the avoidance of double taxation on income and capital with particular reference to German treaty practice*. 3rd ed. London: Kluwer Law International, 1997.
- . «Worldwide vs. Source Taxation of Income-A Review and Re-Evaluation of Arguments (Part III)». *Intertax* 16 (1988).
- Vogel, Klaus, Johan Brands, e Kees van Raad. *Taxation of Cross-Border Income, Harmonization, and Tax Neutrality under European Law*. Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1994.
- Wang, Charles. «What Is the Modern Data Stack? | Blog | Fivetran», 2023.
- Wanyana Oguttu, Annet. «A Critique from a Developing Country Perspective of the Proposals to Tax the Digital Economy». *World Tax Journal* 12, n.º 4 (2020).
- Wernick, Iddo K., Robert Herman, Shekhar Govind, e Jesse H. Ausubel. «Materialization and Dematerialization: Measures and Trends». *Daedalus* 125, n.º 3 (1996): 171–98.
- Westberg, Björn. *Cross-Border Taxation of E-Commerce*, 2002.
- Wilde, Maarten F. de. «“Sharing the Pie”: Taxing Multinationals in a Global Market». *Intertax* 43, n.º 6/7 (2015).
- Williams, Luyanda Dube. «Concepts of Digital Economy and Industry 4.0 in Intelligent and Information Systems». *International Journal of Intelligent Networks* 2 (1 de janeiro de 2021): 122–29.

- Xavier, Alberto Pinheiro, Clotilde Celorico Palma, e Leonor Xavier. *Direito tributário internacional*. 2.^a ed. actualiz., Reimp. Coimbra: Almedina, 2020.
- Zambon, Stefano. «Intangibles and Intellectual Capital: An Overview of the Reporting Issues and Some Measurement Models». Em *The Economic Importance of Intangible Assets*. Routledge, 2004.
- Zéghal, Daniel, e Anis Maaloul. «Analysing value added as an indicator of intellectual capital and its consequences on company performance», 2010. <https://doi.org/10.1108/14691931011013325>.

REFERÊNCIAS JURISPRUDÊNCIAIS

As presentes referências jurisprudenciais estão organizadas por ordem cronológica.

Jurisprudência estrangeira

- United States v. Phellis, 257 U.S. 156, 168 (1921);
- Weiss v. Stearn, 265 U.S. 242, 242, (1924);
- Helvering v. Gregory, 69 F.2d 809 (2d Cir. 1934);
- Higgins v. Smith, 308 U.S. 473 (1940);
- Commissioner v. Court Holding Co., 324 U.S. 331 (1945);
- Espanha c. Dell, junho de 2016, Tribunal Supremo, secção de Contencioso, n.º 1475/2016, disponível em: <https://tpcases.com/spain-vs-dell-june-2016-supreme-court-case-no-14752016/>;
- Google Ireland Limited c. Administration générale des finances publiques, Caso 1505113/1-1, Tribunal administratif de Paris, de 12 de julho de 2017, disponível em: <extension://elhekieabhbkpmcefcoobjddigjaadp/http://paris.tribunal-administratif.fr/content/download/105626/1058627/version/1/file/1505178%20IS.pdf>.

Jurisprudência TJUE

- Acórdão do Tribunal de Justiça (Quarta Secção) de 5 de março de 2015, Comissão Europeia contra República Francesa, Processo: C-479/13, disponível em: [EUR-Lex - 62013CJ0479 - EN - EUR-Lex \(europa.eu\)](EUR-Lex - 62013CJ0479 - EN - EUR-Lex (europa.eu));
- Acórdão do Tribunal de Justiça (Quarta Secção) de 5 de março de 2015, Comissão Europeia contra Grão-Ducado do Luxemburgo, Processo: C-502/13, disponível em: <https://www.taxlawapp.eu/Web/rechts.php?mode=content&id=62013CJ0502&language=PT>;
- Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 7 de março de 2017, Processo instaurado pelo Rzecznik Praw Obywatelskich (RPO), Processo: C-390/15, disponível em: [CURIA - Documents \(europa.eu\)](CURIA - Documents (europa.eu)).

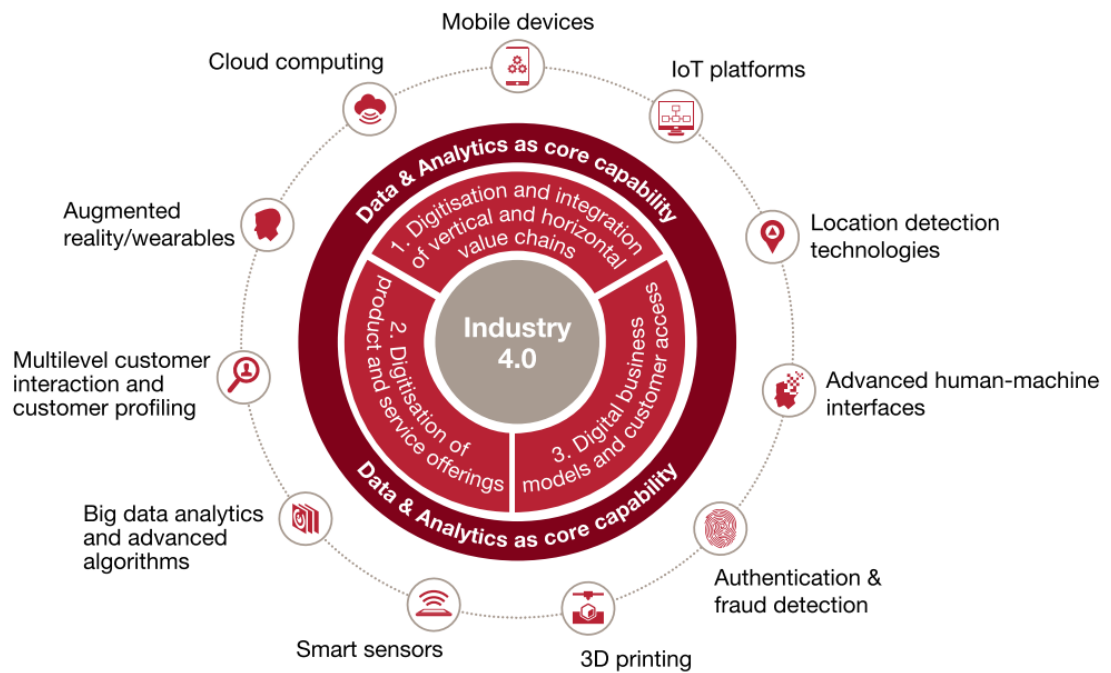
Jurisprudência Brasileira

- Acórdão do Supremo Tribunal Federal Brasileiro RE 330817 RJ, de 8 de março de 2017, disponível em: <extension://elhekieabhbkmcefcobjddigcaadp/https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13501630>.

Decisões da Comissão Europeia

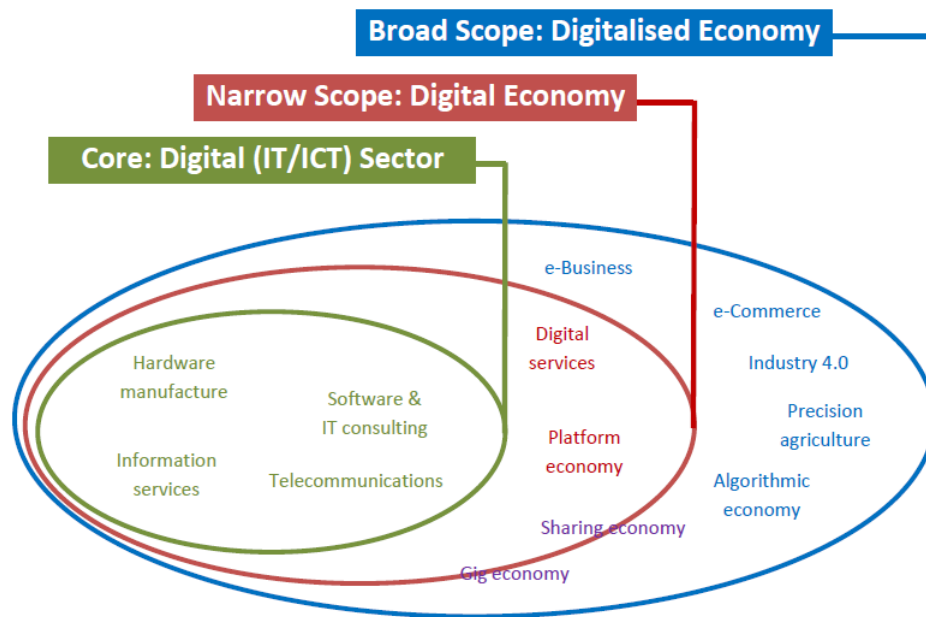
- Auxílio n.º SA-388373, disponível em: https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/253200/253200_185100_4_674_2.pdf;
- Auxílio n.º SA-388375, disponível em: https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/253203/253203_175756_4_318_2.pdf;
- Auxílio n.º SA-388374, disponível em: https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/253201/253201_176244_1_575_2.pdf.

ANEXO 1



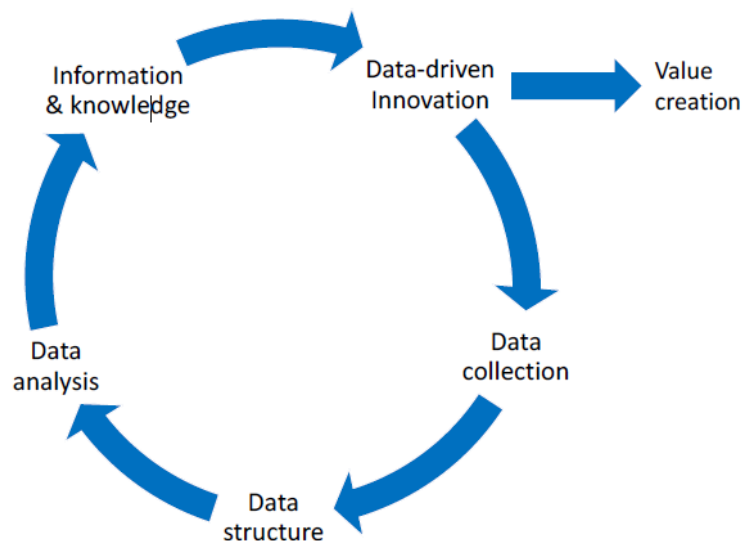
Fonte: Reinhard Geissbauer, Jesper Vedso, e Stefan Schrauf, «[Industry 4.0: Building the Digital Enterprise](#)», PwC, 2016 Global Digital IQ Survey, 2015, 6.

ANEXO 2

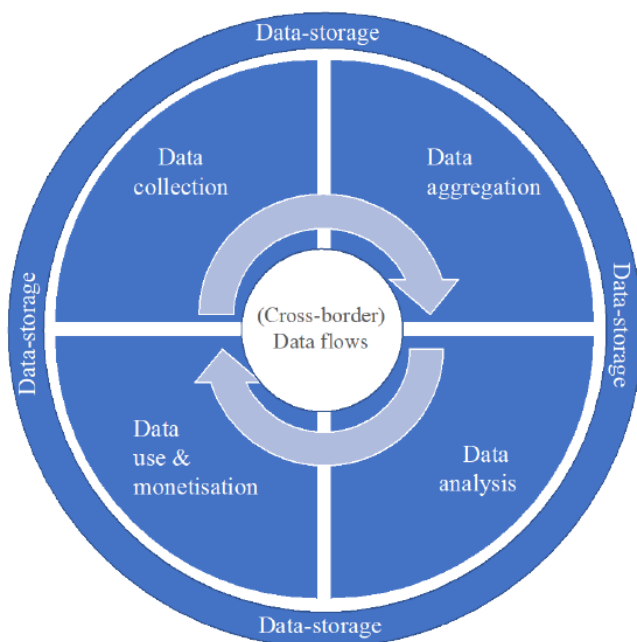


Fonte: Rumana Bukht e Richard Heeks, «[Defining, Conceptualising and Measuring the Digital Economy](#)», SSRN Scholarly Paper (Rochester, NY: Social Science Research Network, 3 de agosto de 2017), 13.

ANEXO 3

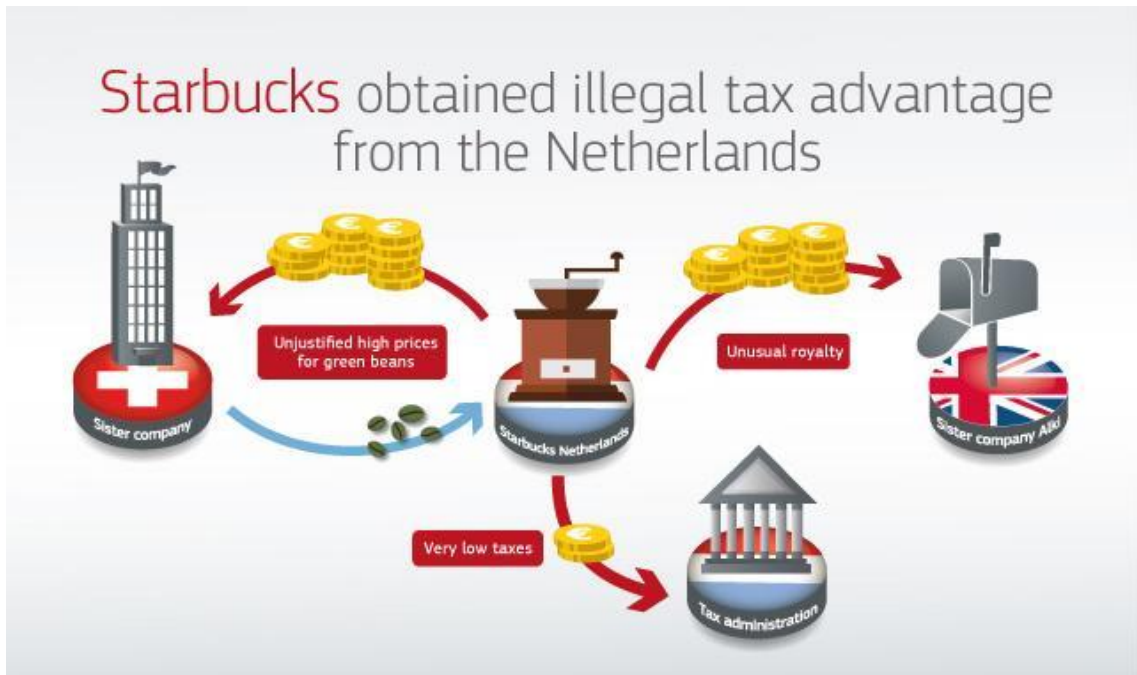


Fonte: David Nguyen e Marta Paczos, «[Measuring the Economic Value of Data and Cross-Border Data Flows: A Business Perspective](#)», OECD Digital Economy Papers, 2020, 21; OECD, [Data-Driven Innovation: Big Data for Growth and Well-Being](#) (Paris: Organisation for Economic Co-operation and Development, 2015), 34.



Fonte: David Gierten et al., «[Firms going digital: Tapping into the potential of data for innovation](#)», OECD Digital Economy Papers, 2021, 13.

ANEXO 4



Fonte: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pt/IP_15_5880

ANEXO 5

	Pillar One Blueprint	Statement
Scope	Automated digital services (ADS) and Consumer-facing business (CFB)	Global turnover > €20 billion; Profitability >10%; Excludes extractives and regulated financial services
Nexus	Based on local revenue from in-scope; Specific amount not proposed	Revenue of in-scope business from jurisdiction > €1 million (€250,000 for smaller jurisdictions)
Profit Allocation/ Quantum	Three-step calculation; Specific ratio or threshold not proposed	25% of residual profit; Revenue-based allocation key
Revenue Sourcing	Sourced to end-market jurisdictions where goods or services are used or consumed; Source rules to be developed for specific categories of transactions	The same; The Draft Model Rules proposing that revenue is sourced on a transaction-by-transaction basis
Tax Base	Determined by reference to financial accounting income; Loss carry-forward	The same; Segmentation to occur only in exceptional circumstances, in which disclosed segments meet the scope rules
Elimination of Double Taxation	Exemptions or credits	The same; Safe harbor for marketing and distribution profits to be developed
Amount B	Standardize arms-length principle to in-country baseline marketing and distribution activities	To be simplified and streamlined by the end of 2022
Tax Certainty	Mandatory and binding dispute prevention and resolution mechanisms for Amount A-related issues.	Elective for certain developing countries

Fonte: Reuven S. Avi-Yonah, Young Ran (Christine) Kim, e Karen Sam, «A New Framework for Digital Taxation», *Law & Economics Working Papers*, n.º 222 (2022): 20.