

UNIVERSIDADE DE LISBOA

FACULDADE DE DIREITO



O ESTABELECIMENTO ESTÁVEL

- UM NOVO CONCEITO

Dissertação de Mestrado, apresentada no Mestrado em Direito Financeiro e Fiscal, no âmbito do 2.º ciclo de estudos, sob orientação da Professora Ana Paula do Valle-Frias de Madureira e Piedade Dourado

MARIA INÊS LOURENÇO DE ALBUQUERQUE CASTELO BRANCO

2024

AGRADECIMENTOS

À minha família, em especial, à minha mãe e aos meus avós, pelo apoio incondicional.

À minha casa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, que ficará para a vida.

Ao meu patrono, Dr. João Espanha, pela constante compreensão na feitura e tempo que dispensei para a realização da dissertação e, ainda, por me ter ajudado a trabalhar num tema que tanto me desperta curiosidade.

Ao meu Professor, distintíssimo Professor Guilherme Waldemar d'Oliveira Martins, de inúmeras disciplinas que frequentei durante a licenciatura e mestrado, expresse a minha profunda gratidão pelos seus preciosos ensinamentos, sábios aconselhamentos, apoio e confiança. A sua dedicação ao ensino constitui um farol que ilumina o percurso dos seus educandos, inspirando-nos a aspirar à excelência nos nossos estudos e na vida.

À minha orientadora, Senhora Professora Ana Paula Dourado, pelos seus ensinamentos, enorme sabedoria.

*Ama e faz o que quiseres.
Se calares, calarás com amor;
se gritares, gritarás com amor;
se corrigires, corrigirás com amor;
se perdoares, perdoarás com amor.
Se tiveres o amor enraizado em ti, nenhuma coisa, senão o amor, serão os teus
frutos. A medida do amor é amar sem medida.*

– Santo Agostinho (354-430)

RESUMO

A presente dissertação propõe-se, por um lado, a uma análise abrangente do conceito de estabelecimento estável, um pilar incontornável com um século de existência no âmbito do Direito Internacional Fiscal e, por outro lado, a refletir sobre a (des)adequação e evolução deste conceito, face às novas dinâmicas empresariais, culminando no ordenamento jurídico português a emergência de um novo conceito de estabelecimento estável, sobretudo, com a promulgação da Lei do Orçamento de Estado de 2021.

Para tanto, após examinarmos cuidadosamente a evolução histórica, os tipos e as mudanças no conceito de estabelecimento estável, resultantes da Ação 7, do Projeto *BEPS (Base Erosion and Profit Shifting)*, comparámos o regime aplicável a esse conceito e os princípios históricos (distintos) adotados pelas Convenções Modelo OCDE e ONU, além da legislação interna portuguesa.

Finalizamos a nossa análise, considerando, por meio de uma sobreposição literal de regimes, a viabilidade de uma interpretação extensiva das Convenções Modelo OCDE e ONU no contexto do Direito Fiscal Português, em consonância com os princípios basilares da legalidade e tipicidade fiscal, visando assegurar a conformidade e evitar lacunas que possam surgir com o novo conceito de estabelecimento estável.

Palavras-chave: Estabelecimento Estável; Direito Internacional Fiscal; Convenção Modelo OCDE; Convenção Modelo ONU; Direito Fiscal Português.

ABSTRACT

The present dissertation aims, on one hand, to conduct a comprehensive analysis of the concept of permanent establishment, an essential pillar with a century of existence in the field of International Tax Law, and, on the other hand, to reflect on the (in)adequacy and evolution of this concept, in light of new business dynamics, culminating in the Portuguese legal system with the emergence of a new concept of permanent establishment, particularly with the enactment of the State Budget Law from 2021.

To this end, after carefully examining the historical evolution, types, and changes in the concept of permanent establishment, resulting from Action 7 of the *BEPS* (Base Erosion and Profit Shifting) Project, we compared the regime applicable to this concept and the distinct historical principles adopted by the OECD and UN Model Conventions, in addition to Portuguese domestic legislation.

We conclude our analysis by considering, through a literal overlap of regimes, the feasibility of an extensive interpretation of the OECD and UN Model Conventions in the context of Portuguese Tax Law, in line with the fundamental principles of legality and tax specificity, aiming to ensure compliance and avoid gaps that may arise with the new concept of permanent establishment.

Keywords: Permanent Establishment; International Tax Law; OECD Model Convention; UN Model Convention; Portuguese Tax Law.

LISTA DE SIGLAS, ACRÓNIMOS E ABREVIATURAS

§	Parágrafo
al.	alínea
Art.º	Artigo
Artºs.	Artigos
AT	Autoridade Tributária
BEPS	<i>Base Erosion and Profit Shifting</i>
Cap.	(C)capítulo
CAAD	Centro de Arbitragem Administrativa
CC	Código Civil
CDT(s)	Convenção(ões) para Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Impostos sobre o Rendimento / Convenção(ões) sobre Dupla Tributação
<i>Cfr.</i>	Confrontar ou conferir
CIRC	Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas
CIRS	Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares
CIVA	Código do Imposto sobre o Valor Acrescentado
CM OCDE	Convenção Modelo Fiscal em matéria de Imposto sobre o Rendimento e sobre o Património da OCDE
CM ONU	Convenção Modelo da Organização das Nações Unidas para evitar a dupla tributação entre países desenvolvidos e em países em desenvolvimento
CRP	Constituição da República Portuguesa
DIF	Direito Internacional Fiscal
DL	Decreto-Lei
DTJ	Dupla Tributação Jurídica
EBF	Estatuto dos Benefícios Fiscais
ed.	Edição/Editor
EE	Estabelecimento Estável
etc.	<i>et caetera</i> (e o resto)
EUA	Estados Unidos da América
<i>Ibidem</i>	no mesmo local

<i>Idem</i>	o mesmo
i.e.	<i>id est</i> , isto é
IRC	Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas
IRS	Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares
IVA	Imposto sobre o Valor Acrescentado
LGT	Lei Geral Tributária
MLI	<i>Multilateral Instrument</i> (Instrumento Multilateral)
n. °	número
n. °(s)	número(s)
<i>ob. cit.</i>	<i>opus citatum</i> (obra citada)
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico
ONU	Organização das Nações Unidas
p.	página
pp.	páginas
Proc.	Processo
ss.	seguintes
TFUE	Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
UE	União Europeia
<i>Vide.</i>	Vide
Vol.	Volume
vs.	<i>versus</i> (contra)
v.g.	<i>verbi gratia</i> (por exemplo)

Nota: Ao longo da presente dissertação, todos os artigos que não mencionem o diploma ou documento a que pertencem são artigos da CM OCDE, na sua redação de 2017 e artigos da CM ONU, na redação de 2021.

ADVERTÊNCIAS

A presente dissertação é elaborada conforme o novo acordo ortográfico, como consta do Acordo do Segundo Protocolo Modificativo ao Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa, aprovado pela Resolução da Assembleia da República n.º 35/2008, 16 de maio, ratificado pelo Decreto do Presidente da República n.º 52/2008 - Diário da República n.º 145/2008, Série I de 2008-07-29.

As referências bibliográficas de cada obra são feitas, sempre que existirem dados para isso, em nota de rodapé, através do sistema de citação-nota.

Independentemente da natureza das fontes, têm, sempre que possível, lugar: monografias, manuais, comentários, artigos em publicações periódicas ou contributos para obras coletivas, dissertações, teses, etc.

As primeiras referências a monografias e manuais são feitas mediante a indicação do Nome do Autor, Título da Obra, Volume, Edição, Editora, Local, Ano e página(s). Consequentemente, as referências subsequentes indicam o Nome do Autor, Título da Obra, seguido da expressão *ob. cit.* e página(s).

No que concerne às primeiras referências de artigos em publicações periódicas ou contributos para obras coletivas, a indicação passa pela seguinte ordem: Nome do Autor, Título do Artigo, Título da Obra Coletiva, Volume, Edição, Editora, Local, Ano e página(s). Nas referências posteriores mencionam-se o Nome do Autor, Título do Artigo, Título da Obra Coletiva, seguido da expressão *ob. cit.* e página(s).

Quanto às referências iniciais de dissertações e teses não publicadas a ordem segue: o Nome do Autor, Título, menção de “Dissertação de Mestrado” ou “Tese de Doutoramento” (quando aplicável), Faculdade, Universidade, Ano e página(s). Subsequentemente, as referências são simplificadas, apresentando somente o Nome do Autor, Título, seguido da expressão *ob. cit.* e página(s).

Relativamente às referências bibliográficas eletrónicas, foram consultadas, pela última vez, no dia 22 de abril de 2024, e constam, ao longo da presente dissertação, o dia em que cada uma delas foi consultada.

Por último, à presente dissertação, junta-se um anexo (*cf.* Anexo I) que, embora não faça parte integrante da tese, serve como um recurso adicional para auxiliar o leitor na compreensão dos conceitos discutidos ao longo do texto principal.

ÍNDICE

INTRODUÇÃO	1
PARTE I: ESTABELECIMENTO ESTÁVEL – ENQUADRAMENTO GERAL	4
CAPÍTULO I: EQUILÍBRIO FISCAL INTERNACIONAL – UMA BALANÇA ENTRE A RESIDÊNCIA E FONTE, UM PRINCÍPIO	4
§1. A RESIDÊNCIA – UM PRINCÍPIO	7
§2. FONTE – UM PRINCÍPIO	10
§3. UMA BALANÇA ENTRE A RESIDÊNCIA E FONTE, UM PRINCÍPIO.....	12
CAPÍTULO II: UMA HISTÓRIA, UMA EVOLUÇÃO	19
CAPÍTULO III: TIPOS E PILARES DA PRESENÇA EMPRESARIAL NUMA ERA DESADEQUADA	27
§1. ESTABELECIMENTO ESTÁVEL REAL – UMA INSTALAÇÃO FIXA.....	30
§2. ESTABELECIMENTO ESTÁVEL – CONSTRUÇÃO	34
§3. A LISTA NEGATIVA	38
§4. ESTABELECIMENTO ESTÁVEL PESSOAL – AGÊNCIA	43
§5. ESTABELECIMENTO ESTÁVEL – GRUPO DE SOCIEDADES	49
§6. ESTABELECIMENTO ESTÁVEL – ENTIDADES ESTREITAMENTE RELACIONADAS ..	52
CONCLUSÕES GERAIS	54
PARTE II: ESTABELECIMENTO ESÁVEL – PROBLEMAS ATUAIS	58
CAPÍTULO I: CONVENÇÃO MODELO OCDE VS CONVENÇÃO MODELO ONU – PERSPETIVA DICOTÓMICA	58
§1. ESTABELECIMENTO ESTÁVEL – CONSTRUÇÃO	60
§2. A LISTA NEGATIVA	66
§3. ESTABELECIMENTO ESTÁVEL – AGÊNCIA	71
CAPÍTULO II: ESTABELECIMENTO ESTÁVEL – NO DIREITO NACIONAL	74
CAPÍTULO III: ANÁLISE CRÍTICA – AMBIGUIDADES NORMATIVAS	85

CONCLUSÕES GERAIS	97
CONCLUSÃO FINAL	102
BIBLIOGRAFIA	105

INTRODUÇÃO

A presente dissertação versa sobre as implicações fiscais e tributárias decorrentes do conceito de estabelecimento estável adotado pela Convenção Modelo da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Económico, doravante “Convenção Modelo OCDE” ou “CM OCDE” e Convenção Modelo das Nações Unidas, doravante “Convenção Modelo ONU” ou “CM ONU”.

Ao longo dos anos, tanto a figura de “instalações fixas” como a “figura do agente” têm ganhado especial importância na questão do estabelecimento estável. A investigação por este tema, em primeiro lugar, deve-se à complexidade técnica e legislativa na definição do estabelecimento estável nas Convenções Modelo OCDE e ONU, o que o torna verdadeiramente interessante e apaixonante. Em segundo lugar, a atualidade do tema toma significativa importância, merecedora de investigação científica na análise de outros conceitos curiosos que, embora possam apresentar conexões indiretas com a definição do conceito previsto nas Convenções Modelo OCDE e ONU, não deixam de ser conexas e, como tal, de implicarem um estudo igualmente cuidado e aprofundado do tema. Entre esses conceitos curiosos, inserem-se, de acordo com o previsto na Convenção Modelo OCDE, as “instalações fixas”, “estaleiro, construção, instalação ou montagem”, “instalações, plataformas ou navios utilizados na prospeção ou exploração de recursos naturais”, “agente dependente”, “exclusões atividades de carácter preparatório ou auxiliar” e, por último, com a novidade legislativa introduzida – “prestação de serviços através dos próprios empregados ou de outras pessoas”.

Uma vez que o conceito de estabelecimento estável é um dos pilares do Direito Internacional Fiscal, doravante “DIF”, em matéria de tributação de empresas, torna-se imprescindível a sua análise crítica e comparação teórica com a prática internacional sobre as implicações fiscais e tributárias do conceito de estabelecimento estável que se encontra em constante mudança, em torno do século XXI.

Ora, o conceito de estabelecimento estável suscita, *ab initio*, as mais variadas questões, não só porque se trata de um conceito com mais de um século e meio, como toca em questões de fiscalidade relacionadas com a temática da residência, fonte e o local onde a atividade é exercida. Cada vez mais, deixa de existir uma definição precisa para esta realidade. Desse modo, pergunta-se se e que tipo de atividades potenciam a

constituição de estabelecimentos estáveis e, conseqüentemente, saber sobre que Estado recai a obrigação de tributar. No Direito Internacional Fiscal, a competência tributária dos Estados contratantes depende de critérios de conexão: Estado da residência, o Estado da fonte ou existência de um estabelecimento estável. Este conceito desempenha um papel fundamental pela ligação mínima que se impõe ao território de um “Estado distinto daquele no qual é residente a empresa que desenvolve a atividade empresarial.” Mais importará salientar as principais discrepâncias entre as Convenções Modelo OCDE e ONU. A OCDE favorece o Estado da residência, enquanto a ONU favorece o Estado fonte. Portanto, devido a essa complexidade, surgem igualmente implicações fiscais e tributárias, riscos e desafios à regulação de zonas cinzentas que envolvem até o domínio de outras áreas.

No que diz respeito à metodologia recorre-se, na presente dissertação, ao método indutivo, pela técnica documental e bibliográfica para a exploração e análise do referido tema. Numa primeira parte, de modo sucinto, o trabalho passa por uma análise técnico-jurídica do conceito de estabelecimento estável. Em seguida, dedicamos um capítulo à função do estabelecimento estável na manutenção do equilíbrio fiscal internacional entre residência e fonte, contextualizando, ainda que, em capítulos subsequentes, a sua relevância histórica e os diferentes tipos existentes. Numa segunda parte, apontamos os problemas atuais derivados do conceito de estabelecimento estável. Outro capítulo é reservado para uma abordagem normativa e comparativa do conceito de estabelecimento estável nas diversas Convenções Modelo OCDE e ONU, para além das repercussões no ordenamento jurídico interno, noutro capítulo. Por último, abordar-se-á de forma crítica a alteração do paradigma face às novas realidades, isto é, do novo conceito de estabelecimento estável.

Apresentada, ainda que sinteticamente a metodologia do trabalho, importa desenhar-se um plano de investigação capaz de dar resposta aos problemas enfrentados. Numa primeira parte, faremos uma análise técnico-jurídica do conceito de estabelecimento estável, cuja relevância perdura ao longo dos séculos, desempenhando um papel fulcral no âmbito do Direito Internacional Fiscal.

Em seguida, exploraremos o papel significativo desempenhado pelo estabelecimento estável na manutenção do equilíbrio fiscal internacional entre residência e fonte, na ótica de evitar a elisão artificial no seio internacional. Para tal, serão

abordadas noções introdutórias relativas aos Princípios de Direito Internacional Fiscal (i.e., princípios estruturantes e operativos) de extrema relevância para uma futura e correta compreensão.

Prosseguiremos, num segundo capítulo, com um enquadramento histórico do conceito de estabelecimento estável, além de discutirmos a questão da sua erosão.

Sucessivamente, no capítulo terceiro, examinaremos a inadequação do conceito de estabelecimento estável às realidades contemporâneas, em virtude da evolução das atividades comerciais e globalização económica. Neste contexto, explicaremos a noção de “estabelecimento real ou objetivo”, ou “estabelecimento estável pessoal ou subjetivo”.

Numa segunda parte do trabalho, concretamente, no primeiro capítulo, realizaremos uma análise crítica das principais diferenças dos tipos de estabelecimento estável, entre as Convenções Modelo OCDE e ONU, que se encontram plasmadas no artigo 5.º de ambas as Convenções Modelo e que resultaram da revisão da Ação 7, do Projeto *Base Erosion and Profit Shifting*, doravante “*BEPS*”, destacando não apenas o combate ao planeamento fiscal abusivo, mas também a integração de lacunas interpretativas.

No capítulo subsequente, examinaremos o novo conceito de estabelecimento estável, à luz das alterações introduzidas pela Lei do Orçamento de Estado de 2021, e as suas repercussões no Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas, doravante “Código do IRC” ou “CIRC”, através de uma análise crítica dos seus elementos constitutivos, das restrições à sua aplicação e condicionantes da sua não aplicação.

Adicionalmente, proporemos uma análise das principais problemáticas por meio de casos hipotéticos, compreendendo as divergências entre os sistemas fiscais (Convenções Modelo OCDE e ONU) adotados pelos Estados. Refletiremos sobre a possibilidade de compatibilização de ambas as Convenções Modelo, realidades historicamente distintas, bem como sobre a sobreposição interpretativa de normas entre o direito fiscal nacional e internacional.

Por fim, concluiremos a nossa investigação com uma análise minuciosa das questões jurídicas controvertidas relacionadas com o estabelecimento estável, destacando a mudança de paradigma do – novo conceito de estabelecimento estável – e as regras interpretativas aplicáveis, com foco nas normas do direito fiscal interno português.

PARTE I

ESTABELECIMENTO ESTÁVEL – ENQUADRAMENTO GERAL

CAPÍTULO I

EQUILÍBRIO FISCAL INTERNACIONAL – UMA BALANÇA ENTRE A RESIDÊNCIA E FONTE, UM PRINCÍPIO

O conceito de estabelecimento estável, embora seja um conceito muito atual, é um conceito centenário que desempenha um papel fundamental no âmbito do Direito Internacional Fiscal. Este conceito figura entre os princípios basilares do sistema fiscal internacional, cuja importância se reflete na potencial modificação do panorama de distribuição de competências tributárias entre os Estados. Assim é que, a justa repartição do direito a tributar lucros transfronteiriços passa pela observância de critérios de conexão entre os Estados intervenientes nas atividades – Estado da residência e Estado da fonte.

Na verdade, intimamente ao conceito de estabelecimento estável, encontra-se relacionado o princípio da residência como atribuição primordial do poder tributário dos Estados, limitado à territorialidade dos impostos. Por isso e conforme dispõe o artigo 7.º da Convenção Modelo OCDE, a tributação de lucros de uma determinada empresa ocorrerá apenas no Estado da residência desta pelo seu rendimento global (*worldwide income*), a não ser que, através de um estabelecimento estável situado noutro Estado, se exerça aí uma atividade (baseado no princípio *at arm's length*). Resulta claro que, a aceção dada ao conceito de estabelecimento estável no âmbito dos Tratados Internacionais Fiscais revela-se “crucial para determinar se uma empresa não residente deve pagar imposto sobre o rendimento noutra jurisdição.”¹

Portanto, a obrigação de pagar imposto num outro Estado, que não o da residência, efetivamente existe quando um estabelecimento estável represente um “nível mínimo de presença” (*threshold*) e de “ligação ao território de um Estado distinto daquele no qual é residente a empresa que desenvolve a atividade empresarial.”² Para tanto, impõe-se que

¹ Cfr. OECD, *Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action 7 - 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/9789264241220-en> [26.01.2024].

² Cfr. PAULA ROSADO PEREIRA, *Convenções sobre Dupla Tributação no Atual Direito Fiscal Internacional*, 1.ª ed., Almedina, Coimbra, 2021, p. 111.

essa presença física seja “suficientemente forte e estável”³ para atribuir e justificar as competências tributárias de cada Estado sob pena de, na sua falta, a atribuição dessas competências reverter única e exclusivamente para o Estado da residência (na ausência de outro elemento de conexão relevante).

É notória a importância deste conceito no seio internacional fiscal. Manifestamente funciona como presunção da sua (in)existência, desenvolvido pelos Tratados Internacionais Fiscais, aos quais chamamos de Convenções de Dupla Tributação, doravante “CDTs”, e que criam (ainda que indiretamente) implicações jurídicas e fiscais no ordenamento interno de cada um desses Estados no que toca à competência tributária.

Essa constatação não deixa de evidenciar a existência de sérias dúvidas quanto à equidade na distribuição do poder tributário entre o Estado da fonte e o da residência, onde o conceito de estabelecimento estável, delineado no artigo 5.º do Modelo Convenção OCDE, desempenha um papel central no que diz respeito aos lucros empresariais.

Os problemas surgem aquando da conjugação de dois princípios opostos (Princípio da residência e da fonte), quando o Direito Internacional Fiscal reconhece legitimidade na tributação a ambos os Estados, com base em ambos os critérios. Neste panorama, aparecem as CDTs com vista à resolução de problemas de competência tributária dos Estados, muito embora, muitas delas contenham diferenças não só nas definições de estabelecimento estável, como nas interpretações que lhes são dadas sobre diversos conceitos.

Aqui chegados e antes de identificarmos a figura do estabelecimento estável enquanto princípio e balança entre a residência e a fonte, cumpre averiguar a lógica que subjaz ao princípio da tributação no Estado da residência e da fonte, que seguem a teoria da pertença económica⁴.

O Direito Internacional Fiscal representa um campo complexo e em constante evolução, onde as interações entre as jurisdições nacionais e as transações

³ *Ibidem*.

⁴ Neste sentido, RITA CALÇADA PIRES justifica duas pretensões tributárias, tendo por base o *nexus* “entre a pertença política e a pertença económica. (...). Ao apelar-se à pertença política, estar-se-á a invocar a nacionalidade como critério relevante. Já, se a pertença económica for o elemento invocado, então, ou se recorre ao seu elemento pessoal (...) ou ao seu elemento real (...)” – *in, Manual de Direito Internacional Fiscal*, Almedina, Coimbra, 2018, p. 52.

transfronteiriças implicam, cada vez mais, uma compreensão profunda e abrangente. Conseqüentemente, para tentar dar face aos problemas, surgem os chamados princípios operativos, (i) princípio da residência; (ii) princípio da fonte; (iii), princípio do estabelecimento estável.

Não nos propomos, neste capítulo, a abordar os princípios estruturantes do Direito Internacional Fiscal, nomeadamente, o princípio da soberania, equidade e neutralidade. Embora sejam superficialmente discutidos noutros capítulos, não lhes é atribuída uma especificidade.

Este capítulo visa estabelecer as características essenciais dos princípios operativos do Direito Internacional Fiscal, proporcionando um ponto de partida sólido para a análise subsequente.

Diante do exposto:

- (i) O conceito centenário de estabelecimento estável desempenha um papel crucial na determinação da repartição de competências tributárias entre os Estados da residência e da fonte, exigindo a observância rigorosa de critérios de conexão.
- (ii) Este conceito, basilar do direito internacional fiscal, delinea as fronteiras dentro das quais os Estados exercem o seu poder tributário. Isto é, a obrigação de pagar imposto no Estado da residência deixa de existir quando num outro Estado, exista estabelecimento estável que represente um “nível mínimo de presença” e “ligação ao território de um Estado distinto daquele no qual é residente a empresa que desenvolve a atividade empresarial”.
- (iii) As CDTs desempenham um papel crucial na definição de padrões relacionados com o estabelecimento estável, promovendo coerência no sistema fiscal internacional.
- (iv) Persistem desafios na distribuição equitativa do poder tributário entre os Estados (residência e fonte), evidenciando a complexidade do sistema.

§1. A RESIDÊNCIA – UM PRINCÍPIO

Em jeito de introdução, segundo este princípio, a tributação no Estado da residência fundamenta-se pela conexão pessoal ou subjetiva, também associado ao princípio da tributação universal (*worldwide income taxation of residentes*) ou ilimitada, onde os rendimentos auferidos pelos seus residentes, tanto dentro como fora do território, são tributados⁵. Deste ponto, extraímos a relevância que se assume no Direito Internacional Fiscal a determinação da residência, uma vez que está em questão o Estado onde o sujeito passivo é residente.

Mas, o facto de este princípio partir da noção de residentes, não implica que lhes sejam conferidas competências tributárias exclusivas, uma vez que, em muitos casos, se sobrepõem competências (i.e., competências cumulativas tributárias) entre diferentes jurisdições. Para esse grupo de situações, são frequentemente utilizados mecanismos de eliminação ou mitigação da dupla tributação, como o método da isenção e do crédito imposto⁶.

Por residentes entendemos englobar pessoas singulares e pessoas coletivas, as quais estão sujeitas a critérios distintos para a sua determinação. Embora as conceções objetivistas⁷ ou subjetivistas⁸ de residência influenciem a legislação interna dos Estados, por norma, a residência das pessoas singulares afere-se pelo período mínimo de

⁵ Neste sentido, *vide* artigo 4.º, n.º 1, do Código do IRC, que consagra o princípio da tributação universal, quando refere que o imposto “(...) incide sobre a totalidade dos seus rendimentos, incluindo os obtidos fora desse território.”

⁶ De acordo com os Comentários, o método da isenção toma em consideração o montante do rendimento, permitindo ao Estado da residência isentar de tributação os rendimentos ou ganhos que já foram tributados noutro Estado, onde, presumivelmente, foram gerados. Já, o método do crédito imposto toma em consideração o imposto já pago, permitindo ao Estado da residência a dedução do imposto pago na fonte. – *Cfr.* OECD, *Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017*, OECD Publishing, Paris, 2017, Parágrafo 17 dos Comentários aos artigos 23.ºA e 23.ºB, p. 383. Disponível em: https://doi.org/10.1787/mtc_cond-2017-en [26.01.2024].

⁷ Para a conceção objetivista, a residência basta-se com a presença física ou a permanência de uma pessoa singular num outro Estado, por um período mínimo determinado (*corpus*), sem necessidade de evidências de uma intenção deliberada de permanência nesse Estado.

⁸ Na contramão do entendimento objetivista, o conceito aqui adotado requer não apenas a presença física (*corpus*), mas também a intenção (*animus*) de permanecer por um determinado período de tempo num outro Estado. Para elucidar a intenção, esta é submetida a critérios, alternativos ou cumulativos, *iuris tantum* ou *iuris et de iure*, que permitem discernir, inequivocamente, sobre a qualidade de um indivíduo: em constante deslocação ou de um residente. Neste sentido, *vide* ALBERTO XAVIER, *Direito Tributário Internacional*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2007, pp. 283-284 e MANUEL PIRES, *Da Dupla Tributação Jurídica Internacional sobre o Rendimento*, Imprensa Nacional – Casa da Moeda, Lisboa, 1984, pp. 222-224.

permanência⁹ num outro Estado (*corpus*). Já, no que toca às pessoas coletivas, importa o local onde se situa a sede, direção efetiva ou local onde a sociedade foi constituída.

Não seria de olvidar ou questionar que o conceito adotado nas CDTs não perfilhasse do mesmo entendimento da Convenção Modelo OCDE¹⁰, que determina a sua aplicação às pessoas residentes de um ou ambos os Estados contratantes¹¹.

Sucedem que não existe um conceito uniforme de residência, no âmbito do Direito Internacional Fiscal, uma vez que os termos do artigo 4.º da Convenção Modelo OCDE apenas refere “residente de um Estado contratante” para efeitos da sua aplicação, deixando-a, ao remeter para o direito interno de cada Estado, aberta a variadas definições¹².

Notória¹³ é a importância deste princípio. Em primeiro lugar, destaca-se a neutralidade na exportação de capitais com a aplicação deste princípio, garantindo-se que os investimentos transfronteiriços não são distorcidos por disparidades tributárias entre Estados envolvidos e, simultaneamente, se continue a incentivar o fluxo livre e eficiente de capital internacional.

Além disso, o princípio da residência assegura o respeito pelo princípio da capacidade contributiva¹⁴ e igualdade de tratamento dos residentes, na medida em que o Estado é o único órgão capaz de conhecer e tributar os rendimentos gerados pelos

⁹ Neste sentido, *vide* artigo 16.º, n.º 1, al. a), do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares, doravante “Código do IRS” ou “CIRS”, que estipula as condições, como o prazo de 183 dias por ano, independentemente da nacionalidade do sujeito passivo, para ser considerado residente em Portugal.

¹⁰ A este respeito, PAULA ROSADO PEREIRA refere que “De facto, no que diz respeito às CDTs, a residência simultaneamente define o seu âmbito pessoal de aplicação.” – *in, Convenções sobre Dupla Tributação no Atual Direito Fiscal Internacional, ob. cit.*, p. 80.

¹¹ *Cfr.* Artigo 1.º, da CM OCDE (2017). Disponível em: <https://www.oecd.org/ctp/treaties/articles-model-tax-convention-2017.pdf> [26.01.2024].

¹² Conforme refere GUSTAVO LOPES COURINHA, o artigo 4.º, n.º 1, da CM OCDE implica “um reenvio não genérico, mas antes limitado [...] para as regras do Direito Interno (*Lex Fori*): o conceito normativo da residência que vale no plano doméstico carece de ser sempre avaliado quanto aos próprios critérios, no plano convencional, sendo esta necessidade tão mais exigente quanto se esteja diante de situações ontológicas, como sucede com as pessoas singulares” – *in, A Residência no Direito Internacional Fiscal – Do Abuso Subjetivo de Convenções*, Almedina, Coimbra, 2015, p. 72.

¹³ Neste sentido, MANUEL PIRES alude, detalhadamente, a argumentos (a favor e contra) na aplicação deste princípio (residência) – *in, Da Dupla Tributação Jurídica Internacional sobre o Rendimento, ob. cit.*, pp. 260-273.

¹⁴ *Cfr.* PAULA ROSADO PEREIRA, *Convenções sobre Dupla Tributação no Atual Direito Fiscal Internacional, ob. cit.*, pp. 87-88.

residentes, independentemente da sua origem, mediante taxas progressivas de tributação do rendimento¹⁵.

Por conseguinte, do ponto de vista político-económico e social¹⁶, a tributação de rendimentos de origem estrangeira fomenta a exportação de capitais e permite arrecadar receitas para o Estado.

Diferentemente, também se tecem considerações contrárias sobre este princípio, referindo-se, nomeadamente, que a tributação no Estado da residência espelha, tendencialmente, um conjunto vasto de situações de evasão fiscal e uso abusivo das CDTs¹⁷, cada vez mais potenciadas pela globalização. Quer isto dizer que, a tributação no Estado da residência motiva, tanto pessoas singulares como coletivas, a alterar a residência ou sede de sociedades para Estados ou, ainda, o estabelecimento de uma pessoa coletiva residente num outro Estado com taxas de tributação menos elevadas e por forma a beneficiar de determinadas CDTs (*treaty shopping*).

Como tal, a tributação no Estado da residência parece “desencorajar os fluxos de capitais para os países menos desenvolvidos”¹⁸. Há uma desadequação e um negligenciar dos desafios e riscos inerentes aos investimentos estrangeiros por tão só a obtenção de rendimentos gerados, ainda que fora do território, serem tributados no Estado onde residem sujeitas, na sua grande maioria, a taxas mais onerosas.

Por isso, embora a conexão com os bens públicos e as infraestruturas seja notável, pela circunstância de os investidores estrangeiros também usufruírem destes recursos e serviços vitais fornecidos pelos países onde operam¹⁹, percebemos que o referido

¹⁵ Ao invés, MANUEL PIRES considera que “a globalidade do rendimento também pode ser obtida na tributação na fonte, mediante a taxa correspondente à totalidade do rendimento e com atenção às deduções, desde que conhecidos os elementos necessários.” – *in*, *Da Dupla Tributação Jurídica Internacional sobre o Rendimento*, *ob. cit.*, p. 271.

¹⁶ Por isso, atribuímos à residência natureza “socioeconómica” e à nacionalidade natureza “jurídico-política”.

¹⁷ No tocante ao uso abusivo das CDTs, LUÍS MENEZES LEITÃO entende que “ironicamente, as convenções que os Estados celebram, cujo objetivo principal é evitar a dupla tributação, mas que acessoriamente visam também reprimir a evasão e fraude fiscal internacional, podem igualmente ser utilizadas pelo contribuinte para escapar ao imposto. Basta para isso que esse contribuinte se insira nos benefícios de um tratado fiscal que normalmente não lhe estariam disponíveis, o que normalmente se consegue através da interposição de uma pessoa coletiva residente num país que tenha um vantajoso tratado fiscal.” – *in*, *Estudos de Direito Fiscal*, Almedina, Coimbra, 1999, pp. 134-135.

¹⁸ *Cf.* PAULA ROSADO PEREIRA, *Convenções sobre Dupla Tributação no Atual Direito Fiscal Internacional*, *ob. cit.*, p. 89.

¹⁹ Citando as palavras de PAULA ROSADO PEREIRA, “a tese de uma certa correspondência (pelo menos tendencial) entre o nível de tributação num dado Estado e o nível de bens públicos e infraestruturas por este

princípio incide apenas na residência do investidor, desconsiderando adequadamente os custos e os benefícios associados aos investimentos no exterior.

Ante o exposto, entendemos não se assegurar a neutralidade na exportação de capitais, nem na importação de capitais²⁰.

Portanto:

- (i) O princípio da residência no Direito Internacional Fiscal fundamenta-se na conexão pessoal ou subjetiva, associado ao princípio da tributação universal, onde os rendimentos obtidos por residentes, dentro e fora do território, são tributados.

§2. FONTE – UM PRINCÍPIO

A tributação no Estado da fonte, também associado ao princípio da territorialidade²¹ ou “limitação territorial”²², tem como pressuposto a conexão real (*lex rei sitae*), isto é, a localização da origem do rendimento, independente da conexão pessoal exigida pela tributação no Estado da residência.

Por isso, se é verdade que o conceito de residência visa a tributação no Estado da residência, os rendimentos auferidos de um sujeito, independentemente da sua origem, a tributação na fonte objetiva atrair a competência tributária ao Estado onde se gerou rendimento e desenvolveu a atividade²³, sendo independente da nacionalidade ou residência do sujeito contribuinte gerador de rendimento.

proporcionados corrobora a aludida ideia.” – *in*, *Convenções sobre Dupla Tributação no Atual Direito Fiscal Internacional*, *ob. cit.*, p. 90.

²⁰ *Cfr.* KLAUS VOGEL, «Worldwide vs. source taxation of income – A review and re-evaluation of arguments (Parte II)», *Intertax*, n.º 10, 1988, p. 312.

²¹ Neste sentido, *vide* artigo 4.º, n.º 2, do Código do IRC, estipulando que “as pessoas coletivas e outras entidades que não tenham sede nem direção efetiva em território português ficam sujeitas a IRC apenas quanto aos rendimentos nele obtidos.”

²² Sobre este princípio, PAULA ROSADO PEREIRA compreende igualmente ser possível denominá-lo princípio da “limitação territorial”, uma vez que subdivide o princípio da territorialidade em dois, (i) territorialidade objetiva (onde se localiza o facto tributário) e (ii) territorialidade subjetiva (ligação de uma pessoa ao território) – *in* «Em torno dos princípios do Direito Fiscal Internacional», *in* João Ricardo Catarino, Vasco Branco Guimarães (Coord.), *Lições de Fiscalidade – Vol. II – Gestão e Planeamento Fiscal Internacional*, Almedina, Coimbra, 2015, p. 205.

²³ *Cfr.* MATHEUS BERTHOLO PICONEZ, *Os princípios da tributação no Estado da fonte e no Estado da residência e os impactos da economia digital no Brasil e no Mundo*, Renato Faria, Ricardo Silveira, Alexandre Monteiro (Coords.), Saraiva, São Paulo, 2018, p. 121.

Muitas vezes, enfrentamos dificuldades na identificação precisa da proveniência do rendimento, em virtude da complexidade das transações financeiras e comerciais, assim como da natureza transfronteiriça das atividades económicas, que originam questões significativas quanto à tributação adequada desses rendimentos. O contornar destas dificuldades parte da diferenciação de dois critérios: a fonte de produção (de natureza económica) e a fonte de pagamento (de natureza financeira). O primeiro reporta-se ao lugar da produção do rendimento e o segundo ao local onde o rendimento é disponibilizado ou pago.

Sucedem que, a expressão “fonte” não se encontra consagrada pela legislação fiscal interna, CDTs e Convenção Modelo OCDE. Pois, em vez de se usar o termo “fonte” para se referir ao Estado, onde o rendimento é originado, nestes diplomas empregam-se "Estado contratante" e "o outro Estado".

Também neste âmbito, deparamo-nos com fundamentos que sustentam a estrutura tributária no Estado da fonte, primordialmente ressaltando-se o facto da tributação nesse Estado revelar-se mais justa e equitativa pela “forte conexão”²⁴ que se estabelece à atividade económica, originadora de rendimento tributável. Mas, de um modo geral, os argumentos usados por um princípio são os contra-argumentos usados por outro.

Veja-se a questão dos bens públicos e das infraestruturas (i.e., sobre o princípio do benefício) que fundamenta o poder de tributar na fonte. Nesse contexto, o Estado, onde o rendimento é gerado, fornece serviços públicos e infraestruturas necessárias para a sua produção, sendo lógico que, àqueles cuja obrigação recai o participar nos impostos, também resulte num benefício: o usufruir deles. O que, facilita um controlo maior sobre situações de evasão fiscal e até sobre modos de cobrança efetiva de imposto (i.e., mecanismo de retenção na fonte), potenciadas pelas baixas taxas de tributação de determinados Estados, que atraem investidores estrangeiros e competição internacional.

No entanto, o poder tributário no Estado da fonte também é fortemente criticado ao nível da capacidade contributiva, tal como o que ocorre no Estado da residência, embora de maneiras distintas, enquanto incapaz de assegurar a neutralidade na exportação de capitais, distorcendo a tributação, afetando a equidade do sistema e comprometendo a

²⁴ Cfr. PAULA ROSADO PEREIRA, *Convenções sobre Dupla Tributação no Atual Direito Fiscal Internacional*, ob. cit., p. 91.

capacidade contributiva dos contribuintes. Com efeito, este princípio impossibilita a tributação do rendimento de um contribuinte de acordo com suas circunstâncias pessoais e familiares, ou a aplicação de taxas progressivas de tributação.

Em suma:

- (i) O princípio da tributação no Estado da fonte, associado ao princípio da territorialidade, assenta na conexão real (i.e., localização da origem dos rendimentos).

§3. UMA BALANÇA ENTRE A RESIDÊNCIA E FONTE, UM PRINCÍPIO

A propósito do presente tema, instrumentos normativos como CDTs, legislações internas dos Estados, que se reportam a situações plurilocalizadas, promovem a vivência de um “ambiente fiscal internacional (...) extremamente relevante para a análise e apreciação das regras contidas nas CDTs”²⁵ e de princípios operativos fiscais vertidos no seio internacional fiscal.

Evidente é que, o “ambiente fiscal internacional”²⁶ é moldado e influenciado pelos Estados, o que denota a existência de grandes consensos que são escolhas principiológicas e concetuais, significativos na formulação normativa de CDTs e Modelos Convenção.

Como referimos no início deste capítulo, consideramos existirem dois tipos de princípios, distintos, entre eles, os princípios estruturais e os princípios operativos. Os primeiros reportam-se, no seio do Direito Internacional Fiscal, aos princípios da soberania, equidade e neutralidade, os quais, essencialmente, formam os fundamentos (valores) da ordem jurídico-tributária internacional. Por seu turno, os segundos remontam-se, também no âmbito do Direito Internacional Fiscal, aos princípios da fonte, residência e estabelecimento estável (no tocante à repartição tributária entre os Estados); aos princípios da universalidade e territorialidade (quanto à amplitude do poder tributário dos Estados); por último, sobre os princípios da eliminação da dupla tributação no Estado da residência, tributação como entidades independentes, tributação distinta e sucessiva de

²⁵ *Cfr.* PAULA ROSADO PEREIRA, *Convenções sobre Dupla Tributação no Atual Direito Fiscal Internacional*, *ob. cit.*, p. 43.

²⁶ *Ibidem.*

sociedade e sócios, da não-discriminação tributária (no que concerne a outras matérias de tributação).

A doutrina tem desenvolvido e aprofundado aquilo a que denominamos de princípios operativos e que escapam aqueles princípios estruturais *supra* mencionados que, como referimos no início deste capítulo, não estudaremos aqui, por tão só o Direito Internacional Fiscal operar sobre situações tributárias plurilocalizadas. Não obstante, apenas consideraremos o princípio da soberania, um dos princípios estruturais, uma vez que assume, em qualquer Estado, importância significativa, mais que não seja pela sua crescente limitação derivada das CDTs, legislações internas e territorialidade do imposto. Assim, compreendemos existirem elementos de conexão entre a situação tributária internacional e os elementos constitutivos do Estado: povo, território e poder político²⁷. Como tal, encara-se a soberania tributária como uma expressão específica da soberania do Estado que lhe confere a prerrogativa de instituir e efetivar a sua própria política fiscal, exercendo os seus poderes tributários sobre situações tributárias internas e internacionais com elementos de conexão relevantes com esse Estado, além de participar em negociações de matriz tributária com outros Estados²⁸.

Das considerações acima expostas, observamos a importância que os Estados assumem na determinação de elementos de conexão, aos quais se atribuem relevância tributária, mas também na própria delimitação da soberania tributária que, em grande medida, coincidem com os da delimitação da sua soberania política²⁹. Assim, “teremos o Estado soberano com personalidade jurídica internacional quando um povo se estabelecer livremente num território e aí criar e exercer o seu poder político soberano,” mediante um exercício “do poder de auto-organização ou da competência das competências (“*Kompetenz-Kompetenz*”)”³⁰. A personalidade internacional de um Estado soberano manifesta-se pela sua unidade, evidenciada na autoridade do Governo que, salvo ressalva

²⁷ Para ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA E FAUSTO DE QUADROS, “O Estado nasce como sujeito de Direito Internacional assim que reunir os três elementos que integram o conceito de Estado – a saber, povo, território e poder político soberano (dado que estamos a tratar aqui apenas de Estado soberanos – e independente do seu reconhecimento.” – *in*, *Manual de Direito Internacional Público*, 3.^a ed., Almedina, Coimbra, Reimpressão 2007, pp. 308 e 328.

²⁸ *Cfr.* PAULA ROSADO PEREIRA, *Convenções sobre Dupla Tributação no Atual Direito Fiscal Internacional*, *ob. cit.*, p. 69.

²⁹ *Cfr.* PAULA ROSADO PEREIRA, *Convenções sobre Dupla Tributação no Atual Direito Fiscal Internacional*, *ob. cit.*, p. 70.

³⁰ *Cfr.* ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA E FAUSTO DE QUADROS, *Manual de Direito Internacional Público*, *ob. cit.*, p. 328.

expressa, abrange todo o seu território. Além disso, essa identidade é evidenciada pela sua “permanência”, onde o Governo, apesar das mudanças internas, permanece no mesmo plano internacional, honrando os compromissos assumidos pelos seus antecessores e usufruindo dos direitos adquiridos por eles³¹.

Citando as palavras de Alberto Xavier, “da mesma forma que o Estado tem, como elementos, a população e o território, assim também a soberania se distingue numa soberania pessoal (*Personalhoheit*) e numa soberania territorial (*Gebietshoheit*); a soberania pessoal é o poder de legislar sobre as pessoas que, pela nacionalidade, se integram no Estado, seja qual for o território em que se encontrem; a soberania territorial é o poder do Estado legislar sobre pessoas, coisas ou factos, que se localizam no seu território. Sendo estas as duas facetas da soberania, o Direito Internacional Público reconhece automaticamente ao Estados o poder de tributar até aos limites onde ela se estende, mas recusa-lhes tal poder na medida em que esses limites forem ultrapassados, de tal modo que se um Estado tributar estrangeiros em função de situações que não tenham qualquer conexão com o seu território, estará violando o Direito Internacional, com todas as consequências que daí advêm, desde a invalidade da lei, à responsabilidade internacional.”³²

Portanto, no contexto da soberania tributária dos Estados e tendo em conta os elementos de conexão em referência, teremos sempre presente uma dicotomia no que respeita à fundamentação do poder tributário dos Estados, (i) o Estado da residência que tributa, em regra, rendimentos dos seus residentes assente no princípio da universalidade; e (ii) o Estado da fonte que tributa os rendimentos de não residentes com origem ou proveniência no seu território³³.

Pelo que, a limitação da soberania dos Estados vê-se não só pela existência de consensos internacionais (destacamos a Sociedade das Nações, doravante “SDN”, a Organização de Cooperação e Desenvolvimento Económico, doravante “OCDE” e a Organização das Nações Unidas, doravante “ONU”), como também pela autolimitação dos poderes tributários dos Estados (fundamental para prevenir ou eliminar a dupla

³¹ Cfr. ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA E FAUSTO DE QUADROS, *Manual de Direito Internacional Público*, ob. cit., p. 329.

³² Cfr. ALBERTO XAVIER, *Direito Tributário Internacional*, ob. cit., p. 14.

³³ Cfr. PAULA ROSADO PEREIRA, *Em Torno dos Princípios do Direito Fiscal Internacional – Do Paradigma Clássico do Direito Fiscal Europeu*, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 85 e ss.

tributação internacional³⁴) que e quando confrontados com situações plurilocalizadas, veem as suas receitas fiscais afetadas para esses Estados.

Perante um conflito tributário entre Estados, cabe, assim, recorrer a princípios (determinados por elementos de conexão já acima mencionados) que fundamentam o poder de tributar a um determinado Estado, sendo esses, o princípio da tributação na residência e o princípio da tributação na fonte³⁵.

Certo é que, a escolha pela aplicação de um princípio não faz excluir a aplicação de outro. Em bom rigor, as legislações internas dos Estados e as CDTs, por vezes, determinam competências cumulativas a ambos os Estados, enquanto outras são atributivas (e, por sua vez, privativas) dependendo do rendimento em questão.

O problema emerge precisamente na conciliação destes princípios antagónicos, uma vez que o Direito Internacional Fiscal legitima a tributação dos Estados com base em critérios, seja o da residência, seja o da fonte. É nesta senda que, como acima mencionado, aparecem entendimentos internacionais, nomeadamente, entendimentos por via de CDTs, destinados a resolver problemas de dupla (ou até múltipla) tributação internacional, que têm sido aprimorados em virtude dos esforços de diversas organizações internacionais (SDN, OCDE e ONU). Mas também, distinguir o modo de resolução adotado pelo sistema internacional em termos de fonte e residência como elementos de

³⁴ RUI DUARTE MORAIS salienta e perfilha do entendimento de Avi-Yonah, “para quem o atual sistema fiscal internacional é um autêntico milagre, pois este seria provavelmente o último campo em que seria de esperar um certo grau de acordo entre estados soberanos. Se um rendimento é auferido por um residente de um Estado de fontes situadas noutro Estado e ambos têm legitimidade para o tributar e condições para executar as suas pretensões, então cada Estado estará a abdicar voluntariamente de receitas ao limitar as suas pretensões tributárias, ao reconhecer prioridade ao direito de outro Estado em tributar esse rendimento. O regime fiscal internacional existente, baseado no consenso, é, por tais razões, qualificado por este autor como uma das maiores realizações do Direito Internacional neste século XX.” – in, *Imputação de Lucros de Sociedades Não Residentes Sujeitas a um Regime Fiscal Privilegiado*, Publicações Universidade Católica, Porto, 2005, p. 132, onde se refere a REUVEN S. AVI-YONAH, «The structure of international taxation: a proposal for simplification», *Texas Law Review*, n.º 74, 1996, p. 1301. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/articles/2327> [22.04.2024].

³⁵ Cfr. MANUEL PIRES, *Da Dupla Tributação Jurídica Internacional sobre o Rendimento*, ob. cit., pp. 260-293; ALBERTO XAVIER, *Direito Tributário Internacional*, ob. cit., pp. 226-230; VICTOR UCKMAR, «I trattati internazionali in materia tributaria», in UCKMAR, VICTOR (Coord.) – *Corso di Diritto Tributario Internazionale*, 2.ª ed., CEDAM, Pádua, 2002, p. 100; KLAUS VOGEL et al., *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 German Treaty Practice*, 3.ª ed., Kluwer Law International, London, 1997 (Reimpressão 1999), pp. 9-10.

conexão remonta às suas origens, em 1923, com a Liga das Nações³⁶, baseando-se na premissa da "primeira mordida na maçã", que persiste como o princípio básico que norteia as questões de dupla tributação sobre o mesmo rendimento até os dias de hoje. Segundo este princípio, o Estado onde o rendimento é gerado detém o direito prioritário de tributação sobre esse rendimento, tendo sido, ao longo do tempo, aprimorada e integrada em CDTs, tornando-se num pilar central no tratamento global da dupla tributação.

Conforme observado, a residência não se subsume a um conceito específico e determinado no âmbito do Direito Internacional Fiscal, muito embora seja “amplamente seguida e incorporada em tantos tratados que pode ser considerada parte do Direito Internacional consuetudinário, sendo incorporada nos dois Modelos da OCDE e das Nações Unidas.”³⁷

Assim, no contexto das CDTs, o Modelo Convenção OCDE destaca-se por priorizar o princípio da residência em detrimento do princípio da fonte. Aquando da sua criação, em 1963, a situação tributária era menos complexa e, como tal, era mais fácil identificar a residência como elemento de conexão do que a fonte. Naquela época, o cenário tributário era notavelmente menos intrincado por uma ordem de razões fundamentais que moldavam a interação fiscal entre os países. Em torno da economia global da década de 1960, era menor a globalização e integração económica e, como tal, as transações transfronteiriças eram menos frequentes, resultando numa menor complexidade nas organizações empresariais internacionais. Além disso, o planeamento fiscal internacional das empresas multinacionais era menos sofisticado, devido à sua menor presença global, o que reduzia a elisão fiscal e estratégias para contornar as leis fiscais internas.

No entanto, ao longo de décadas seguintes, entre aquilo que denominamos como residência e fonte, surge um conceito particularmente sensível no que concerne à repartição entre os Estados do poder de tributar, inserido no âmbito do estabelecimento estável, que atribuiu competências tributárias ao Estado onde se exerce uma determinada atividade (concretizado num regime de tributação dos lucros empresariais). Portanto, o

³⁶ Cfr. OECD, *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 - 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, 2015, pp. 24-25. Disponível em <https://doi.org/10.1787/9789264241046-en> [26.01.2024].

³⁷ Cfr. MATHEUS BERTHOLO PICONEZ, *Os princípios da tributação no Estado da fonte e no Estado da residência e os impactos da economia digital no Brasil e no Mundo*, ob. cit., p. 121.

conceito de estabelecimento estável figura um ponto de equilíbrio entre o que é o princípio da residência (baseado no princípio da universalidade) e da fonte (baseado no princípio da territorialidade).

Ora, é certo que a repartição de competências tributárias ocorre entre o Estado da residência e o Estado da fonte, fundamentada num pressuposto – *nexus* ou uma ligação que justifica essas pretensões de tributação – que permite a ligação com os rendimentos gerados e obtidos na jurisdição na fonte.

Por um lado, o princípio do estabelecimento estável obsta à tributação exclusiva pelo Estado da residência, prevenindo a tributação dos lucros pelo Estado no qual as empresas têm residência e permitindo a repartição com o Estado da fonte da origem desses rendimentos.

Por outro, faz depender a tributação no Estado da fonte do pressuposto de que exista um estabelecimento estável nesse território e que tal tributação aos lucros lhe seja imputável. Mais, faz depender a tributação nesse Estado a critérios mais exigentes e restritos, ao nível da conexão com o respetivo Estado, irrelevando, “*per se*, aspetos como a localização no território de um determinado Estado de fornecimento dos bens e da prestação dos serviços, ou a residência da pessoa singular ou coletiva pagadora dos rendimentos resultantes dessa atividade.”³⁸

Por isso, facilmente se espelha a ideia de estabelecimento estável enquanto papel equilibrador entre a residência e a fonte, quando a esta última escapa competência tributária quanto a lucros de atividades que, embora praticadas no seu território, não possuem estruturas dignas³⁹ de se afigurarem num pressuposto de existência de estabelecimento estável.

³⁸ Cfr. PAULA ROSADO PEREIRA, *Convenções sobre Dupla Tributação no Atual Direito Fiscal Internacional, ob. cit.*, p. 114.

³⁹ Cfr. BRIAN J. ARNOLD, «Time Thresholds in Tax Treaties», *Bulletin for International Taxation*, Vol. 62, n.º 6, 2008, p. 218.

Ora, o conceito de estabelecimento estável implica uma “personalização”⁴⁰ da tributação, por forma a garantir-se que entidades não residentes⁴¹ que disponham de estabelecimentos estáveis sejam tratadas equitativamente às pessoas coletivas residentes.

Daí que a competência tributária atribuída ao Estado da fonte quanto a rendimentos empresariais nesse Estado, através de um estabelecimento estável, dependa da verificação de requisitos mais exigentes, enraizados numa relação estável no tempo e no espaço⁴².

Destarte:

- (i) O conceito de estabelecimento estável compreende dois elementos⁴³, (i) “um elemento estático⁴⁴ – i.e., a organização através da qual é exercida uma atividade” e (ii) “um elemento dinâmico⁴⁵ – i.e., que consiste na atividade em si mesma considerada.”⁴⁶
- (ii) Diante disso, torna-se claro que o lucro obtido fora do Estado da residência origina, *de per se*, a tributação de outro Estado (fonte).
- (iii) A distribuição justa do direito de tributar lucros transfronteiriços requer a consideração dos critérios de conexão entre os Estados de residência e da fonte.
- (iv) A evolução deste paradigma, ao longo do tempo, tem tentado equilibrar os interesses dos Estados de residência e da fonte.

⁴⁰ Cfr. PAULA ROSADO PEREIRA, *Convenções sobre Dupla Tributação no Atual Direito Fiscal Internacional*, *ob. cit.*, p. 115.

⁴¹ Neste sentido, MANUELA DURO TEIXEIRA considera que a “tributação por conexão pessoal (no caso dos residentes) e tributação por conexão real (no caso dos não residentes) é afetada por estes desenvolvimentos. Alguns autores consideram que se poderá adicionar àquelas duas formas de tributar uma terceira, a dos não residentes tributados por conexões pessoais, ou seja, os não residentes com estabelecimento estável no Estado da fonte, mediante uma “personalização” do estabelecimento estável.” – *in, A Determinação do Lucro Tributável dos Estabelecimentos Estáveis de Não Residentes*, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 33-34.

⁴² Cfr. LUÍS MENEZES LEITÃO, *O Conceito de Estabelecimento Estável na Tributação do Rendimento, Estudos de Direito Fiscal*, Volume II, 1.^a ed., Almedina, Coimbra, 2007, pp. 138-139.

⁴³ Cfr. JACQUES SASSEVILLE E ARVID SKAAR, «General Report», *Cahiers de Droit Fiscal International*, Vancouver Congress, Vol. 94a, IFA, 2009, p. 23.

⁴⁴ Também referido por “teste de instalação”. – *Vide*, ALBERTO XAVIER, *Direito Tributário Internacional*, *ob. cit.*, p. 265.

⁴⁵ Também referido por “teste de atividade”. – *Vide*, ALBERTO XAVIER, *Direito Tributário Internacional*, *ob. cit.*, p. 265.

⁴⁶ Cfr. RICARDO REIGADA PEREIRA, «O conceito de Estabelecimento Estável», *Cadernos do CEJ, Centro de Estudos Judiciários*, 2016, p. 18. Disponível em: <https://cej.justica.gov.pt/LinkClick.aspx?fileticket=2PGRUr3jmaU%3D&portalid=30> [01.02.2024].

- (v) Os esforços para resolver problemas de dupla tributação internacional e evitar a erosão da base tributária são impulsionados por organizações internacionais (SDN, OCDE e ONU) e pela autolimitação das competências tributárias dos Estados.
- (vi) “O conceito de estabelecimento estável é um dos conceitos fulcrais em torno do qual se articula todo o Direito Internacional, revestindo neste domínio alcance comparável com o conceito de domicílio no Direito Internacional Privado”⁴⁷.

CAPÍTULO II

UMA HISTÓRIA, UMA EVOLUÇÃO

O conceito de estabelecimento estável é um conceito muito curioso, não apenas pela sua relevância fiscal internacional, mas também pela sua evolução progressiva, que acabou por ser institucionalizado nos inícios do século XX. Dentro do quadro jurídico português, notamos que o conceito nunca foi objeto de tamanha atenção ou de tantas alterações por parte do legislador interno, como se verifica à presente data.

As origens deste conceito remontam ao século XIX, mais especificamente ao ano de 1845, quando foi utilizado na Prússia com o intuito de evitar a dupla tributação entre os municípios prussianos e Estados Germânicos, especialmente, nos casos de *länder*⁴⁸ germânicos, os quais, após a unificação em 1871, se consolidaram como o Império Unificado Alemão. Somente em 1891, na Prússia, é que o termo foi oficialmente codificado, abrangendo empreendimentos comerciais, operações filiais e pontos de venda⁴⁹.

Nesta altura, vivia-se a revolução industrial que envolveu enormes desenvolvimentos industriais na procura de novos mercados para a obtenção de matéria prima, levando à deslocalização de atividades económicas para outras jurisdições⁵⁰. A

⁴⁷ Cfr. ALBERTO XAVIER, *Direito Tributário Internacional*, ob. cit., pp. 306-307.

⁴⁸ Após a unificação, os Estados, embora passassem a pertencer ao Império Unificado Alemão, mantinham uma certa autonomia regional, sob a forma de *Länder*.

⁴⁹ Cfr. MICHAEL KOBETSKY, *International Taxation of Permanent Establishments: Principles and Policy*, Cambridge University Press, New York, 2011, p. 110.

⁵⁰ Cfr. RITA CALÇADA PIRES, *Tributação Internacional do Rendimento Empresarial Gerado Através do Comércio Eletrónico – Desvendar Mitos e Construir Realidades*, Almedina, Coimbra, 2011, p. 230.

verdade, é que as empresas dependiam do capital fixo e, como tal, criavam uma ligação do negócio ao local da residência que, por sua vez, determinava a imobilidade dessas mesmas empresas. De tal modo que, a própria definição de estabelecimento estável assenta na identificação de um local ou instalação fixa, a partir da qual é exercida a atividade por alguém não residente.

É no contexto do investimento em capital fixo, fortemente impulsionado pelos avanços da revolução industrial e pelas necessidades inerentes à expansão comercial, que surge o conceito de estabelecimento estável. Passamos, por isso, a compreender a importância das empresas se estabelecerem, enquanto instalações fixas, em determinados locais capazes de orientarem a sua produtividade económica e, ainda, a possibilidade de rendimentos resultantes dessa atividade gerarem fontes de rendimento num outro espaço, que não o da residência.

Portanto, é sob o domínio da Segunda Revolução Industrial, que ocorreu no final do século XIX, que se regista um crescimento da produção industrial e significativo aumento nas atividades económicas transnacionais. Os avanços tecnológicos, como a produção em massa, o desenvolvimento de novas indústrias (química e elétrica) e uma expansão sem precedentes do comércio internacional levou ao aumento da globalização económica e da mobilidade do capital, resultando num conflito de competências tributárias entre o Estado da residência e o Estado da fonte.

Consequentemente, o conflito tomou importância com o surgimento de situações ligadas à obtenção de lucros por multinacionais em jurisdições diferentes do da sua sede. Assim, para fazer face aos problemas que destas situações advêm, utilizou-se, pela primeira vez, o conceito de estabelecimento estável, em 1899, no Tratado Fiscal Internacional celebrado entre o Império Austro-Húngaro e a Prússia, o qual estabeleceu a verificação de determinados pressupostos na tributação num outro Estado de uma empresa não residente.

O conceito de estabelecimento estável definiu-se, nesta altura, abrangendo: um local de negócios situado num outro Estado; atividades comerciais desenvolvidas por agentes; e um local mantido para compras, o que nos permite afigurar que, desde as origens do próprio conceito, já se vislumbrava a inclusão da ideia de “estabelecimento estável – agência” que será objeto de análise em capítulos subsequentes.

A evolução histórica do conceito de estabelecimento estável, no contexto da tributação internacional, é marcada por um precedente seminal na jurisprudência alemã do século XIX. Em 1886, o Tribunal Administrativo do Grão-Ducado de Baden (*Verwaltungsgerichtshof*⁵¹) determinou que agentes situados num outro Estado responsáveis por fornecer prémios de seguros de vida para uma empresa na Alemanha, deviam criar estabelecimento estável nesse Estado, ainda que as atividades não fossem diretamente conduzidas pela empresa. Através desta decisão, que representa um marco importantíssimo no campo de tributação internacional fiscal ao relacionar a tributação de rendimentos no Estado onde as atividades são desempenhadas por agentes instalados nesse Estado, serviu-se também de base para o desenvolvimento de cláusulas de Tratados Fiscais Internacionais Modelo no século XX.

Com o fim da Primeira Grande Guerra Mundial (1914-1918) e com o Pós-Guerra, havia uma necessidade enorme de reconstrução e recuperação económica mundial. Este período, fortemente marcado por um aumento de investimentos estrangeiros e avanços na manufatura e transportes, manifestou especial importância do ponto de vista fiscal internacional, uma vez que se potenciavam situações de dupla tributação internacional, identificadas como um grande obstáculo para a reconstrução das finanças públicas mundiais⁵².

Para resolver este problema, reuniram-se esforços internacionais na definição de critérios de repartição de competências tributárias que foram, em parte, desenvolvidos no seio da Liga das Nações (1928) e da Câmara do Comércio Internacional (1919) com o desenvolvimento de um Modelo Convenção para combater a dupla tributação e prevenir a fraude e evasão fiscais. Por isso, com a necessidade de harmonização fiscal e cooperação entre os Estados, a Liga das Nações priorizou solucionar questões apresentadas num relatório em 1923 baseado na lealdade económica, isto é, entre a residência e a fonte. Por sua vez, permitir-se-ia o desenvolvimento económico entre os

⁵¹ *Cfr.* JOHANN HATTINGH, «On the Origins of Model Tax Conventions: Nineteenth-Century German Tax Treaties and Laws Concerned with the Avoidance of Double Tax», *Studies in the History of Tax Law*, Vol. 6, Ed. John Tiley, Oxford, 2013, pp. 31e 52. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3007067> [13.03.2024].

⁵² *Cfr.* League of Nations, «Brussels Financial Conference, 1920: the recommendations and their application, a review after two years (1922-1923)», Bruxelas, 1920, p. 228; Disponível em: <https://archive.org/details/brusselsfinancia00leaguoft> [03.02.2024].

vários Estados e facilitar-se-ia a mobilidade das empresas e dos investimentos internacionais, garantindo ao mesmo tempo uma tributação justa e equitativa.

Curioso é, como após terem sido vários Estados submetidos a um inquérito sobre a tributação transfronteiriça⁵³, a maioria deles se inclina para a prevalência da fonte sobre a tributação na residência. Contudo, por decisão do Comité, acabou-se por dar primazia à tributação no Estado da residência, sendo, facilmente, perceptível que, em torno deste cenário, a prevalência da residência sobre a fonte como princípio dominante na tributação internacional se deveu a interesses de investidores que se encontravam, em grande maioria, integrados nestas instituições.

Mas, as questões fiscais foram cometidas ao Comité de Especialistas Técnicos que, entre outras funções, iniciou o trabalho de preparação de projetos de convenções fiscais que pudessem abranger geralmente a diversidade dos sistemas jurídicos dos Estados, considerando, até, nesta altura, a possibilidade de ser assinado por tantos Estados quanto possível. Como tal, criou-se a primeira Convenção Modelo pela Liga das Nações, publicada em 1927, que integra e introduz noções basilares do conceito de estabelecimento estável⁵⁴.

No entanto, este conceito foi sendo delineado progressivamente graças aos esforços, estudos e trabalhos realizados no seio das organizações internacionais. É facto que a Segunda Guerra Mundial (1939-1945) afetou negativamente os trabalhos da Liga das Nações, tendo sido, nesse contexto, que se verificaram grandes avanços na definição de estabelecimento estável (com a SDN). Este avanço ocupou lugar no artigo V do Protocolo, anexo aos Modelos das Convenções do México (1943) e de Londres (1946), por iniciativa do Comité Fiscal da Liga das Nações que pedia para que a Convenção Modelo fosse revista até 1939 para refletir o progresso técnico na redação de Tratados ocorridos nos 11 anos anteriores. A partir desse trabalho foram publicados mais dois projetos de Tratados Modelo – a Convenção Modelo do México e a Convenção Modelo de Londres.

⁵³ *Cfr.* League of Nations, Economic and Financial Commission, *Report on Double Taxation Submitted to the Financial Committee*, by Professor Bruins, Einaudi, Seligman and Sir Josiah Stamp, Geneva, 1923, p. 112.

⁵⁴ ARVID AAGE SKAAR destaca a importância do “critério da produtividade” (“*productivity test*”) na determinação de um estabelecimento estável num Estado, isto é, o local de negócios deve visar atividades que contribuam positivamente para os lucros do mesmo. – *in*, *Permanent Establishment: Erosion of a Tax Treaty Principle*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Boston, 1991, p. 78.

As sucessivas conferências realizadas no México (composto por países não envolvidos⁵⁵ na Guerra), no início dos anos quarenta, por um Subcomité Fiscal da Liga das Nações, resultaram na criação de uma Convenção Modelo do México⁵⁶, que advoga a tributação pelo país de origem dos rendimentos para países em desenvolvimento. Após o término da Segunda Guerra, a Liga das Nações ao retomar novamente os trabalhos em Londres, dedicou-se à repartição de competências tributárias entre os Estados e, muito embora tivesse tomado em consideração os fundamentos tributários consagrados na Convenção Modelo do México, manteve a prevalência da tributação no Estado da residência.

Embora as definições relativas ao conceito de estabelecimento estável tenham permanecido consistentes em ambos os Modelos, com requisitos cumulativos baseados (i) num local fixo de negócios e (ii) contribuição produtiva para os lucros da empresa⁵⁷, a jurisdição fiscal internacional sobre os lucros variou significativamente. O Modelo do México permitia uma tributação mais ampla no Estado da fonte, refletindo o desejo de maximizar a tributação dos lucros. Em contraste, o Modelo de Londres estabelecia um limite mais alto para tributação no Estado da residência, visando restringir os direitos tributários dos países da fonte.

O conceito de “estabelecimento estável – agente independente” foi desenvolvido nos dois Modelos, estabelecendo que atividades realizadas por um agente independente, como um corretor ou comissário, estariam isentas de tributação nesse Estado, visando prevenir possíveis abusos fiscais. Critérios foram estabelecidos para identificar um agente como independente, incluindo a sua capacidade de representar a empresa e a existência de um contrato de trabalho. Além disso, foram delineadas condições para desqualificar um agente como independente, tais como que (i) fosse o uso habitual do nome da empresa e celebração de contratos em nome da empresa; (ii) fosse um funcionário assalariado da empresa e realizasse negócios habitualmente em seu nome; (iii) mantivesse habitualmente, para efeitos de venda, um *stock* de mercadorias que pertencesse à empresa. Quatro critérios adicionais foram identificados para determinar se uma empresa possuía

⁵⁵ A título de exemplo, Estados Unidos da América, doravante “EUA”, Canadá e países da América Latina.

⁵⁶ Nas conferências no México, os participantes representavam predominantemente países importadores de capital, incluindo Argentina, Bolívia, Canadá, Chile, Colômbia, Equador, México, Peru, EUA, Uruguai e Venezuela.

⁵⁷ *Cfr.* League of Nations, Economic and Financial Commission, *London and Mexico Model Tax Conventions: Commentary and Text*, Document C.88.M.88.1946.II.A, Geneva, 1946, pp. 13-14.

um “estabelecimento estável – agente”, incluindo (i) o poder de representação do agente, (ii) a existência de um contrato formal, (iii) a gestão de *stock* de mercadorias pelo agente e (iv) o pagamento das despesas do agente pela empresa. Por fim, curioso é, como nesta altura, se consagrou o tipo “estabelecimento estável – construção” para atividades que tivessem uma duração mínima de 12 meses.

Assim nasceu a Organização de Cooperação e Desenvolvimento Económico, OCDE, com a missão de reexaminar o conceito de estabelecimento estável, e ao qual se vinham imputando diferentes noções nas CDTs firmadas entre diferentes Estados. Por sua vez, o Comité Fiscal encarregou-se da elaboração de um Modelo de Convenção sobre a Dupla Tributação (1963) que integrava um conceito próprio de estabelecimento estável e que, até os dias de hoje, não só é utilizado por muitos países, como permanece inalterado⁵⁸, tanto ao nível das convenções internacionais, como ao do direito interno⁵⁹.

Muito embora a presença deste conceito se mantenha quase inalterável, têm-se tomado sucessivos aperfeiçoamentos diante dos desafios impostos pelo planeamento fiscal agressivo e crescente digitalização da economia. No contexto do Plano para o Combate à Erosão da Base Tributária e à Transferência de Lucros (*BEPS*) desenvolvido pela OCDE, recentemente, discutiu-se o conceito de estabelecimento estável, particularmente no âmbito da Ação 7, que visa, em grande parte, evitar interpretações abusivas do próprio conceito, as quais podem originar situações de erosão da base tributária e de transferência de lucros.

O Projeto *BEPS* surgiu em torno dos desafios impostos pelo G/20, um grupo composto pelas maiores economias do mundo, devido à crescente preocupação internacional com as práticas de elisão fiscal utilizadas por empresas multinacionais para reduzir a sua carga fiscal. Com efeito, em 2013, a OCDE publicou o Relatório e Plano de Ação *BEPS*⁶⁰ e, logo após, entre 2014 e 2016⁶¹ identificaram-se 15 áreas de ação para colmatar lacunas e fraquezas existentes nos sistemas internacionais fiscais, abrangendo

⁵⁸ Cfr. Artigo 5.º da CM OCDE (2017).

⁵⁹ No ordenamento jurídico português, o modelo adotado para definir o conceito de estabelecimento estável é, desde a sua origem, conforme o disposto no artigo 5.º do Código do IRC (comum ao do Código do IRS), o mesmo modelo adotado pela Convenção da OCDE, que atribui prevalência à residência sobre a fonte.

⁶⁰ Cfr. OECD, *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing, Paris, 2013. Disponível: <https://doi.org/10.1787/9789264192744-en> [18.04.2024]; Cfr. OECD, *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting – Report*, OECD Publishing, Paris, 2013. Disponível: <https://doi.org/10.1787/9789264202719-en> [18.04.2024].

⁶¹ Cfr. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/beps/> [18.04.2024].

uma variedade de questões, desde a tributação da economia digital até à prevenção da elisão fiscal por meio da manipulação de preços de transferência e da utilização de paraísos fiscais.

Entre as principais ações do Projeto *BEPS* e com os aumentos das atividades relacionadas com a economia digital, destaca-se, ainda, a necessidade de reavaliar os conceitos de residência e estabelecimento estável no contexto da tributação internacional. Como mencionámos *supra*, das 15 ações identificadas, destacaremos três, cuja relevância se assume no âmbito da presente dissertação.

(i) Ação 1 – Enfrentar os desafios fiscais da economia digital

A Ação 1 do Projeto *BEPS* aborda os desafios da tributação na economia digital, reconhecendo a inadequação das regras atuais baseadas na “presença física”, para lidar com negócios digitais desmaterializados. Propõe a identificação de novos critérios de conexão, como a "presença digital significativa" e um abandono do conceito tradicional de “presença física”, reconhecendo que o valor é criado essencialmente no mercado consumidor. Essa ação, embora não apresente medidas concretas, impõe um alinhamento de regras tributárias, no contexto da economia digital e económico atual, remetendo a respetiva discussão para fases posteriores – *BEPS 2.0*⁶².

(ii) Ação 7 – Impedir a evasão artificial do estatuto de estabelecimento estável

Nesta ação, a Ação 7 do Projeto *BEPS*, são propostos ajustes (refletidos na versão da Convenção Modelo OCDE de 2017, artigo 5.º e Comentários, no Instrumento Multilateral (“*Multilateral Instrument*”), doravante “MLI” e nas legislações internas do Estados), ao conceito de estabelecimento estável, com o intuito de evitar estratégias de elisão fiscal, como a fragmentação temporal de contratos entre entidades relacionadas. O objetivo é suprir lacunas existentes e fortalecer o conceito de “estabelecimento estável – pessoal”, sem descaracterizá-lo e, também,

⁶² Após sucessivos desenvolvimentos, em 2021, chega-se a um consenso internacional relativamente ao alocar de competências tributárias sobre os rendimentos empresariais à jurisdição do mercado – Pilar Um (*Pillar One, Amount A*). – *Cfr.* OCDE/G20, Inclusive Framework, «Statement on a Two-Pillar Solution to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy», *OECD Publishing*, 2021, (ao qual aderiram 139 Estados). Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/beps/statement-on-a-two-pillar-solution-to-address-the-tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy-october-2021.htm> [18.04.2024].

clarificar quais as atividades que são consideradas como “preparatórias” ou “auxiliares”. Contudo, não se sugere uma revisão profunda do conceito “presença física” para os rendimentos empresariais.

- (iii) Ação 15 – Desenvolver um instrumento multilateral para alterar as convenções fiscais bilaterais

Esta iniciativa assenta num instrumento multilateral, denominado MLI⁶³, com o propósito de facultar aos Estados a realização de ajustes nas CDTs já existentes. Tenta-se integrar de maneira eficaz as recomendações provenientes das demais ações do Projeto *BEPS*, sem demandar negociações bilaterais individuais. Conforme ante exposto, as medidas desenvolvidas pela Ação 7 vieram-se a incorporar na Parte IV, do MLI, (artigos 12.º a 15.º).

Portanto, tal como referido, o conceito de estabelecimento estável, embora assente tradicionalmente num elemento real e pessoal, tem evoluído, na sequência das demais ações do Projeto *BEPS*. Essa evolução tem-se manifestado, especialmente, na modificação do MLI, na Parte IV (artigos 12.º a 15.º), na Convenção Modelo OCDE e seus Comentários, com o intuito de reforçar as salvaguardas contra potenciais abusos vinculados ao conceito de estabelecimento estável.

Assim, podemos concluir da seguinte forma:

- (i) O conceito de estabelecimento estável revela-se muito curioso pela sua relevância fiscal internacional e sua evolução temporal que se institucionalizou nos inícios do século XX.
- (ii) As revoluções industriais impulsionaram um desenvolvimento industrial massivo e uma expansão do comércio internacional, resultando na deslocalização de atividades económicas para outras jurisdições, gerando conflitos de competências tributárias entre o Estado da residência e o da fonte.

⁶³ O MLI foi assinado no dia 7 de julho de 2017 por 68 países que inclui Portugal. As Convenções fiscais celebradas pelos Estados participantes do MLI só se consideram modificadas, após um período de três meses do depósito do instrumento de ratificação e, somente, se o outro Estado contratante na mesma Convenção também tiver aderido ao MLI, aceitando as mesmas disposições, após o mesmo período de três meses de ratificação.

- (iii) Para fazer face a estes problemas fiscais, o conceito de estabelecimento estável ficou definido, pela primeira vez, no Tratado Fiscal Internacional entre o Império Austro-Húngaro e a Prússia.
- (iv) Após as Guerras Mundiais, as Convenções Modelo do México e de Londres foram estabelecidas para resolver problemas de dupla tributação e prevenir a evasão fiscal, numa altura em que os investimentos estrangeiros, os avanços na manufatura e transportes se expandiam para outros Estados.
- (v) As definições relativas ao conceito de estabelecimento estável permaneceram consistentes em ambos os Modelos Convenção, com requisitos cumulativos baseados (i) “num local fixo de negócios” e (ii) “contribuição produtiva para os lucros da empresa”.
- (vi) A Convenção Modelo do México visava a tributação no Estado da fonte, ao invés da Convenção Modelo de Londres, que visava a tributação no Estado da residência.
- (vii) Com o Projeto *BEPS*, tomaram-se medidas (v.g., 15 áreas de ação) destinadas a adaptar o conceito de estabelecimento estável, às atividades relacionadas com a economia digital, o que implicava a revisão do conceito de residência.
- (viii) O conceito de estabelecimento estável, embora assente tradicionalmente nos elementos (i) real e (ii) pessoal, tem evoluído, na sequência das demais ações do Projeto *BEPS*.

CAPÍTULO III

TIPOS E PILARES DA PRESENÇA EMPRESARIAL NUMA ERA DESADEQUADA

Não podemos ignorar a necessidade premente de analisar e legislar sobre as demandas colocadas no início do século XX, as quais, hoje, não se mostram as mais apropriadas. Sobre aquilo que se considera ser crucial e o meio apropriado (presença física) para determinar o grau de envolvência das atividades desenvolvidas de uma sociedade não residente num outro Estado, agora tende-se entender não o ser.

Tradicionalmente, o conceito de estabelecimento estável, definido no artigo 5.º da Convenção Modelo OCDE, pressupõe a existência, ainda que alternativos, de dois

requisitos distintos: a existência de uma instalação fixa (“*physical permanente establishment*” – estabelecimento estável real ou objetivo) ou agente dependente (“*agency permanente establishment*” – estabelecimento estável pessoal ou subjetivo).⁶⁴

Contudo, este paradigma encontra-se desadequado face à evolução das atividades comerciais e à crescente globalização económica. Cada vez mais, as empresas inserem-se numa “era digital” e “era virtual”, realizando e estabelecendo, por esse meio, relações comerciais, desafiando a noção convencional de “localização física” da empresa. Como tal, os desafios à recriação ou desenvolvimento de um novo conceito de estabelecimento estável crescem, uma vez que nem sempre este conceito tradicional consegue abarcar adequadamente estas novas realidades comerciais.

A presença de práticas flexíveis por parte dos trabalhadores, associadas aos conceitos de *home office* e nomadismo digital, impulsionadas pela pandemia criada pela Covid-19, também evidenciam a inadequação deste paradigma.

Nos últimos anos, a humanidade deparou-se diante de uma situação pandémica que impediu a mobilidade de inúmeras pessoas, muitas das quais vinculadas a empresas por meio de contratos laborais, para os seus países de origem. Atualmente, constata-se que a ideia de “trabalhar em qualquer lugar” marcou um ponto de inflexão, evidenciando a incapacidade de resposta na adaptação de um conceito perante a globalização, volatilidade económica e mudanças tecnológicas.

É uma tendência crescente, materializada pela expansão do nomadismo digital, que se observa não só no regime de trabalho em *home office*, mas também no regime de trabalho híbrido ou flexível⁶⁵, suscitando dúvidas consideráveis entre muitos Estados quanto às regras de aplicação temporárias previstas no conceito de estabelecimento estável, no contexto da situação pandémica vivenciada. Sobre esta matéria, veio a OCDE

⁶⁴ Cfr. KLAUS VOGEL, et al., *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 German Treaty Practice*, ob.cit., pp. 280 a 282.

⁶⁵ Necessário é distinguir o conceito de *home office* e o de teletrabalho, pois, embora relacionados, o primeiro é mais abrangente e informal, referindo-se ao trabalho realizado em casa, sem necessariamente depender de tecnologias de informação. Neste caso, não se considera teletrabalho. Por outro lado, o segundo corresponde a uma modalidade mais formal e estruturada de trabalho remoto, geralmente, estabelecida por acordo entre o empregador e o trabalhador. – Cfr. ADRIANA RODRIGUES VIEIRA, *Home Office, Estabelecimento Estáveis e Nómadas Digitais*, Almedina, Coimbra, 2023, p. 27.

clarificar, através de orientações⁶⁶ por si emitidas, o modo de interpretação e aplicação das regras fiscais internacionais existentes às circunstâncias atuais, em abril de 2020, revisto, posteriormente, em janeiro de 2021.

Assim, orientaremos a análise do presente trabalho quanto à comparação dos diversos tipos de estabelecimento estável presentes na Convenção Modelo OCDE, confrontando-os com os preceitos da Convenção Modelo ONU e, igualmente, com o regime português. Consequentemente, mostra-se não só prudente como pertinente embasar a investigação sobre o conceito de estabelecimento estável real e pessoal, nos termos definidos pela Convenção Modelo OCDE.

Pautamo-nos, assim, pelo seguinte:

- (i) O conceito tradicional de estabelecimento estável, assente em "instalações fixas" ou "agentes dependentes", mostra-se inadequado diante das mudanças vividas pela "era digital" e pelo aumento de casos relacionados com o *home office*, em grande parte, impulsionadas pela pandemia da Covid-19.
- (ii) A desadequação do conceito é maior, importando analisar a problemática que emerge da sua própria delimitação: discernir em que circunstâncias específicas se assevera a existência de um estabelecimento estável num Estado, passível de neste ser tributado.
- (iii) Os critérios frequentemente empregues e suscitadores de controvérsia sobre o conceito de estabelecimento estável encontram-se regulados

⁶⁶ A OCDE, confrontada com circunstâncias advindas da pandemia Covid-19, considerou que os colaboradores, que desenvolviam atividades laborais a partir de casa, não satisfaziam o critério de "permanência" para a qualificação de um estabelecimento estável, uma vez que a empresa não exerce um "controle" sobre o escritório em casa. Noutras palavras, a atividade desenvolvida em casa não se encontrava à "disposição" da empresa. No entanto, após o levantamento destas medidas, se se verificasse continuidade dessas atividades realizadas a partir de casa, atribuir-se-ia um certo grau de permanência e, por conseguinte, criar-se-ia um estabelecimento estável. Contudo, a OCDE não emitiu orientação precisa sobre a definição –"à disposição" do trabalhador –, sendo necessário realizar uma análise cuidadosa sobre cada caso. – *Cfr.* OCDE, «OECD Secretariat analysis of tax treaties and the impact of the Covid-19 crisis», *OECD Publishing*, 2020, Parágrafos 8 - 9, p. 2. Disponível em: <https://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/oecd-secretariat-analysis-of-tax-treaties-and-the-impact-of-the-covid-19-crisis-947dcb01/> [19.04.2024]; OCDE, «Update guidance on tax treaties and the impact of the Covid-19 pandemic», *OECD Publishing*, 2021, Parágrafos 1-19, pp. 3-7. Disponível em: <https://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/oecd-secretariat-analysis-of-tax-treaties-and-the-impact-of-the-covid-19-crisis-947dcb01/#section-d1e13> [19.04.2024].

primordialmente na Convenção Modelo OCDE, modelo cujos critérios são reiteradamente utilizados pelas CDTs⁶⁷.

§1. ESTABELECIMENTO ESTÁVEL REAL – UMA INSTALAÇÃO FIXA

Em primeiro lugar, para efeitos da Convenção Modelo OCDE, considera-se “estabelecimento estável – real” aquele que se baseia numa “instalação fixa” (*fixed place of business*), “através da qual a empresa não residente exerce toda ou parte da sua atividade.”⁶⁸ Esta é a norma tradicional⁶⁹ que serve de referência para determinar a existência de um estabelecimento estável, refletindo o seu caráter estabilizador, tanto pela sua presença num outro Estado, como para a empresa investidora.

A este respeito, contempla ainda a Convenção Modelo OCDE outras situações possíveis de configurarem (ou não) um estabelecimento estável, nos números 2 e 4 do mesmo artigo, denominados, respetivamente, de “lista positiva” e “lista negativa”.

Do exposto, resulta necessário que se verifiquem, para se afigurar a possível existência de um estabelecimento estável, três requisitos cumulativos, entre os quais destacamos: (i) existência de uma instalação à disposição da empresa; (ii) a existência de uma instalação fixa e, por último, (iii) a existência de uma instalação na qual se desenvolva a atividade da empresa.

Vejamos quanto ao primeiro requisito, que a instalação tem de estar à disposição da empresa não residente, para o exercício da sua atividade, devendo esta deter um controlo efetivo do espaço, irrelevando para tal a detenção de um direito jurídico formal⁷⁰

⁶⁷ Cfr. FÁBIO TEIXEIRA FRANCO, *O Conceito de Estabelecimento Estável no comércio electrónico*, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2011, p. 27. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10451/11789> [19.03.2024].

⁶⁸ Cfr. Artigo 5.º, n.º 1, da CM OCDE (2017).

⁶⁹ Os autores LUÍS MENEZES LEITÃO e MARIA CELESTE CARDONA comparam a evolução do conceito de “estabelecimento estável” definida no Código de Contribuições Industriais com a atual redação do artigo 5.º, da CM OCDE. No primeiro, a ideia de “estabelecimento estável” servia de critério para determinar a tributação dos municípios prussianos, isto é, os “estabelecimentos estáveis” aí situados eram tributados, ainda que os titulares se encontrassem noutro lugar. Com base neste princípio histórico, sentiu o legislador internacional necessidade de representar no artigo 5.º da CM OCDE o mesmo conceito, mas mais atual e abrangente. – Cfr. LUÍS MENEZES LEITÃO, *O Conceito de Estabelecimento Estável na Tributação do Rendimento, Estudos de Direito Fiscal, ob. cit.*, p. 138; MARIA CELESTE CARDONA, «O conceito de estabelecimento estável – Algumas reflexões em torno deste conceito», in *Estudos em Homenagem à Dra. Maria de Lourdes Órfão de Matos Correia e Vale*, Centro de Estudos Fiscais, Lisboa, 1995, p. 250.

⁷⁰ Cfr. Parágrafo 11 dos Comentários ao artigo 5.º, n.º 1, da CM OCDE (2017).

sobre um espaço (i.e., direito de propriedade, de locação, entre outros) e que se situe nas instalações de outra empresa.

Por outras palavras, o critério não passa pela averiguação da existência de uma ligação efetiva ao solo, mas tão só pela permanência num determinado Estado. Impõe-se, assim, a existência de um local de negócios ou bens ao dispor da empresa para a prossecução da atividade comercial, onde se compreendem, maquinarias e equipamentos, utilizados nos exercícios das respetivas atividades, independentemente de estarem afetos exclusivamente a esse fim.

O segundo requisito surge para solucionar dificuldades apresentadas pelo requisito acima mencionado, exigindo que, além da “instalação”, esta seja “fixa” e manifeste determinado grau de permanência temporal e geográfico. Não é difícil estabelecer esta relação quando as atividades comerciais são exercidas a partir de um local físico que a empresa utiliza para exercer essa atividade⁷¹.

Tradicionalmente, a ideia de permanência físico-geográfica pressupunha a existência de um estabelecimento estável numa determinada zona (e não um espaço físico, como o que acontece, com as lojas⁷², que pela sua natureza, se encontram num espaço fixo).

Atualmente, a OCDE prefere determinar a existência de um estabelecimento estável, com base na ligação entre a instalação ou o local onde a atividade é realizada e um certo ponto geográfico⁷³, uma vez que existem atividades desenvolvidas em *roulottes*, ou *home office*⁷⁴, entre outras, que se afiguram como verdadeiros estabelecimentos estáveis. Por isso, deixa-se de exigir uma implantação efetiva ao solo⁷⁵.

⁷¹ Os Comentários sugerem que não é necessário realizar uma atividade em si, bastando apenas a existência de um local disponível, a partir do qual se possam conduzir negócios.

⁷² Embora seja um exemplo claro e constantemente utilizado, não está consagrado na “lista positiva” do artigo 5.º, n.º 2, da CM OCDE (2017).

⁷³ *Cfr.* Parágrafo 21 dos Comentários ao artigo 5.º, n.º 1, da CM OCDE (2017).

⁷⁴ Não obstante, um escritório em casa de um trabalhador pode ser considerado como estabelecimento estável. Para tal, considera-se que um estabelecimento estável real existe quando (i) o trabalhador utiliza as instalações de casa para exercer a sua atividade regular e continuamente; (ii) não se limita a atividades meramente “preparatórias” ou “auxiliares”; (iii) existe uma exigência por parte do empregador para que o trabalho seja realizado a partir de casa; – *Cfr.* Parágrafo 18 dos Comentários ao artigo 5.º, n.º 1, da CM OCDE (2017).

⁷⁵ *Cfr.* Parágrafo 5 dos Comentários ao artigo 5.º, n.º 1, da CM OCDE (2017).

A ampliação do leque de atividades é por demais evidente, pois não apenas os Comentários ressaltam que até mesmo maquinaria e equipamentos são passíveis de constituir um estabelecimento estável, mas a própria noção é igualmente definida pela Convenção, ao mencionar "através da qual" a atividade é desenvolvida. Constatase, por isso, um ampliar do escopo do conceito que ultrapassa as instalações físicas tradicionais, como prédios e imóveis.

Já, no que concerne ao período de permanência da instalação, exige-se que esta não possua caráter puramente temporário⁷⁶, não seja necessariamente ativo (bastando caráter regular). Embora o critério para determinar a duração significativa de um estabelecimento estável não decorra expressamente dos Comentários da Convenção Modelo OCDE e do preceito legal do artigo 5.º da mencionada Convenção, a atribuição deste critério depende da conceção normativa consagrada por cada Estado⁷⁷, que, na sua grande maioria, tem optado por seis meses, quando e por alguma razão, a natureza das atividades apenas possa ser realizada durante um curto espaço de tempo⁷⁸, ou, apenas, pontualmente⁷⁹.

A ausência do limite temporal reflete a incoerência por parte de inúmeros Estados, destacando Brian J. Arnold, que estes se encontram à discricionariedade de cada Estado, dado que podem ser expressos em dias, semanas, meses e anos⁸⁰. Defende, tal como fez o legislador português (ao determinar o número de dias necessário para determinar o sujeito como residente português⁸¹), que seja expresso e definido o período temporal em dias⁸², porquanto a aplicação baseada no número de meses se revela ambígua.

⁷⁶ Cfr. Parágrafo 28 dos Comentários ao artigo 5.º, n.º 1, da CM OCDE (2017).

⁷⁷ Impõe registrar, como faz JACQUES SASSEVILLE, que este teste é comumente utilizado por vários Estados, de forma a evitar atividades de curta duração. – Cfr. JACQUES SASSEVILLE E ARVID SKAAR, «General Report», *ob. cit.*, 2009, p. 28.

⁷⁸ Cfr. FERNANDA ANTUNES RUBIM, «Permanent Establishment Risks following Manufacturing and Distributing Restructurings», *Bulletin for International Taxation*, Vol. 66, n.º 6, 2012, p. 3.

⁷⁹ Como exemplo, o *Rock In Rio* ou *Web Summit* que, dada a sua regularidade em determinados períodos do ano, constitui estabelecimento estável. Neste caso, o critério temporal, caracterizado por um "certo grau de permanência", causou divergências entre Estados. Estas residem, desde o princípio, na disparidade temporal entre as Convenções Modelo OCDE e ONU, que resultaram em formulações distintas, interpretações diversas e, conseqüentemente, em diferentes aplicações práticas.

⁸⁰ Cfr. BRIAN J. ARNOLD, «Time Thresholds in Tax Treaties», *ob. cit.*, pp. 223 e ss.

⁸¹ Cfr. Artigo 16.º do Código do IRS. Este dispõe do prazo de 183 dias para que uma pessoa passe a ser considerada residente em Portugal.

⁸² Cfr. BRIAN J. ARNOLD, «Time Thresholds in Tax Treaties», *ob. cit.*, pp. 225 e ss.

Por fim, o terceiro requisito visa garantir que essa atividade seja exercida total ou parcialmente na instalação, ou por meio dela, não sendo relevantes situações com interrupções de operações, embora a continuidade⁸³ seja preferível. Neste contexto, é importante considerar o caráter produtivo global da atividade (*business activity test*)⁸⁴ para determinar a existência de um estabelecimento estável, não sendo imprescindível que as atividades sejam individualmente produtivas.

Chegados à definição geral de estabelecimento estável, importa referir que a Convenção Modelo OCDE, no seu artigo 5.º, número 2, inclui uma “lista positiva”, mas não taxativa, nem exaustiva⁸⁵, de situações suscetíveis de gerarem um estabelecimento estável – i.e., “um local de direção, uma sucursal, um escritório, uma fábrica, uma oficina e diversos locais de extração de recursos naturais”⁸⁶, não obstante existirem outras⁸⁷, fazendo impender sobre os Estados que a assunção como estabelecimento estável seja efetuada à luz dos requisitos acima identificados (i.e., cumprimento do número 1, do artigo 5.º, da Convenção Modelo OCDE – teste da instalação, fixação e duração temporária) e, ainda, como falaremos, posteriormente, dos requisitos, aos quais chamamos de “lista negativa”⁸⁸, que se encontram elencados no n.º 4, do mesmo artigo.

Em síntese, observamos:

- (i) A determinação de um estabelecimento estável pela Convenção Modelo OCDE parte de uma "instalação fixa", refletindo o seu caráter estabilizador, que é complementada por um conjunto de atividades constantes das “listas positiva e negativas”.
- (ii) Impõe-se a verificação de três requisitos cumulativos: (i) existência de uma instalação à disposição da empresa; (ii) existência de uma instalação

⁸³ Cfr. Parágrafo 35 dos Comentários ao artigo 5.º, n.º 1, da CM OCDE (2017).

⁸⁴ Cfr. ARVID AAGE SKAAR, *Permanent Establishment: Erosion of a Tax Treaty Principle*, *ob. cit.*, p. 314.

⁸⁵ Citando as palavras de LUÍS MENEZES LEITÃO “A técnica usada pelo artigo 5.º passa pela indicação de uma cláusula geral a definir o EE, a qual é concretizada através de uma série de exemplo-padrão correspondentes ao conceito, ao mesmo tempo que nos surgem delimitações negativas do referido conceito.” – *in*, *O Conceito de Estabelecimento Estável na Tributação do Rendimento, Estudos de Direito Fiscal*, *ob. cit.*, p. 141.

⁸⁶ Cfr. Artigo 5.º, n.º 2, da CM OCDE (2017).

⁸⁷ Na determinação de um estabelecimento estável, a doutrina enfatiza apenas estruturas físicas, não abrangendo, porém, outros exemplos capazes de se afigurarem como tal: lojas e agências de seguros. – Cfr., ainda, BRIAN J. ARNOLD, «Threshold Requirements for Taxing Business Profits under Tax Treaties», *Bulletin for International Fiscal Documentation*, Vol. 57, n.º 10, 2003, p. 479.

⁸⁸ Cfr. Parágrafo 45 dos Comentários ao artigo 5.º, n.º 2, da CM OCDE (2017).

fixa e, por último, (iii) existência de uma instalação na qual se desenvolva a atividade da empresa.

- (iii) O avanço tecnológico e novas formas de atividades, como as desenvolvidas nas *roulottes*, *home office*, entre outras, alteraram a noção tradicional do conceito, permitindo uma interpretação mais ampla, ao considerar atividades realizadas mediante a utilização de maquinarias e equipamentos. Notamos a decadência do pressuposto anteriormente exigido - uma implantação efetiva ao solo.
- (iv) Embora não exista limite temporal fixo, muitos Estados adotam o mínimo de 6 meses.
- (v) Pelo que, consideramos que a averiguação da presença humana já não é requisito imprescindível (i.e., condição *sine quo non*) para a determinação da existência de um estabelecimento estável, ao invés do que sucedia, anteriormente, em virtude de um conjunto de situações relacionadas com o avanço tecnológico.

§2. ESTABELECIMENTO ESTÁVEL – CONSTRUÇÃO

O conceito de estabelecimento estável é uma construção oriunda de tempos anteriores à Segunda Guerra Mundial, sobretudo, devido ao aumento de projetos de construção que atravessavam as fronteiras estaduais e regionais⁸⁹ (v. g. construção de estradas, pontes, edifícios, etc). Estas atividades envolviam, frequentemente, a colaboração entre empresas e especialistas de inúmeros Estados, suscitando consideráveis exigências ao nível da regulação fiscal pela complexidade de questões tributárias envolvidas. Para esclarecer possíveis incertezas regulatórias, determinou-se que qualquer estaleiro de construção, independentemente das suas dimensões, fosse qualificado como estabelecimento estável para fins de tributação, em virtude da sua forte conexão com o Estado onde as obras eram realizadas (Estado da fonte).

Pela primeira vez, a noção de estaleiro de construção enquanto tipo de estabelecimento estável foi introduzida na legislação alemã, em 1930, dada a posição

⁸⁹ Cfr. HANS PIJL, «The Relationship between Article 5, Paragraphs 1 and 3 of the OECD Model Convention», *Intertax*, Vol. 33, n.º 4, Kluwer Law International, 2005, p. 189.

financeiramente poderosa do Estado para investir em construções⁹⁰ e a sua influência socioeconómica proeminente nos projetos de edificação de outras nações, no período subsequente à Guerra. A mesma ideia foi, posteriormente, incorporada na Convenção entre a Finlândia e a Suécia, mas apenas no contexto de construção de edifícios. Somente, mais tarde, é que essa conceção foi incluída na lista exemplificativa do artigo 5.º, número 2, da Convenção Modelo OCDE, por iniciativa do *Mexico Draft* (1943) e *London Draft* (1945).

Com decurso do tempo, o caso específico do “estabelecimento estável – construção” passou a ser regulamentado de forma independente, conforme previsto no artigo 5.º, número 3, da Convenção Modelo OCDE, refletindo uma dualidade contemporânea relacionada com a mobilidade intrinsecamente ligada à natureza peculiar dos estaleiros de construção. Apesar de não estarem permanentemente ligados ao solo (como antigamente se exigia), estes desempenham um papel crucial na economia global.

As primeiras disposições relacionadas com os estaleiros de construção consideravam estabelecimentos estáveis os que fossem utilizados por um período mínimo de um ano ou já existissem por, pelo menos, um ano. Dado que a noção de mobilidade é inerente a tais estabelecimentos e que apenas o critério temporal estava explicitamente delineado no texto do artigo, diversas foram as abordagens conflitantes assumidas pela doutrina e jurisprudência.

Parte da doutrina parece “ficcional” o conceito de “estabelecimento estável – construção”, pelo preenchimento de dois requisitos cumulativos e sem necessária observância dos requisitos impostos pelo critério geral: (i) o estaleiro de construção ser efetivamente considerado como tal e (ii) o limite temporal encontrar-se preenchido⁹¹.

Outra parte (doutrina maioritária), ao invés, desconsiderava a permanência num determinado lugar, se apenas o critério temporal e a existência de uma construção (i.e., instalação) estivessem preenchidos. Não bastava “ficcional”, tratando-se de uma

⁹⁰ Cfr. CONSTANZE PETTERSON, «Building Sites, Construction, Installation and Assembly Projects», *Permanent Establishments in International Tax Law*, Vol. 41, Hans-Jörgen Aigner e Mario Züger eds., Wien, 2003, p. 79.

⁹¹ Posição assumida pelo Supremo Tribunal dos Países Baixos. – Cfr. HANS PIJL, «The Relationship between Article 5, Paragraphs 1 and 3 of the OECD Model Convention» *ob. cit.*, p. 191.

atribuição especial à lei – *lex specialis* (número 3, do artigo 5.º, da Convenção Modelo OCDE) à *lex geral* (número 1, do mesmo artigo e Convenção).

Daí que entendamos o “estabelecimento estável – construção” como “ficção”⁹², por não se adequar aos critérios estabelecidos no número 1, do mesmo artigo (i.e., critério geral), mais rígidos e inadequados para abarcar atividades económicas significativas no Estado da fonte.

Segundo os Comentários à Convenção Modelo OCDE, o termo “estaleiro ou projeto de construção ou instalação” abrange não só a construção de edifícios, mas também a construção (além da manutenção ou redecação) de estradas, pontes ou canais, a renovação, a colocação de condutas, a escavação, a dragagem e, também, a instalação de novos equipamentos, planeamento e supervisão no local⁹³. Ideia esta que se veio a desenvolver na sequência da Segunda Guerra Mundial e do Pós-Guerra.

Para um estaleiro de construção ou projetos de construção ou de montagem serem considerados estabelecimentos estáveis, têm de cumprir com a norma do período mínimo de doze meses⁹⁴ (*threshold* de doze meses). A exigência deste limite mínimo temporal fomenta a disseminação de práticas abusivas, sobretudo, no mundo contemporâneo⁹⁵ (em virtude da “era digital e virtual”).

Como resposta, tomaram-se iniciativas e soluções no âmbito da Ação 7 do *BEPS* que foram incorporadas e as quais posteriormente foram integradas nos Comentários da Convenção Modelo OCDE (2017).

Primeiramente, estendeu-se o seu âmbito de aplicação relativamente a atividades desenvolvidas não apenas pelo empreiteiro, mas também por terceiros e, ainda, a

⁹² Cfr. KEEN VAAN RAAD, «Construction Project PE In the Netherlands and Taxation of Employment Income Borne by a PE», *Bulletin for International Fiscal Documentation*, Vol. 53, n.º 8/9, IBFD, 1999, p. 33 e ARVID SKAAR, *Permanent Establishment: Erosion of a Tax Treaty Principle*, *ob. cit.*, p. 191 – que fala de estabelecimento estável ficção – “fiction”.

⁹³ Cfr. Parágrafo 21 dos Comentários ao artigo 5.º, n.º 3, da CM OCDE (2017).

⁹⁴ O prazo utilizado, no âmbito de um “estabelecimento estável – projeto”, no ordenamento jurídico português é de seis meses, como estipulado no artigo 5.º, n.º 3, al. a), do Código do IRC. Igualmente a Austrália, o Chile, a Grécia, a Coreia, a Nova Zelândia e a Turquia decidiram reservar o limite temporal de seis meses nas negociações que levaram à elaboração da CM OCDE – *vide* Parágrafo 201 dos Comentários ao artigo 5.º da CM OCDE (2017).

⁹⁵ Considera JOSÉ CARLOS ABREU que há múltiplas vezes que advogam pela redução do período de tempo, tendo em consideração a menor morosidade na realização das atividades – *in*, *A tributação dos Estabelecimentos Estáveis*, Vida Económica, 2012, p. 50.

atividades relacionadas com o planeamento *on-site* e outras atividades “preparatórias” realizadas no Estado onde ocorre a construção, montagem ou instalação, o que outrora não se verificava⁹⁶.

Mas mais, para se efetuar a correta contagem do início do termo (doze meses), o Comentário à Convenção Modelo OCDE esclarece que um estabelecimento estável afere-se, a partir do momento em que a empresa inicia a sua atividade num determinado Estado, enfatizando-se que interrupções temporárias associadas a transações comerciais ou sazonais não obstam à contagem dos prazos estipulados⁹⁷ e que, para cada estaleiro ou projeto, a contagem seja realizada individualmente, tendo o término do prazo de coincidir com a conclusão dos trabalhos ou, se for o caso, com o abandono do estaleiro⁹⁸.

Ao invés, no que tange a agregação de projetos, os Comentários referentes ao mencionado número do artigo elucidam que, para aferir o lapso temporal de doze meses, consideram-se agregadas as diversas etapas cuja execução exceda 30 dias ininterruptos, levadas a cabo por uma ou mais entidades estreitamente relacionadas, incluindo atividades conexas. Portanto, verifica-se sempre a agregação de projetos quando as atividades constituem um “todo coerente”⁹⁹ (isto é, apresentam unicidade comercial e geográfica), por período que ultrapasse os 30 dias consecutivos.

Esta norma, visa mitigar a fragmentação temporal dos contratos e eventuais abusos pelos grupos multinacionais¹⁰⁰, e evidencia uma ampliação da flexibilidade na aplicação dos princípios basilares. Ademais, foi igualmente inserida no artigo 14.º da MLI, facultando às CDTs a adoção da prática de consolidação dos diversos períodos (superiores a 30 dias) de realização de atividades conexas por entidades relacionadas, as quais podem abranger atividades realizadas no local do estaleiro ou de supervisão e consultoria conexas.

⁹⁶ Anteriormente, apenas as atividades diretamente executadas pelo empreiteiro consideravam-se pertinentes para determinar a presença de um estabelecimento estável.

⁹⁷ *Cfr.* KEVIN HOLMES, *International Tax Policy and Double Tax Treaties - An Introduction to Principles and Application*, Second Revised Edition, IBFD, Amsterdam, 2014, p. 157.

⁹⁸ *Cfr.* Parágrafo 55 dos Comentários ao artigo 5.º, n.º 3, da CM OCDE (2017).

⁹⁹ *Cfr.* Parágrafo 22 dos Comentários ao artigo 5.º, n.º 1, da CM OCDE (2017).

¹⁰⁰ A Convenção Modelo OCDE dispõe de outra ferramenta possível – a inclusão de uma cláusula antiabuso – para lidar também com práticas abusivas, prevista no seu artigo 29.º, n.º 9 – *vide* Parágrafo n.º 182 dos Comentários ao artigo 29.º, n.º 9, da CM OCDE (2017) e Parágrafo n.º 35 dos Comentários ao mesmo artigo da CM ONU (2021).

Portanto, assumimos a relevância do *supra* descrito em dois pontos:

- (i) Para a determinação da existência de um “estabelecimento estável – construção” torna-se imprescindível verificar um limite temporal de 12 meses, sob pena de, mesmo na presença de uma instalação fixa, não ser considerado como tal.
- (ii) Com o intuito de evitar abusos e evasões fiscais decorrentes da fragmentação de contratos por entidades relacionadas, propôs-se, como parte da Ação 7 do Relatório *BEPS*, a agregação das várias fases de atividades correspondentes (com duração superior a 30 dias) realizadas por uma ou mais entidades estreitamente relacionadas, incluindo conexas, para determinação do período de 12 meses.

§3. A LISTA NEGATIVA

Outro requisito importante para a determinação da (in)existência de um estabelecimento estável, conforme já foi referido, é o de atividades com caráter principal.

Contudo, nem todas as atividades originam um estabelecimento estável, como previsto no número 4, do artigo 5.º, da Convenção Modelo OCDE. No início, ao delinear a definição de "estabelecimento estável", as categorias de atividades consideradas como tal visavam garantir uma tributação equitativa apenas para aqueles que efetivamente conduziam atividades que justificavam a tributação no Estado da fonte. No entanto, essa lista comportava também atividades “preparatórias” ou “auxiliares” que, por vezes, levavam à classificação equivocada de estabelecimentos estáveis.

De acordo com a conceção tradicional de estabelecimento estável, anterior à revisão de 2017, excluíamos deste conceito um conjunto de instalações e atividades de caráter “preparatório” ou “auxiliar”, enumeradas na chamada “lista negativa”¹⁰¹, designadamente, “a) instalações utilizadas unicamente para armazenar, expor ou entregar mercadorias pertencentes à empresa; b) depósitos de mercadorias pertencentes à empresa com o único propósito de armazenagem, exposição ou entrega de mercadorias; c) depósitos de mercadorias pertencentes à empresa com o único propósito de transformação

¹⁰¹ *Cfr.* Artigo 5.º, n.º 4, da CM OCDE (2014).

por outra empresa; d) instalação fixa mantida unicamente para o exercício da atividade de carácter auxiliar ou preparatória e f) instalação fixa mantida unicamente para o desenvolvimento de um conjunto de atividades anteriores.”

Em virtude da exclusão, atualmente, passa-se a restringir o âmbito do conceito de estabelecimento estável clássico, como o de agência, pois determinadas atividades em evolução e com necessidades de regulação fiscal (i.e., economias digitais) passam a ser tomadas em consideração. Por outras palavras, atividades antes tidas como meramente “acessórias” ou “preparatórias” não só podem como passam a adquirir uma relevância e essencialidade significativas para o desenvolvimento dos negócios de uma empresa, integrando o seu próprio objeto e substituindo o seu papel meramente auxiliar por um principal.

As dúvidas, em torno da definição de um estabelecimento estável, eram frequentes no contexto do artigo 5.º, número 4, da Convenção Modelo OCDE. Alguns argumentavam que era necessário atender não apenas a uma das alíneas de a) a e), mas também à cláusula geral. Por outro lado, havia quem defendesse que a simples satisfação de uma das alíneas era suficiente para se excluir automaticamente da definição de estabelecimento estável.

Mas outras situações de abuso foram também apontadas. Uma das preocupações do *BEPS* relacionadas com este artigo também surge da “fragmentação das atividades”¹⁰² por parte dos sujeitos passivos que, muitas vezes, envolvem empresas estreitamente relacionadas, que exploram formas de escapar à qualificação como estabelecimento estável de algumas atividades empresariais situadas noutros Estados.

Face ao exposto, veio, novamente, a Ação 7 do *BEPS* dar cobertura a situações indefinidas e, particularmente, neste contexto, embora tenha mantido as situações abrangidas pela “lista negativa” (que é exemplificativa¹⁰³), redefiniu o seu âmbito de aplicação, excluindo-as do conceito de estabelecimento estável por terem natureza meramente “preparatória” ou “auxiliar”.

¹⁰² Existem casos de “fragmentação dos contratos”, cujo objetivo passa por evitar contratos de longa duração. No artigo 5.º, n.º 4, da CM OCDE (2017), trata-se de uma “fragmentação das atividades” que visa evitar a segmentação de atividades que, à primeira vista, aparentam ser meramente “preparatórias” ou “auxiliares”.

¹⁰³ *Cfr.* VISHESH DHULDHOYA, «The Future of the Permanent Establishment. The BEPS Action Plan and Other Recent Trends», *Bulletin for International taxation*, IBFD, Vol. 72, n.º 4, IBFD, 2018, p. 5.

Em primeiro lugar, cumpre-nos distinguir, para efeitos de atribuição de um estabelecimento estável, entre as chamadas “atividades principais da empresa” e as “preparatórias” ou “auxiliares” (listadas pelo número 4 deste artigo), uma vez que as primeiras são suscetíveis de criar estabelecimento estável, ao passo que as segundas não. Uma atividade tem caráter preparatório quando antecede o exercício daquilo que constitui a “parte essencial e significativa das atividades da empresa como um todo”¹⁰⁴, que são geralmente de curto prazo. Estas visam criar condições e recursos necessários para a execução bem-sucedida das operações principais da empresa e, além disso, servem como passos fundamentais no desenvolvimento de atividades principais dela. Já, as atividades auxiliares, geralmente, correspondem ao apoio dado à atividade principal da empresa, sem fazer parte dessa “parte essencial e significativa da empresa como um todo.”¹⁰⁵

Em segundo lugar, o facto de uma atividade estar contemplada na “lista negativa” não impede, por si só, que não possa ser considerada um estabelecimento estável. Existe uma condição estipulada no último parágrafo do número 4, do artigo 5.º, no que concerne à “atividade preparatória ou auxiliar”, que impede que sobre ela seja feita uma análise meramente automática¹⁰⁶ da sua qualificação, exigindo, ao invés, uma minuciosa análise da atividade plena desempenhada naquele Estado¹⁰⁷.

Por isso, notamos que a conexão comum e subjacente a todas estas atividades reportam-se ao seu caráter preparatório ou auxiliar, conforme estabelecido na exceção da alínea e) ¹⁰⁸, do número 4, deste artigo, que é uma restrição ao âmbito de aplicação da norma estipulada, também, no número 1, deste artigo.

A própria alínea f) prevê um ponto importante, uma vez que a combinação de atividades da alínea a) – uso de instalações; da alínea b) e c) – manutenção de bens e mercadorias; da alínea d), e) e f) – local fixo de negócios, quando destinadas à

¹⁰⁴ Cfr. Parágrafo 60 dos Comentários ao artigo 5.º, n.º 4, da CM OCDE (2017).

¹⁰⁵ Vide nota de rodapé *supra*.

¹⁰⁶ Refere PAULA ROSADO PEREIRA, "trata-se de um "duplo teste" introduzido pela revisão de 2017 do MC OCDE, com o propósito de impedir abusos que, a cobro da lista negativa de atividades “preparatórias” e “auxiliares”, permitam a empresas multinacionais, escapar à qualificação como estabelecimento estável de algumas das suas atividades empresariais noutros Estados." – in, *Convenções sobre a Dupla Tributação no Atual Direito Fiscal Internacional, ob. cit.*, p.131.

¹⁰⁷ Cfr. YASIN USLU, «An Analysis of ‘Google Taxes’ in the Context of Action 7 of the OECD /G20 Base Erosion and Profit Shifting Initiative», *Bulletin for International Taxation*, Vol. 72, n.º 4/a, Special Issue, 2018, p. 6.

¹⁰⁸ Cfr. Artigo 5.º, n.º 4, al. e), da CM OCDE (2017). Citando: “(...) considera-se que o termo “estabelecimento estável” não inclui: (...) e) a manutenção de uma instalação fixa de atividades unicamente com o objetivo de exercer, para a empresa, qualquer outra atividade. (...)”.

manutenção de um local de negócios fixo dessas mesmas atividades (i.e., existência dessas atividades na mesma instalação fixa), não pressupõe a existência de um estabelecimento estável, desde que dessas atividades combinadas resulte natureza “preparatória” ou “auxiliar”¹⁰⁹.

Portanto, uma atividade “preparatória” ou “auxiliar” é aquela que, no conjunto de atividades da empresa, (i) não assume essencialidade¹¹⁰, (ii) não apresenta um papel imediatamente produtivo e contribuição direta para a realização de lucros pela empresa. Mas, tal não obsta a que a mesma possa ser qualificada como atividade principal de uma empresa e, noutra, como preparatória-auxiliar.

Mais se introduziu, na sequência do Relatório sobre a Ação 7 do BEPS, a regra antifragmentação¹¹¹, que se encontra consagrada no número 4.1 deste artigo¹¹², o qual tem sido constantemente objeto de análise. Esta norma tem como desígnio obstruir estratégias que eram, frequentemente, adotadas por grandes multinacionais, consistentes na fragmentação de atividades consideradas “preparatórias” ou “auxiliares”, com o único intuito de evitarem a qualificação como estabelecimentos estáveis. Esta prática, por sua vez, inviabilizava a tributação no Estado da fonte, devido à ausência injustificada de estabelecimento estável neste Estado.

Com a inclusão deste número veio-se impedir a aplicação do número 4, do artigo 5.º, isto é, a exclusão de estabelecimento estável quanto a atividades “preparatórias” ou

¹⁰⁹ *Cfr.* Parágrafos 66 - 68 dos Comentários ao artigo 5.º, n.º 4, da CM OCDE (2017). Este assunto não deve ser abordado com inflexibilidade, mas com adaptabilidade, considerando todas as circunstâncias específicas do caso em questão.

¹¹⁰ RITA CALÇADA PIRES alude ao “teste da essencialidade” para a aferição de “parte essencial e significativa das atividades da empresa em conjunto.” – *in Manual de Direito Internacional Fiscal, ob. cit.*, p. 316; Já, CARLO GARBARINO considera atividades “preparatórias” e “auxiliares” aquelas que não se inserem no objeto estatutário da sociedade – *in*, «Permanent Establishments and BEPS Action 7: Perspectives in Evolution», *Intertax*, Vol. 47, n.º 4, Kluwer Law International, 2019, p. 368.

¹¹¹ *Cfr.* Parágrafo 79 dos Comentários ao artigo 5.º, n.º 4.1, da CM OCDE (2017).

¹¹² *Cfr.* Artigo 5.º, n.º 4.1, da CM OCDE (2017). Dispõe o seguinte: “(...) 4.1. O número 4 não se aplica a um local fixo de atividade que seja utilizado ou mantido por uma empresa se a mesma ou uma estreitamente relacionada exercer atividades comerciais no mesmo local ou num outro local no mesmo Estado contratante e,

- a) esse lugar ou outro lugar constituir um estabelecimento estável para a empresa ou a empresa estreitamente relacionada ao abrigo das disposições do presente artigo; ou
- b) a atividade global resultante da combinação das atividades realizadas pelas duas empresas no mesmo local, ou pela mesma empresa ou empresas estreitamente relacionadas nos dois locais, não for de carácter preparatório ou auxiliar,

desde que as atividades comerciais realizadas pelas duas empresas no mesmo local, ou pela mesma empresa ou empresas estreitamente relacionadas nos dois locais, constituam funções complementares que fazem parte de uma operação comercial coesa.”

“auxiliares”, no tocante a dois tipos de situações¹¹³. Primeiro, naquelas em que a empresa residente ou “estritamente relacionadas” já tenham um estabelecimento estável no outro Estado e as atividades em questão constituam funções complementares que fazem parte de uma atividade comercial coesa. Segundo, nos casos em que, não existindo um estabelecimento estável, a combinação de atividades exercidas pelas duas empresas no mesmo local, ou pela mesma empresa ou empresas “estritamente relacionadas”¹¹⁴ nos dois locais não são meramente “preparatórias” ou “auxiliares” por natureza.

Também, a Convenção Multilateral espelha esta regra que confere aos Estados a sua incorporação nas CDTs por duas formas distintas¹¹⁵, no artigo 13.º, sob a epígrafe “elisão artificiosa da qualificação como estabelecimento estável através das exceções aplicáveis a atividades específicas”.

Em resumo:

- (i) O artigo 5.º, número 4, da Convenção Modelo OCDE é importante para aferir o caráter “preparatório” ou “auxiliar” de uma atividade realizada por um não residente num outro Estado.
- (ii) A atividade “preparatória” ou “auxiliar” é aquela que (i) não assume essencialidade e (ii) não apresenta um papel imediatamente produtivo e contribuição direta para a realização de lucros pela empresa.
- (iii) O novo número 4.1., incorporado no artigo 5.º, da Convenção Modelo OCDE, como complemento do anterior, ao efetuar a análise abrangente de atividades realizadas por entidades “estritamente relacionadas”, constitui uma verdadeira norma antiabuso perante dois tipos de situações, (i) quando empresas “estritamente relacionadas” têm um estabelecimento estável no outro Estado, as atividades são complementares de outra e fazem parte de uma atividade comercial coesa; (ii) quando, não existindo

¹¹³ Cfr. Parágrafo 81 dos Comentários ao artigo 5.º, n.º 4.1, da CM OCDE (2017).

¹¹⁴ Assim, o número 4.1, do artigo 5.º, da CM OCDE (2017), considera viável determinar a existência de um estabelecimento estável a partir de atividades desenvolvidas por empresas “estritamente relacionadas”, que não revelem fazer parte de “atividades comerciais coesas” ou não detenham natureza “preparatória” e “auxiliar”. Esta problemática relativa a “entidades estritamente relacionadas” é retratada pelo número 8, do artigo 5.º, da CM OCDE (2017), que será abordada, detalhadamente, nesta Parte I, Cap. III, §6.

¹¹⁵ Cfr. Artigo 13.º, n.º 2, da Convenção Multilateral. – Cfr. OECD, «Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures To Prevent Base Erosion And Profit Shifting», *OECD Publishing*, 2016. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/treaties/multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-beps.htm> [21.04.2024].

estabelecimento estável, as atividades combinadas realizadas pelas empresas não são meramente “preparatórias” ou “auxiliares”.

§4. ESTABELECIMENTO ESTÁVEL PESSOAL – AGÊNCIA

Além do que falámos no ponto anterior, ficciona-se ainda uma outra regra importante na determinação de um estabelecimento estável, à qual chamamos de “estabelecimento estável – agência”, arquitetada, tal como as demais acima referidas, com o desígnio de prevenir situações de abuso.

Muitas vezes, estas situações não levavam à criação de um estabelecimento estável, uma vez que o seu pressuposto partia do reconhecimento de uma “presença física”. Esta ideia era muito limitadora porque muitas empresas não tinham uma “presença fixa própria”, traduzindo-se na insuscetibilidade de serem qualificadas ou reconhecidas como estabelecimento estável.

Nesse sentido, ficciona-se a existência de estabelecimento estável relativamente a atividades da empresa realizadas num Estado por intermédio de uma ou várias pessoa(s) que atua(m) por conta da empresa e que, de outro modo, não lhes seria atribuído de acordo com a regra básica. No fundo, trata-se de conceitos vagos e abstratos, pois a ficção aqui delineada não parte exclusivamente da presença de uma instalação fixa ligada ao solo.

Em vez disso, requer-se a “habitualidade”¹¹⁶ da atividade desenvolvida pelo agente, primando, nesta situação, o elemento da permanência. Por isso é que, a lógica do “estabelecimento estável – pessoal”, tem por base a atuação de uma pessoa por conta da empresa não residente e que essa não seja considerada como agente independente. Há toda uma dependência jurídica e económica relevante para a aferição de um agente dependente, uma vez que só não o será, se por ele houver assunção de riscos e detiver independência económica e financeira.

¹¹⁶ Sobre a situação pandémica decorrente da Covid-19, a OCDE, numa orientação, esclareceu que um trabalhador ou agente que estivesse a exercer atividades em casa, devido às medidas restritivas impostas pelos Estados, não poderia qualificar alguém que desenvolve uma atividade “habitual” como elemento suficiente para criar um “estabelecimento estável – agência”. – *Vide* OCDE, «Update guidance on tax treaties and the impact of the Covid-19 pandemic», *cit.*, Parágrafos 20-24, pp. 7-8. Disponível em: <https://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/oecd-secretariat-analysis-of-tax-treaties-and-the-impact-of-the-covid-19-crisis-947dcb01/#section-d1e13> [19.04.2024].

O importante é, primeiramente, notar que o artigo 5.º, número 5¹¹⁷, da Convenção Modelo OCDE, alude ao termo “pessoas”¹¹⁸, sejam elas singulares, coletivas ou, ainda, na qualidade de qualquer agrupamento de pessoas, sem se exigir que residam ou possuam uma instalação física no Estado. Posteriormente, alinhou à noção “pessoa” aquela que atua por conta (i.e., assumindo o papel de intermediária) de uma empresa não residente num outro Estado.

Por meio da Ação 7 do *BEPS*, procurou-se evitar artificialmente a existência de estabelecimentos estáveis. Não só foi utilizada para combater o planeamento fiscal abusivo, mas também, para integrar lacunas quanto a fracas interpretações de normas internacionais existentes. Tentou colmatar-se problemas existentes, embora outros persistissem quanto à variabilidade do conceito de agentes dependentes e independentes.

Um dos três desafios abordados pela Ação 7 do *BEPS* estava relacionado com “esquemas comissionistas” (*commissionnaire arrangements*) e estratégias semelhantes, através das quais entidades não residentes vendem os seus bens num outro Estado, por intermédio de um comissionista que atua em nome próprio. Por conseguinte, com atuação em nome próprio, embora por conta da empresa não residente, não se constituiu estabelecimento estável.

O segundo desafio atendia aos casos em que os contratos eram substancialmente negociados num outro Estado (e não formalizados ou autorizados), o que, por conseguinte, não criava estabelecimento estável. Tal se explica pelo facto destes casos não se encontrarem abrangidos pela versão inicial (e mais rígida do que a que, atualmente,

¹¹⁷ Cfr. Artigo 5.º, n.º 5, da CM OCDE (2017). Citando a primeira parte do artigo: “(...) quando uma pessoa age num Estado Contratante em nome de uma empresa (...)”.

¹¹⁸ Cfr. Artigo 3.º, n.º 1, da CM OCDE (2017). A aceção atribuída ao termo “pessoa” é entendida, sob a epígrafe “Definições Gerais”, da seguinte forma: “Para efeitos da presente Convenção, a não ser que o contexto exija interpretação diferente:

- a) O termo "pessoa" compreende uma pessoa singular, uma sociedade ou qualquer outro agrupamento de pessoas;
- b) O termo "sociedade" significa qualquer pessoa coletiva ou qualquer entidade que é tratada como pessoa coletiva;
- c) O termo "empresa" aplica-se ao exercício de qualquer atividade económica;
- d) As expressões "empresa de um Estado contratante" e "empresa do outro Estado contratante" significam, respetivamente, uma empresa explorada por um residente de um Estado contratante e uma empresa explorada por um residente do outro Estado contratante; (...)

se encontra consagrada) da redação da Convenção Modelo OCDE – “pessoa que habitualmente conclui contratos”.

Por último, os casos em que se constituíam formalmente figuras – “agente independente” – por habitualmente uma pessoa concluir contratos e o que, de acordo com o conceito tradicional previsto no artigo 5.º, número 6, da Convenção Modelo OCDE, reconduzia à não qualificação de um estabelecimento estável, ainda que apresentassem exclusivamente ou quase atuações por conta de uma ou mais empresas com as quais estivessem estreitamente relacionados.

Tanto que, face aos desafios que se impunha tratar, decorreram da Ação 7 do *BEPS* desenvolvimentos importantes quanto a figuras como “agente dependente” e “independente” consagrados, respetivamente, nos números 5 e 6, do artigo 5.º, da Convenção Modelo OCDE. A distinção entre “agente dependente” e “independente” é fulcral para um possível reconhecimento de estabelecimento estável porque, para muitas empresas, a presença de um “agente dependente”, num outro Estado, possibilita o reconhecimento do estabelecimento estável nesse mesmo Estado, o qual se encontrará sujeito a tributação (na fonte). Ao invés, ter um “agente independente” traduz a insuscetibilidade de tributação no Estado da fonte.

Podemos resumir as alterações a três níveis. Começamos por identificar, nos termos do artigo 5.º, número 5, da Convenção Modelo OCDE, em primeiro lugar, a relevância atribuída ao teste do “estabelecimento estável – agência”, uma vez que, para a sua correta aferição, passou não só a consignar contratos celebrados (i) “em nome da empresa” por agente(s) dependente(s), como também a existência de outros contratos relevantes, tais como, (ii) contratos de transferência de propriedade ou concessão do direito de uso de bens de uma determinada empresa ou sobre os quais detém essa empresa o direito de uso, ou, ainda, (iii) contratos de prestação de serviços pela empresa¹¹⁹.

No âmbito destas alterações, notamos a importância que assumem “os comissários e figuras afins” enquanto suscetíveis de se classificarem como “agentes dependentes” e de que adiante falaremos.

¹¹⁹ *Cfr.* Parágrafo 91 dos Comentários ao artigo 5.º, n.º 5, da CM OCDE (2017).

Mais notamos, em segundo lugar, que alterações ao conceito de “agente dependente” potenciam conflitos derivados de conceitos vagos e abstratos abrangidos pelo número 5, do artigo 5.º, da referida Convenção. A tónica centra-se na conclusão de contratos com carácter de “habitualidade” e no papel determinante que o agente poderá desenvolver na conclusão dos contratos (i.e., na negociação), celebrados de forma rotineira e sem modificações materiais da empresa¹²⁰.

Curiosa é a aparência antitética que decorre expressamente da letra do número deste artigo da Convenção com os Comentários que lhe acompanham. *A priori*, este número parece apenas considerar um elemento meramente formal (assinatura), ao invés do que é desenvolvido nos Comentários, que impõe também o elemento material (negociação¹²¹) que resulte na celebração ou conclusão do contrato. Entendemos que a leitura individual da norma faz parecer desconsiderar o papel do “agente dependente”, uma vez que dela não podemos inferir o papel essencial que desenvolveu na conclusão dos contratos.

Mais curioso ainda é, se atendermos, paralela e cuidadosamente, aos desenvolvimentos fornecidos pelos Comentários (destinados a resolver conflitos de aplicação interpretativo-prática) e à letra do número do artigo da Convenção, notar que, afinal, a consagração de ambos os elementos (formais e materiais) não são assim tão antitéticos. Isto é, “o agente dependente não serve só para representar e assinar os contratos. Entramos num campo em que o mesmo negocia os elementos principais dos contratos, tendo um papel fundamental na celebração destes” – “teste da substância sob a forma.”¹²²

¹²⁰ *Cfr.* Parágrafo 89 dos Comentários ao artigo 5.º, n.º 5, da CM OCDE (2017).

¹²¹ *Cfr.* Parágrafo 89 do artigo 5.º, n.º 5, da CM OCDE (2017). Um dos exemplos mencionados neste parágrafo reporta-se a atividades de *marketing* e publicidade, as quais se excluem por não resultarem direta e necessariamente da celebração e conclusão de contratos.

Ainda se refere nos Comentários, que um contrato pode ser celebrado sem qualquer negociação ativa nos termos do mesmo, quando a lei prevê que o contrato é celebrado por motivo de aceitação, por uma pessoa em nome de uma empresa, relativamente a uma oferta para celebrar um contrato-tipo com essa empresa. Aqui, neste caso, seria pressuposto suficiente para se considerar, ainda que sem negociação ativa, a existência de “estabelecimento estável – agência”.

Ao se consagrar também que um contrato possa ser celebrado num Estado e ser assinado fora dele, entendemos, no fundo, que há um aspeto formal (assinatura) e um aspeto material (negociação) pela existência de um conjunto de tarefas que são determinantes para a conclusão de um contrato, do que propriamente o local onde este é assinado. Por isso, o contrato não precisa de coincidir com o local onde este é assinado, verificando-se uma maior flexibilidade, quando comparado com o teste da instalação fixa.

¹²² RICARDO REIGADA PEREIRA, «O conceito de Estabelecimento Estável», *ob. cit.*, p. 23 e 24.

Novamente relevamos a importância da figura dos comissários, uma vez que a classificação destes enquanto “agentes dependentes” aferir-se-á pelo grau de intervenção na “celebração do contrato” ou “no papel principal que conduzirá à celebração de contratos”, como adiante se verá.

Em terceiro lugar, reestrutura-se a noção de “agente independente” mediante uma desqualificação da figura de “agente dependente” – uma delimitação negativa – e, como tal, é de especial relevância atender a duas condições: (i) “existência de agente independente” e (ii) “atuar no âmbito normal da sua atividade”.

Por outras palavras, o artigo 5.º, número 6¹²³, da Convenção Modelo OCDE, afere o conceito de agente independente *ab contrario*, encontrando-se sujeito a uma regra de controlo de independência (jurídica e económica), regra essa antiabuso. Assim, só será agente independente se atuar no decurso normal da sua atividade. Quer isto dizer que, integram a figura de agentes dependentes os que atuarem “exclusivamente ou quase exclusivamente”¹²⁴, por conta de uma ou mais entidades com as quais estão estreitamente relacionadas¹²⁵, ainda que, formalmente, sejam consideradas independentes (i.e., atuando dentro do escopo normal da sua atividade).

Numa análise dos conceitos *supra*, para que uma empresa seja tributada de acordo com as regras próprias do estabelecimento estável, é necessário que esse agente ou representante não seja independente e, por isso, não se trate de pessoas com carácter de “habitualidade”. O critério da independência jurídica afere-se pelo controlo das atividades do agente pela empresa, não devendo encontrar-se obrigado a acatar ordens, nem atuar, exclusivamente ou quase exclusivamente, para uma única empresa durante um longo período de tempo. Embora não haja presunção de dependência, facilmente se verifica a presença de um agente dependente ao atuar exclusivamente para outra empresa. Já, o critério da independência económica afere-se pelo número de empresas que o agente

¹²³ *Cfr.* Artigo 5.º, n.º 6, da CM OCDE (2017). Dispõe: “O n.º 5 não se aplica quando a pessoa que age num Estado contratante por conta de uma empresa do outro Estado contratante exerce a sua atividade no primeiro Estado mencionado como agente independente e atua em nome da empresa no decurso normal dessa atividade. No entanto, se uma pessoa agir exclusiva ou quase exclusivamente por conta de uma ou mais empresas com as quais esteja estreitamente relacionada, essa pessoa não será considerada como agente independente na aceção do presente número em relação a qualquer empresa desse tipo.”

¹²⁴ ALBERTO XAVIER, *Direito Tributário Internacional*, *ob. cit.*, p. 341.

¹²⁵ *Cfr.* Parágrafo 112 dos Comentários ao artigo 5.º, n.º 6, da CM OCDE (2017).

representa, bem como a mera circunstância de um agente não suportar o risco da atividade que indicia a presença de um agente qualificado como dependente.

Ainda no que respeita à matéria relativa aos “agentes independentes”, cumpre-nos analisar a figura dos comissionistas como passíveis (ou não) de constituírem um estabelecimento estável. Abordaremos essa problemática, como referido *supra*, num outro momento.

As mesmas alterações são referidas no artigo 12.º da Convenção Multilateral, na Parte IV, que colmata lacunas interpretativas quanto ao conceito de estabelecimento estável e regras antiabuso e, ainda, permite a sua introdução nas CDTs já em vigor.

Em suma, a modificação destes números 5 e 6 do artigo 5.º da Convenção Modelo OCDE clarificou o sentido da norma, atualmente, mais ampla, introduzindo três situações distintas e não cumulativas, que ajudam a identificar a (in)existência de um estabelecimento estável, na qualidade de agente:

- (i) Em primeiro, a relevância atribuída ao teste do “estabelecimento estável – agência”, uma vez que, para a sua correta aferição, passou não só a consignar contratos celebrados (i) “em nome da empresa” por agente(s) dependente(s), como a existência de outros contratos relevantes, tais como (ii) contratos de transferência de propriedade e concessão do direito de uso de bens de uma determinada empresa ou sobre os quais detém essa empresa o direito de uso, ou, ainda, (iii) contratos de prestação de serviços pela empresa.
- (ii) Em segundo, passam a configurar um “estabelecimento estável – pessoal” (perante situações em que o agente dependente não apenas exerce com caráter de habitualidade), os poderes na conclusão dos contratos, o papel determinante e conducente à conclusão de contratos (i.e., negociação), celebrados de forma rotineira e sem modificações substanciais da empresa.
- (iii) Em terceiro, a figura de “agente independente” afere-se *ab contrario*, encontrando-se sujeita a uma regra de controlo de independência (jurídica e económica), regra essa antiabuso.

§5. ESTABELECIMENTO ESTÁVEL – GRUPO DE SOCIEDADES

A respeito do grupo de sociedades, é evidente que o simples facto de uma sociedade exercer controlo sobre outra ou, até mesmo, ser controlada por ela, no mesmo Estado ou outro, *de per si*, não constitui critério único para determinar que seja estabelecimento estável¹²⁶. Por isso, perguntamo-nos, quais são os fatores necessários por forma a que esta redefinição ocorra.

Em harmonia, os Comentários da Convenção Modelo OCDE parecem corroborar a noção de que “decorre do princípio de que para fins de tributação, tal empresa subsidiária constitui uma entidade jurídica independente.”¹²⁷

Desde as primeiras décadas do século XX até, aproximadamente, à adoção do Modelo do México, em 1943, prevalecia a discricionariedade por parte dos Estados na determinação de normas que autorizassem a tributação de empresas relacionadas na qualidade de estabelecimentos estáveis.

Atualmente, a disposição do artigo 5.º, número 7, da Convenção Modelo OCDE, postula que uma empresa subsidiária situada no mesmo Estado onde se situa o estabelecimento estável (ou, não o havendo, onde há mais de uma empresa do mesmo grupo) não pode ser automaticamente categorizada como tal.

Respondendo ao que, inicialmente nos foi suscitado, ao invés do que sucede com entidades “estritamente relacionadas” providas de personalidade jurídica, no tocante ao “estabelecimento estável – grupo de sociedades” apenas podem ser consideradas estabelecimentos estáveis aquelas que são integralmente controladas pelas empresas principais (100% de detenção), embora desprovidas de personalidade jurídica, contudo com autonomia económica suficiente para viabilizar a sua tributação nesse Estado.

Portanto, para que a filial possa ser considerada um estabelecimento estável é necessário que tenha (i) um centro de atividades à disposição da sociedade-mãe¹²⁸

¹²⁶ *Cfr.* Artigo 5.º, n.º 7, da CM OCDE (2017). Dispõe o seguinte: “7. O facto de uma empresa residente de um Estado contratante controlar ou ser controlada por uma empresa residente no outro Estado contratante, ou exercer atividades nesse outro Estado (seja através de um estabelecimento estável ou por outro meio), não constituirá, por si só, nem uma, nem outra empresa um estabelecimento estável da outra.”

¹²⁷ *Cfr.* Parágrafo 115 dos Comentários ao artigo 5.º, n.º 7, da CM OCDE (2017).

¹²⁸ *Cfr.* Parágrafo 117 dos Comentários ao artigo 5.º, n.º 7, da CM OCDE (2017).

(instalação fixa) ou (ii) sejam realizadas atividades em nome dela¹²⁹ (agente dependente). Trata-se de atividades que, de acordo com os números 1 ou 5, do artigo 5.º, da Convenção Modelo OCDE, permitem afigurar a existência de um estabelecimento estável.

Como podemos depreender, trata-se de uma norma ilidível, uma vez que a natureza desta regra é presumida e não absoluta, o que reforça, mais uma vez, a ideia de impedir a sua verificação automática. Isto é, uma filial pode demonstrar não estar abrangida pelas circunstâncias descritas nos números 1 ou 5, do artigo 5.º, da Convenção Modelo OCDE. Mais, a ilidibilidade desta regra sublinha a importância da análise individualizada de cada sociedade do grupo, sem que a existência de um estabelecimento de uma afete a análise de outra. Estes princípios aplicam-se, de igual modo, a qualquer sociedade que faça parte de um grupo multinacional.

Importante é, para a determinação de estabelecimento estável, ainda, distinguir, na análise de relações entre sociedades dentro de grupos multinacionais, (i) as circunstâncias em que as instalações de uma entidade são disponibilizadas e (ii) aquelas em que os serviços são prestados entre as suas afiliadas.

Na primeira situação, a possibilidade de um estabelecimento estável emergir é vislumbrada quando instalações pertencentes a uma das sociedades do mesmo grupo são disponibilizadas à outra sociedade do grupo e esta última realiza as suas atividades a partir dessas instalações, desde que todas as demais condições delineadas, no âmbito do artigo 5.º, se encontrem satisfeitas.

Contudo, é imperativo ressaltar a necessidade de discernir essa circunstância daquela em que uma sociedade membro de um grupo multinacional presta serviços a outra sociedade de grupo, no âmbito da sua atividade. Ora, nesta segunda situação, em que uma sociedade do grupo presta serviços que estão dentro do escopo das suas próprias atividades (i.e., serviços de gestão) realizados em instalações que não pertencem à outra sociedade e utilizando a sua própria equipa, não configuram a criação de um estabelecimento estável. Isto porque, os serviços prestados não estão à disposição da sociedade à qual são fornecidos e não é através desse local que se conduz a atividade. Por isso, esse local não configura a existência de estabelecimento estável da sociedade à qual

¹²⁹ *Cfr.* Parágrafo 116 dos Comentários ao artigo 5.º, n.º 7, da CM OCDE (2017).

são prestados os serviços. Não é por uma atividade ser desenvolvida num determinado local e proporcionar benefício económico à atividade de outra sociedade que implica que esta última passe a exercer a sua atividade através desse local¹³⁰.

Sobre a presente questão realçamos a forma como o caso *Saint Gobain* e o artigo 5.º, número 7, da Convenção Modelo OCDE, influenciam a definição e o tratamento dos estabelecimentos estáveis.

O artigo 5.º, número 7, da Convenção Modelo OCDE estabelece as diretrizes necessárias para determinar quando uma empresa de um Estado possui um estabelecimento estável num outro Estado, sujeitando-a aí, nesse Estado, a tributação.

Por sua vez, o Tribunal de Justiça da União Europeia veio reforçar através do Acórdão *Companhie de Saint Gobain*¹³¹, os princípios da não discriminação e livre estabelecimento no contexto da União Europeia, doravante “UE”, garantindo um tratamento igualitário a todas as empresas que assumam a figura jurídica – sucursal ou filial – sob pena violação do disposto nos artigos 43.º (atualmente, artigo 49.º) e 48.º (atualmente, artigo 54.º) do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, doravante “TFUE”¹³². Portanto, cabe a cada sujeito passivo escolher a forma jurídica que deseja adotar, sem sofrer prejuízos por essa escolha.

Portanto:

- (i) Não basta o controlo entre empresas para se classificar um estabelecimento estável.
- (ii) A natureza da regra é presumida (não absoluta e não automática).
- (iii) Uma filial tem estabelecimento estável sempre que possua (i) um centro de atividades à disposição da empresa-mãe (instalação fixa), ou (ii) realize atividades em nome dela (agente dependente).
- (iv) Para sua determinação, na análise de relações entre sociedades dentro de grupos multinacionais, também importam (i) as circunstâncias em que as

¹³⁰ *Cfr.* Parágrafo 118 dos Comentários ao artigo 5.º, n.º 7, da CM OCDE (2017). A este propósito, refere-se que “(...) é evidente que uma sociedade que se limita a comprar peças produzidas ou serviços fornecidos por outra sociedade num país diferente não tem, por isso, um estabelecimento estável, mesmo que possa beneficiar do fabrico dessas peças ou da prestação desses serviços.”

¹³¹ *Cfr.* Acórdão do Tribunal e Justiça das Comunidades Europeias de 21.09.1999, Processo C-307/97. Disponível em: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=307/97> [22.03.2024].

¹³² *Cfr.* Parágrafo 43 da decisão do Acórdão *supra* referido.

instalações de uma entidade são disponibilizadas e (ii) aquelas em que os serviços são prestados entre as suas afiliadas.

§6. ESTABELECIMENTO ESTÁVEL – ENTIDADES ESTREITAMENTE RELACIONADAS

Conforme discorremos anteriormente, a conceção de – “empresas estreitamente relacionadas” – tem sido reiteradamente aludida, de modo particular, nos números 4.1 e 6, do artigo 5.º, da Convenção Modelo OCDE, uma vez que ajudam à sua boa aplicação.

Sem exceção, decorreu da Ação 7 do *BEPS* a inclusão da norma contida no artigo 5.º, número 8, da Convenção Modelo OCDE¹³³, a qual estabeleceu a ideia de que o conceito de “empresas estreitamente relacionadas” ajuda a compreender situações, numa primeira parte do artigo, em que um agente detém controlo sobre outra empresa ou quando ambas se encontram sob o mesmo domínio e, numa segunda parte, quando direta ou indiretamente, uma delas detém mais de 50% de participação na outra, ou quando uma terceira, ainda que direta e indiretamente, detiver mais 50% das participações sociais de duas entidades.

De acordo com os Comentários, entendemos atribuir ao critério percentual, enquanto critério quantitativo, uma forma de “direção” na aferição de “entidades associadas” quando, por exemplo, “(...) esta regra geral abrangeria, situações em que uma pessoa ou empresa controla uma empresa em virtude de um acordo especial que lhe permite exercer direitos semelhantes aos que teria se possuísse direta ou indiretamente mais de 50 por cento dos interesses efetivos na empresa”¹³⁴, não podendo ser, por isso, inferido, à luz dos mesmos, que seja um critério obrigatório.

Assim, extraímos do artigo 5.º, número 8, da Convenção Modelo OCDE, o critério (quantitativo) que permite determinar o grau de controlo sobre uma entidade,

¹³³ *Cfr.* Artigo 5.º, n.º 8, da CM OCDE (2017). Dispõe: “8. Para efeitos do presente artigo, uma pessoa ou empresa está estreitamente relacionada com uma empresa se, com base em todos os factos e circunstâncias relevantes, uma tiver o controlo da outra ou ambas estiverem sob o controlo das mesmas pessoas ou empresas. Em qualquer caso, uma pessoa ou empresa será considerada como estreitamente relacionada com uma empresa se uma possui direta ou indiretamente mais de 50% da participação efetiva na outra (ou, no caso de uma sociedade, mais de 50% do total dos direitos de voto e do valor das ações da sociedade ou do capital social da sociedade) ou se outra pessoa ou empresa possuir direta ou indiretamente mais de 50% da participação efetiva (ou, no caso de uma sociedade, mais de 50% do total dos direitos de voto e do valor das ações da empresa ou do capital da sociedade) na pessoa e na empresa ou nas duas empresas.”

¹³⁴ *Cfr.* Parágrafo 120 dos Comentários ao artigo 5.º, n.º 8, da CM OCDE (2017).

diferenciando-o nitidamente do estabelecido no artigo 9.º da mencionada Convenção, referente a "preços de transferência", cuja aplicação é, frequentemente, enganadora. Pese embora a omissão presente no artigo 5.º, número 8, quanto à identificação do tipo de participação (direta ou indiretamente) no controlo, capital ou gestão e administração, já o artigo 9.º, não o é, não podendo, nesses casos, ser negligenciado. Além disso, a própria expressão "*closely related*", *de per si*, restringe o seu escopo de aplicação, ao incidir apenas sobre o critério quantitativo, não sendo, portanto, tão abrangente quanto "*associated*" do artigo 9.º.

De um modo geral, esta regra empenha-se em dissipar ambiguidades ao definir meticulosamente o conceito de “empresas estreitamente relacionadas”, sublinhando a possibilidade de incluir entidades independentes sujeitas ao controlo ou supervisão do contratante principal. Se essas empresas, relacionadas ou de grupo, puderem ser legalmente vinculadas à empresa que presta o serviço ou atividade, provável será que se reconduzam a um estabelecimento estável, de acordo com estas normas.

Sem exceção, encontramos a consagração deste conceito – “empresas estreitamente relacionadas” – também consagrado no artigo 15.º da Convenção Multilateral, uma vez que se tornava necessário densificar, de igual modo, este conceito que já vinha sendo mencionado várias vezes nos artigos 12.º a 14.º da Convenção Multilateral.

Destarte:

- (i) A inclusão do conceito "empresas estreitamente relacionadas" proporciona uma compreensão mais profunda de situações, em que um agente detém controlo sobre outra empresa, ou quando ambas se encontram sob o mesmo domínio, e quando direta ou indiretamente uma delas tem mais de 50% de participação na outra, ou quando uma terceira, ainda que direta ou indiretamente, detiver mais 50% das participações sociais de duas entidades.
- (ii) Os critérios quantitativos permitem avaliar o grau de controlo sobre uma entidade.
- (iii) Pese embora a omissão presente no número 8, do artigo 5.º, quanto à identificação do tipo de participação (direta ou indireta) no controlo,

capital ou gestão e administração, o artigo 9.º, relativo a "preços de transferência", não o é, não podendo, nesses casos, ser negligenciado.

CONCLUSÕES GERAIS

Após uma análise detalhada das origens e evolução do conceito de estabelecimento estável no âmbito do Direito Internacional Fiscal, torna-se evidente a sua importância na tributação de lucros transfronteiriços. Enquanto princípio centenário, desempenha um papel crucial na determinação da repartição de competências tributárias que passa pela observância rigorosa de critérios de conexão entre os Estados intervenientes nas atividades – Estado da residência e da fonte.

Através deste conceito, delinea-se as fronteiras dentro das quais os Estados exercem o seu poder tributário, uma vez que a obrigação de pagar imposto no Estado da residência cessa quando, noutra Estado, existe um estabelecimento estável que represente um "nível mínimo de presença" e uma "ligação ao território de um Estado distinto daquele no qual é residente a empresa que desenvolve a atividade empresarial".

Como reparámos, as CDTs desempenham um papel fundamental na determinação de padrões em torno do estabelecimento estável, promovendo a coerência no sistema fiscal internacional. No entanto, persistem desafios na equidade da distribuição das competências tributárias entre os Estados (residência e fonte), refletindo a complexidade do sistema.

Sucintamente, atribuímos importância aos argumentos a favor e contra de cada princípio subjacente ao Direito Internacional Fiscal – princípio da residência e da fonte – servindo como pontos de partida importantes para compreender o papel equilibrador do estabelecimento estável. Certo é que, os argumentos usados por um princípio são os contra-argumentos usados por outro e os princípios opostos entre si evidenciam a complexidade deste campo. No entanto, considerámos fundamental atentar apenas à definição geral atribuída a cada um destes: o princípio da residência no Direito Internacional Fiscal baseia-se na conexão pessoal ou subjetiva, enquanto o princípio da tributação no Estado da fonte tem como pressuposto a conexão real.

No seio internacional fiscal, compreende-se o conceito de estabelecimento estável por dois prismas distintos, (i) um estático, referente à estrutura organizativa onde a atividade é exercida; e (ii) um dinâmico, relacionado com a própria atividade em si. Ao considerar esses elementos, torna-se claro que a obtenção de lucros fora do Estado da residência implica a tributação num outro Estado, o que presumimos ser o Estado da fonte e o que, evidentemente, reflete a necessidade da justa distribuição do direito de tributar lucros transfronteiriços através da observância dos critérios de conexão entre Estados.

A evolução deste panorama ao longo do tempo tem sido marcada por uma procura equilibradora entre os interesses dos Estados da residência e da fonte. Os esforços para resolver problemas de dupla tributação internacional e evitar a erosão da base tributária têm sido impulsionados não apenas por organizações internacionais (antiga SDN, OCDE e ONU), como também pela autolimitação das competências tributárias dos Estados, que, por sua vez, limita a sua soberania.

Numa análise às origens do conceito de estabelecimento estável, o mesmo revela-se não só como um marco na história da tributação internacional fiscal, mas também como um reflexo das transformações económicas e tecnológicas ao longo dos séculos XIX e XX. Desde as suas origens e primeiras tentativas de evitar a dupla tributação nos municípios prussianos no século XIX, aos esforços da Liga das Nações, à criação das Convenções Modelo do México (1943) e de Londres (1946), até às atuais discussões no âmbito do Projeto *BEPS* da OCDE, que este conceito tem sido moldado e adaptado para enfrentar os desafios baseados numa tributação justa e equitativa, agora vividos à base de uma economia digital.

Evidente é que, a história do estabelecimento estável é inseparável da história da globalização económica e do aumento da mobilidade do capital. Tomámos como um facto curioso o conceito de estabelecimento estável ter permanecido idêntico em ambos os Modelos de Convenção com requisitos cumulativos assentes num (i) “local fixo de negócios” e (ii) “contribuição produtiva para os lucros da empresa”, ainda que assentassem, historicamente, em princípios distintos. Melhor dizendo, a Convenção Modelo do México destinava-se a tributar rendimentos no Estado da fonte, enquanto a Convenção Modelo de Londres visava a tributação no Estado da residência.

No entanto, tendemos afirmar a necessidade premente de revisão e adaptação das normas que regem as relações comerciais na ótica do conceito de estabelecimento estável. As exigências legislativas e conceituais que se mostravam pertinentes no início do século XX, atualmente, revelam-se inadequadas diante da crescente digitalização e globalização da economia.

O paradigma tradicional, que associava o estabelecimento estável à “presença física” em determinado território, demonstra-se cada vez mais desajustado face às transformações tecnológicas e à emergência de novas formas de trabalho, como o *home office* e o nomadismo digital. A pandemia da Covid-19 acentuou e acelerou essas mudanças e, conseqüentemente, veio-se a repensar na (in)adequação de critérios de definição de estabelecimento estável num contexto de mobilidade e flexibilidade laboral.

Para a correta configuração de um estabelecimento estável são exigidos três requisitos cumulativos, (i) a existência de uma instalação à disposição da empresa; (ii) a presença de uma instalação fixa; e, por último, (iii) a existência de uma instalação na qual a atividade da empresa seja desenvolvida.

Contudo, nos últimos tempos, temos testemunhado um notável alargamento do conceito de estabelecimento estável, uma evolução que merece destaque devido à sua significância técnico-prática. Ao mergulharmos numa análise minuciosa dos requisitos para a caracterização de um estabelecimento estável, especialmente no contexto do chamado “estabelecimento estável – projeto/construção”, como é o caso dos estaleiros de construção, torna-se evidente a importância do limite temporal mínimo estabelecido, fixado em 12 meses, e da subsequente regra antifragmentação temporal dos contratos (i.e., a agregação das várias fases de atividades correspondentes (com duração superior a 30 dias) realizadas por uma ou mais entidades estreitamente relacionadas, incluindo conexas, a fim de determinar o período de 12 meses – *cf.* número 3, do artigo 5.º, da Convenção Modelo OCDE).

Inegavelmente também observámos a inclusão dessa regra em atividades de natureza "preparatória" e "auxiliar" e o novo número 4.1., incorporado ao artigo 5.º da Convenção Modelo OCDE, que constitui uma norma antiabuso perante atividades realizadas por entidades “estritamente relacionadas”. No entanto, impõe-se que seja feita uma análise minuciosa para distinguir atividades “principais” das “preparatórias” ou

“auxiliares”, bem como a definição de critérios para determinar a “habitualidade” da “presença de um agente”.

A este respeito, realizaram-se alterações substanciais no conceito de “estabelecimento estável – pessoal”, desde o alargamento do conceito de “agente dependente” até a ampliação da natureza dos contratos abrangidos (v.g., contratos de comissão e figuras similares) e dos critérios associados (*cf.* número 5, do artigo 5.º, da Convenção Modelo OCDE).

No contexto de “grupos de sociedades”, redefiniram-se os critérios que regem o conceito de estabelecimento estável. Deixa de ser suficiente apenas observar o controlo entre empresas para classificá-lo como tal. Agora, a regra é presumida (não absoluta e automática). Para que uma filial seja considerada um estabelecimento estável, é necessário que possua (i) um centro de atividades à disposição da empresa-mãe (instalação fixa) ou (ii) que realize atividades em nome dela (agente dependente), levando-se em conta as circunstâncias em que as instalações são disponibilizadas e os serviços são prestados entre afiliadas (*cf.* número 7, do artigo 5.º, da Convenção Modelo OCDE).

Por último, a inclusão do conceito de "empresas estreitamente relacionadas" proporciona uma compreensão mais profunda de situações em que um agente detém controlo sobre outra empresa, ou quando ambas se encontram sob o mesmo domínio, fornecendo critérios quantitativos para a avaliação do nível de controlo sobre uma entidade (*cf.* número 8, do artigo 5.º, da Convenção Modelo OCDE).

Em suma, as mudanças introduzidas pela Ação 7 do *BEPS* para lidar com o *home office*, estruturas comissionistas, com a definição de contratos substancialmente negociados, entre outros anteriormente mencionados, introduzem novos desafios que, até hoje, vão sendo desenvolvidos, por meio de orientações divulgadas pela OCDE e ONU.

PARTE II
ESTABELECIMENTO ESTÁVEL – PROBLEMAS ATUAIS

CAPÍTULO I
CONVENÇÃO MODELO OCDE VS CONVENÇÃO MODELO ONU – PERSPETIVA
DICOTÓMICA

Neste capítulo, assinalaremos as diferenças frequentes entre as Convenções Modelo OCDE e ONU sobre o prisma do – estabelecimento estável – quanto ao equilíbrio na tributação no Estado da residência e da fonte. Este tema é de suma importância para compreendermos a existência dicotômica existente entre os Estados economicamente prósperos e em desenvolvimento. Tal é interessante porque o conceito consagrado na Convenção Modelo OCDE dista consideravelmente de estar adaptado às exigências destes países em desenvolvimento, uma vez que estes se baseiam maioritariamente na importação de capitais e, conseqüentemente, se cingem a uma maior limitação do seu poder tributário.

Com efeito, a ONU reconheceu a inadequação de adaptar o conceito de estabelecimento estável, conforme consagrado na Convenção Modelo OCDE aos países em desenvolvimento e, como tal, com a publicação da primeira Convenção Modelo ONU de 1980, procurou-se adotar Convenções assentes num novo modelo, em que o arquétipo seria mais aberto à tributação no Estado da fonte, em vez da residência. Por conseguinte, podemos inferir, no que concerne ao conceito histórico, que este evoluiu e demonstra uma tendência dos países exportadores de capital em detrimento dos países importadores, justificando a existência de uma cisão do ponto de vista das Convenções Modelo para resolver a questão da dupla tributação.

A Comissão observou que a questão primordial nas negociações de convenções fiscais reside, geralmente, na determinação do grau de renúncia por parte do Estado da fonte em relação à tributação de determinados rendimentos, lucros ou ganhos. Essa renúncia implica que, se realizada, o Estado da residência do investidor poderá tributar integralmente os lucros provenientes do investidor. Por outro lado, caso essa renúncia não seja efetivada, o Estado da residência deverá conceder uma isenção sobre os lucros ou um crédito relativo ao imposto a ser pago no Estado da fonte.

Como já referido, a Convenção Modelo ONU, embora tenha sido iniciada em 1968, passou por várias revisões e atualizações (em 2001, 2011 e 2017, 2021). A versão atualizada do Modelo é de 2021 (*United Nations Model Double Taxation Convention Between Developed and Developing Countries 2021 Update*) e realizou diversas atualizações para se alinhar com as diretrizes estabelecidas nesse Modelo Convenção, especialmente, no que tange à mitigação da evasão fiscal associada aos estabelecimentos estáveis¹³⁵, como resultado das recomendações incluídas no Relatório Final sobre a Ação 7 do Projeto *BEPS* da OCDE/G20.

A Convenção Modelo OCDE contempla um conjunto de definições “empresa” e “negócio” que não existem na Convenção Modelo ONU. Estas foram incluídas no Modelo OCDE para assegurar que, quando o artigo 14.º, sob a epígrafe “serviços pessoais independentes”, fosse retirado deste Modelo, todas as situações anteriormente abrangidas por ele seriam cobertas pelo artigo 5.º, sob a epígrafe “estabelecimento estável” em combinação com o artigo 7.º, sob a epígrafe “lucros empresariais”. Não obstante o Comité Fiscal das Nações Unidas ter optado por manter o artigo 14.º e, por sua vez, a situação acima descrita não se aplicar ao seu Modelo Convenção, também concordou em dispor um conjunto alternativo de disposições e Comentários para aqueles que desejassem seguir uma abordagem semelhante ao da Convenção Modelo OCDE.

A ONU veio perfilhar do mesmo entendimento da Convenção Modelo OCDE em relação às atividades classificadas como “preparatórias” ou “auxiliares” (ainda que com algumas diferenças), conforme estabelecido no artigo 5.º, número 4, bem como à norma de antifragmentação delineada no artigo 5.º, número 4.1, ao agente dependente no artigo 5.º, números 5 e 6¹³⁶, todos da Convenção Modelo OCDE. Apesar da Convenção Modelo ONU se basear no conceito de estabelecimento estável da Convenção Modelo OCDE, existem distinções notáveis que serão minuciosamente analisadas no ponto seguinte.

Em suma, sublinha-se:

- (i) A complexidade do conceito de estabelecimento estável e a relevância que assume no contexto internacional fiscal ressalta a necessidade premente de

¹³⁵ Cfr. OECD, *Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action 1-2015 Final Report*, cit.

¹³⁶ Na CM ONU correspondem aos números 5 e 7, do artigo 5.º.

se adotarem abordagens claras e equitativas para lidar com as questões fiscais entre diferentes Estados.

- (ii) A Convenção Modelo ONU alinha-se com as recomendações OCDE/G20 sobre a Ação 7 do *BEPS*, apoiando-se no Modelo Convenção OCDE.
- (iii) A Convenção Modelo ONU adota uma abordagem mais abrangente e específica em comparação com a Convenção Modelo OCDE.

§1. ESTABELECIMENTO ESTÁVEL – CONSTRUÇÃO

A instituição do tipo “estabelecimento estável – construção” no artigo 5.º, número 3, da Convenção Modelo ONU, ocupa posição análoga à da Convenção Modelo OCDE, apesar das disparidades encontradas entre ambos os regimes.

Na alínea a), do número 3, do artigo 5.º, de acordo com a Convenção Modelo OCDE afirma-se que o termo estabelecimento estável abrange “um estaleiro, projeto de construção ou instalação (...) se a sua duração for superior a doze meses”, enquanto na Convenção Modelo ONU constitui estabelecimento estável “um estaleiro de construção, projeto de construção, de montagem ou de instalação ou atividades de supervisão com elas relacionadas, mas apenas se esses estaleiros, projetos ou atividades tiverem uma duração superior a seis meses”(sublinhado nosso).

Como primeira grande diferença, além do termo “projeto de instalação” utilizado na Convenção Modelo OCDE, a Convenção Modelo ONU estende o seu âmbito, passando a incluir “projeto de montagem” e “atividades de supervisão relacionadas com estaleiros, projetos de construção e de montagem”.

Ademais, apontamos para o requisito temporal. A Convenção Modelo OCDE impõe um limite temporal de doze meses (sublinhado nosso), ao invés do que sucede com

a Convenção Modelo ONU, que usa um limite de seis meses¹³⁷ (sublinhado nosso) e, em casos especiais, para um limite não inferior a três meses¹³⁸ (sublinhado nosso).

Do exposto, percebemos que o número 3 deste artigo abrange uma gama mais ampla de atividades e diminui temporalmente o período de duração para constituição de um estabelecimento estável, objetivando evitar o fracionamento dos contratos¹³⁹.

Com o mesmo propósito fiscal¹⁴⁰, a terceira diferença incide na inclusão da alínea b), do número 3, do artigo 5.º, da Convenção Modelo ONU, a qual determina a tributação de serviços através de um estabelecimento estável, ao passo que na Convenção Modelo OCDE essa disposição é ausente (não criando, *de per si*, um estabelecimento estável). Isto é, na Convenção Modelo ONU, o conceito de “estabelecimento estável – serviço” estabelece-se “se uma empresa não residente prestar serviços, incluindo os serviços de consultoria, por meio de funcionários ou pessoal contratado num outro Estado por mais de 183 dias num período de dozes meses que comece ou termine no ano fiscal em causa.”

Como tal, facilmente reparamos a lógica que se encontra enraizada na Convenção Modelo ONU (de tributar no Estado da fonte maior rendimento gerado por atividades desenvolvidas nesse Estado¹⁴¹), uma vez que o fixar de um “limite de tempo” constitui um nível suficiente de presença para criar um estabelecimento estável, em prol de um

¹³⁷ Neste parágrafo, persistem controvérsias sobre a interpretação autônoma da alínea a) do artigo 5.º ou se deve ser considerada em conjunto com o número 1 para determinar se um local de construção constitui um estabelecimento estável. Apesar dessas divergências, o Comité observa que, na prática, quando um local de construção permanece por seis meses, geralmente atende aos requisitos do número 1 para ser considerado um estabelecimento estável. Assim, mesmo que a alínea a) seja analisada isoladamente, o local de construção ainda cumpre os critérios gerais do número 1.– *Cfr.* Parágrafo 7 dos Comentários ao artigo 5.º, n.º 3, da CM ONU (2021).

¹³⁸ *Cfr.* Parágrafo 21 dos Comentários ao artigo 5.º, n.º 3, da CM ONU (2021).

¹³⁹ *Vide* nota de rodapé n.º 101.

¹⁴⁰ Para prevenir possíveis abusos fiscais, poderia ser adotado um texto semelhante ao da CDT (Japão-Chile), que, além da alínea b), também incorpora uma disposição adicional: “a duração das atividades previstas nas alíneas (a) e (b) será determinada pela agregação dos períodos durante os quais as atividades são exercidas num Estado Contratante por empresas associadas, desde que as atividades de tal empresa associada nesse Estado Contratante sejam relacionadas com as atividades exercidas nesse Estado Contratante pelas suas empresas associadas. O período durante o qual duas ou mais empresas associadas exercem atividades concorrentes será contado apenas uma vez para efeitos de determinação da duração das atividades. Uma empresa será considerada associada a outra empresa se uma delas participar, direta ou indiretamente, na gestão, no controle ou no capital da outra, ou se a mesma pessoa ou pessoas participarem, direta ou indiretamente, na gestão, no controle ou no capital de ambas as empresas.” – *Cfr.* BCN (Biblioteca do Congresso Nacional do Chile). Disponível em: https://www.bcn.cl/leychile/consulta/tratados_por_pais?pais=Japón [21.04.2024].

¹⁴¹ Muitos países em desenvolvimento valorizam a tributação de serviços de gestão e consultoria, pois, embora sejam considerados serviços, são fontes significativas de lucro. – *Cfr.* Parágrafo 23 dos Comentários ao artigo 5.º, n.º 3, da CM ONU (2021).

pressuposto baseado num “local fixo de negócios” (critério usado na Convenção Modelo OCDE). Contudo, nem todos os Estados concordam com a estipulação de limites temporais para a determinação de um estabelecimento estável. Recorrente, têm-se oposto alguns Estados em desenvolvimento quanto aos limites de seis meses e 183 dias estabelecidos, respetivamente, nas alíneas a) e b), do número 3, por duas razões principais: (i) muitas atividades de construção, montagem e similares, devido aos avanços tecnológicos, podem ser de curta duração e lucrativas para a empresa; e (ii) argumentam que a “permanência” através de um “limite de tempo” de um não residente num Estado da fonte não deve determinar a tributação do rendimento, ao contrário do que ocorre com artistas e desportistas, conforme consagrados pelo artigo 17.º das Convenções Modelo OCDE e ONU¹⁴².

Observamos a preferência da ONU pela tributação no Estado da fonte ao adotar um artigo 12.ºA destinado a tributar honorários e serviços técnicos, de gestão e consultoria de forma bruta, sem exigir presença física e ao determinar, conseqüentemente, que os serviços, quando se enquadrem nos termos deste artigo, sejam passíveis de constituírem um estabelecimento estável, se as referidas atividades atingirem um nível suficiente de presença e duração no país estrangeiro para serem consideradas como tal ao abrigo da Convenção Modelo ONU. Enquanto a Convenção Modelo OCDE não possui uma disposição específica para a tributação de serviços, a Convenção Modelo ONU inclui-a com uma particularidade no seu artigo 12.ºA, que ajuda numa tributação mais eficaz dos serviços prestados por empresas não residentes.

De facto, amplia-se o escopo de “estabelecimento estável – serviço” com a eliminação “para o mesmo ou um projeto relacionado” visado, numa revisão feita em 2017, para evitar situações de abuso fiscal (fracionamento temporal dos contratos). Esta disposição foi removida porque a limitação ao “projeto” era facilmente manipulável por uma ou várias empresas e criava dificuldades interpretativas para os Estados, além de representar uma desvantagem fiscal para os países em desenvolvimento. A nível político, argumenta-se que o envolvimento contínuo e duradouro do não residente na vida

¹⁴² As atividades realizadas por artistas e desportistas são da competência cumulativa ilimitada ao Estado da fonte.

comercial desse Estado justifica a tributação do rendimento desses serviços, uma vez que o grau de envolvimento não podia ser medido em função do número de projetos¹⁴³.

Nos Comentários à Convenção Modelo ONU, discute-se o seu artigo 14.º, uma questão que surge devido à posição adotada por revisões anteriores na Convenção Modelo OCDE, que eliminou o artigo 14.º em 2000.

Alguns países defendiam a exclusão do artigo 14.º da Convenção Modelo ONU, propondo que a disposição deste artigo fosse incorporada no âmbito do artigo 5.º (sob a epígrafe “estabelecimento estável”) e 7.º (sob a epígrafe “lucros empresariais”) da Convenção Modelo ONU. Argumentavam que o conceito de “base fixa” contido no artigo 14.º era ambíguo e potenciador de incertezas na interpretação e aplicação de regras fiscais.

Com efeito, antes do ano de 2000, a atribuição proveniente de serviços profissionais e outras atividades independentes eram tratadas de forma separada, num artigo específico – artigo 14.º da Convenção Modelo OCDE. Este artigo, por sua vez, estabelecia regras semelhantes às aplicáveis aos lucros empresariais, utilizando o conceito de “base fixa” (previsto no artigo 14.º), em vez de “estabelecimento estável” (previsto no artigo 5.º), para situações não viradas para atividades comerciais e industriais.

No entanto, face às discordâncias¹⁴⁴ entre países sobre a correta supressão (ou não) deste artigo, optou a ONU por mantê-lo na sua Convenção. Mas, para os países que desejassem excluí-lo das CDTs, o Comité da ONU fornece orientações alternativas na forma de disposição complementar ao Comentário, permitindo uma flexibilidade na escolha do artigo 14.º.

Logo, se o artigo 14.º da Convenção Modelo ONU fosse excluído, o artigo 5.º, número 3, alínea b), da mesma Convenção passaria abranger no conceito de “estabelecimento estável”:

¹⁴³ A Convenção estabeleceu um período mínimo de 183 dias para justificar a tributação de serviços, independentemente do número de projetos. Embora os Comentários sugiram a necessidade de registos detalhados para evitar ambiguidades na aplicação fiscal, facilitados pela evolução tecnológica, alguns países consideraram possível incluir a frase “para o mesmo projeto ou projeto conexo” na alínea b) do número 3, deste artigo, visando uma aplicação mais justa das normas.

¹⁴⁴ Muitos países acreditavam haver diferenças entre “base fixa” e “estabelecimento estável” e que, na prática, podiam diminuir a tributação no Estado da fonte.

“b) A prestação de serviços, ~~incluindo serviços de consultoria~~, por uma empresa por meio de empregados ou outro pessoal contratado pela empresa para esse fim, mas apenas se atividades dessa natureza continuarem dentro de um Estado Contratante por um período ou períodos que totalizem mais de 183 dias em qualquer período de doze meses que comece ou termine no ano fiscal em causa.”¹⁴⁵

Portanto, excluir-se-iam as palavras (i) “incluindo serviços de consultoria”, uma vez que estes serviços já estavam claramente abrangidos pela definição de “prestação de serviços”; (ii) a substituição do “teste de seis meses” pelo “teste de 183 dias” como critério para determinar se a prestação de serviços ultrapassa o limiar significativo da presença de um Estado contratante; (iii) “o uso do ponto e vírgula” em vez do “ponto final” com a introdução da alínea c) que trataria de situações relacionadas com a prestação de serviços; (iv) “eliminação do texto em parêntesis – (para o mesmo projeto ou para um projeto conexo)” que potenciava inúmeras incertezas na aplicação, deixando a possibilidade de alguns Estados continuarem a incluir a referida frase em circunstâncias de dúvida e incerteza.

Seguidamente, ler-se-ia, como *supra* referido, uma nova alínea c), com o seguinte:

“c) para uma pessoa singular, a prestação de serviços num Estado Contratante por essa pessoa singular, mas apenas se a estadia da pessoa singular nesse Estado for por um período ou períodos que totalizem mais de 183 dias num período de doze meses que se inicie ou termine no ano fiscal em causa.”¹⁴⁶

Com a inclusão desta alínea pretende-se garantir que situações em que prestações de serviço derivadas de indivíduos (concretamente, pessoas singulares¹⁴⁷) originem um estabelecimento estável por um período mínimo de 183 dias dentro de um ano fiscal (doze meses). Com efeito, é uma inclusão necessária porque a exclusão do artigo 14.º da Convenção Modelo ONU também significa a exclusão do teste de “dias de presença física” (previsto no artigo 14.º, número 1, alínea b) da mesma Convenção). Como há ausência de teste equivalente na Convenção Modelo OCDE, torna-se necessário

¹⁴⁵ *Cfr.* Parágrafo 39 dos Comentários ao artigo 5.º, n.º 3, da CM ONU (2021).

¹⁴⁶ *Cfr.* Parágrafo 41 dos Comentários ao artigo 5.º, n.º 3, da CM ONU (2021).

¹⁴⁷ O Comité da ONU apela, no contexto de negociações bilaterais, que ambos os Estados procurem clarificar a questão quando negociarem sobre a (in)aplicação do artigo 14.º, uma vez que este refere “indivíduos”, contrariamente ao que sucede com a inclusão da nova alínea c), que refere “pessoas singulares”.

estabelecer uma disposição específica para garantir que situações semelhantes ainda sejam tratadas de forma adequada e consistente e que só seria possível através da inclusão desta alínea. Assim, poder-se-iam assegurar situações em que indivíduos que prestam serviços num Estado contratante, por um período significativo de tempo, criassem estabelecimento estável, o que proporcionava uma abordagem coerente e equitativa na tributação de atividades independentes no âmbito internacional.

Assim sendo, revelando-se manifesto que a escolha de incluir ou eliminar o artigo 14.º é uma prerrogativa dos Estados, o que implica que, na maioria das circunstâncias, ao optar pela última alternativa, se efetuam alterações nas referências a “serviços pessoais independentes”, “base fixa” e “serviços pessoais dependentes”, com o intuito de aprimorar a transparência do texto. Outras tantas devem ser consideradas em artigos subsequentes, também visando aperfeiçoar a sua clareza de forma concomitante.

Na medida do exposto:

- (i) A Convenção Modelo ONU adota uma abordagem mais abrangente e específica em comparação com a Convenção Modelo OCDE. Tal se evidencia pela inclusão de atividades relacionadas com projetos de “montagem” e “atividades de supervisão relacionadas com estaleiros, projetos de construção e de montagem”, além da redução do período temporal necessário para seis meses para a constituição de um estabelecimento estável (*cf.* alínea a), número 3, do artigo 5.º, da Convenção Modelo ONU).
- (ii) O conceito “estabelecimento estável – serviço” previsto na Convenção Modelo ONU não encontra consagração normativa no Modelo Convenção OCDE que, por sua vez, reflete a preocupação em tributar o Estado onde os serviços são prestados, baseando-se em critérios de presença e duração (i.e., “uma empresa através de funcionários ou outro (...) que prestem serviços (...) por um total de 183 dias em qualquer período de doze meses que comece ou termine no ano fiscal em causa”). Isto porque, grande parte dos países em desenvolvimento consideram que a prestação de serviços (seja de consultoria ou gestão), por países industrializados pode gerar grandes lucros (*cf.* alínea b), número 3, do artigo 5.º, da Convenção Modelo ONU).

- (iii) Com efeito, amplia-se o escopo de “estabelecimento estável – serviço” por meio de eliminação da frase “para o mesmo ou um projeto relacionado” visado, através da revisão feita em 2017, para evitar situações de abuso fiscal (i.e., fracionamento temporal dos contratos).
- (iv) A análise do artigo 14.º nos Comentários à Convenção Modelo ONU destaca-se como uma reflexão crucial, originada pela exclusão desse artigo na Convenção Modelo OCDE. A escolha de incluir ou eliminar o artigo 14.º é uma prerrogativa dos Estados, o que implica que, na maioria das circunstâncias, ao optar pela última alternativa, se efetuarem alterações nas referências a “serviços pessoais independentes”, “base fixa” e “serviços pessoais dependentes”, com o intuito de aprimorar a transparência do texto. Outras tantas devem ser consideradas em artigos subsequentes, também, visando aperfeiçoar a sua clareza de forma concomitante.

§2. A LISTA NEGATIVA

Em 2017, foram promovidas alterações ao número 4, do artigo 5.º e aditamentos ao número 4.1. da Convenção Modelo ONU, fundamentadas nas diretrizes do Relatório Final da OCDE/G20 sobre a Ação 7, com o intuito de submeter todas as atividades abrangidas por este número à condição de serem “preparatórias” ou “auxiliares”.

Em contraste com o Modelo Convenção OCDE, a ONU adota uma abordagem mais rigorosa ao excluir das alíneas a) e b) a “entrega de bens” da lista de atividades “preparatórias” ou “auxiliares”. Por outras palavras, a entrega, *de per si*, é uma atividade que pode constituir umnexo económico suficiente com o Estado da fonte para permitir a tributação nesse Estado.

Foi por meio de uma opinião generalizada do Comité das Nações Unidas que se decidiu pela supressão da palavra “entrega” e, por isso, um “armazém” que fosse destinado a esse propósito constituiria um estabelecimento estável se os requisitos do número 1, do mesmo artigo, fossem verificados. Na verdade, alguns países consideram a omissão da expressão na Convenção Modelo ONU como ponto de partida importante em relação ao Modelo Convenção OCDE, por permitir ao Estado da fonte obter lucros com a entrega rápida de *stock* de bens (que facilita a venda de produtos e, conseqüentemente, a obtenção de lucros), mediante a ligação contínua que apresenta com esse mesmo Estado.

Na prática, o efeito real pode não ser muito visível, uma vez que se parte do pressuposto de que as atividades “preparatórias” ou “auxiliares” geram rendimentos nulos ou relativamente baixos¹⁴⁸.

As problemáticas suscitadas pela interpretação do número 4, do artigo 5.º, da Convenção Modelo ONU dizem respeito a (i) escritórios de representação, (ii) oleodutos e (iii) armazéns, as quais serão discutidas e analisadas neste capítulo, à luz das disposições das alíneas a) e b) do referido artigo.

Como vimos, na Parte I, Capítulo III, §3, existe uma clara diferença sobre o que são atividades com carácter “preparatório” e “auxiliar”. De um modo geral, uma atividade de carácter “preparatório” é aquela que constitui uma parte essencial e significativa da atividade de uma empresa no seu conjunto. Em contrapartida, uma atividade de carácter “auxiliar”, geralmente, corresponde a uma atividade realizada para apoiar (sem a integrar) a parte essencial e significativa da atividade da empresa no seu conjunto.

Por isso, no caso de grandes armazéns (v.g., “*Mirror Sites*”¹⁴⁹) escritórios de representação com um número considerável de empregados, onde se armazenam e entregam bens da empresa que são vendidos *online*, suscita-se a dúvida sobre que situações se encontram abrangidos ou excecionados pela alínea a) e, por conseguinte, constituem ou não estabelecimento estável. Ora, é claro que não. Nesta situação, em concreto, as atividades representam um ativo relevante na atividade da empresa e, mais, constituem, até, parte “essencial e significativa” dela, não podendo ser, por conseguinte, classificadas como “preparatória” ou “auxiliar”.

Os próprios Comentários à Convenção Modelo OCDE¹⁵⁰ respondem exemplificativamente a esta questão, apresentando situações jurídicas iguais, mas com circunstâncias factuais distintas, que permitem uma melhor comparação das razões que levam à consideração da exclusão como um estabelecimento estável de carácter “preparatório” ou “auxiliar”. Os casos devem restringir-se estritamente às soluções que se encontram contempladas no artigo, excluindo-as, quando não envolvam apenas a mera

¹⁴⁸ *Cfr.* Parágrafo 59 dos Comentários ao artigo 5.º, n.º 4, da CM OCDE (2017); *Cfr.* Parágrafo 58 dos Comentários ao artigo 5.º, n.º 4, da CM ONU (2021).

¹⁴⁹ Tratam-se de computadores localizados dentro de um país, onde estão armazenados os produtos digitais que são transacionados e a partir dos quais é possível fazer *downloads* com mais rapidez e segurança na conexão.

¹⁵⁰ *Cfr.* Parágrafos 62 – 64 dos Comentários ao artigo 5.º, n.º 4, da CM OCDE (2017); *Cfr.* Parágrafo 58 dos Comentários ao artigo 5.º, n.º 4, da CM ONU (2021).

armazenagem, exposição ou entrega¹⁵¹ (momento em que a exceção deixa de se aplicar).¹⁵²

Além disso, podem surgir questões relativas à aplicação da definição de estabelecimento estável a instalações como cabos ou condutas que atravessam o território de um país. Vejamos, a título de exemplo e tal como ditam os Comentários de ambos os Modelos Convenção OCDE e ONU que, em regra, os rendimentos provenientes do proprietário ou operador de cabos oleodutos que concedem o uso a outras empresas encontram-se cobertas pelo artigo 6.º da Convenção Modelo OCDE, se forem consideradas como propriedade imóvel pela legislação do Estado onde é desenvolvida essa atividade.

Mas, tanto a Convenção Modelo OCDE, como a Convenção Modelo ONU, afirmam que as instalações (i.e., cabos ou oleodutos), quando usadas para transportar bens ou produtos pertencentes a outras empresas podem ser consideradas como estabelecimentos estáveis¹⁵³. Só assim não seria (considerado como estabelecimento estável), quando uma empresa que possui e opera um oleoduto, incidentalmente ao seu negócio, transportasse o seu próprio petróleo para a sua refinaria localizada num outro Estado, atravessando-o¹⁵⁴. Acresce que, ambas consideram que, na esfera do cliente do operador do cabo ou o oleoduto (a empresa cujo produto é transportado de um lugar para o outro) não constituiu um estabelecimento estável por tão só o cabo ou o oleoduto não se encontrar à disposição dele.

¹⁵¹ A título de exemplo, atividades relacionadas com o acompanhamento de instalação, serviços pós-venda em geral, caso em que é possível configurar um estabelecimento estável.

¹⁵² Cfr. KLAUS VOGEL, et al., *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 German Treaty Practice*, ob. cit., pp. 317, 319 e 320.

¹⁵³ Um exemplo paradigmático que ilustra a vastidão das interpretações adotadas pelos Estados no que concerne ao conceito de "estabelecimento estável" é o do Pipeline (No. IIR 12/92 de 30 de outubro de 1996), por decisão do *Bundesfinanzhof* alemão. Neste caso peculiar, uma empresa holandesa detinha um oleoduto subterrâneo destinado ao transporte de petróleo bruto e produtos petrolíferos provenientes de clientes terceiros, cuja extensão alcançava tanto os Países Baixos quanto a Alemanha. Como tal, foram suscitadas diversas questões legais por não disporem de funcionários na Alemanha e operarem a partir dos Países Baixos. O tribunal, ao considerar que o transporte de petróleo bruto e produtos petrolíferos constituía a atividade principal da empresa neerlandesa, decretou que tal atividade não poderia ser considerada como auxiliar e, por conseguinte, beneficiar de atividades constantes da lista negativa de situações insuscetíveis de criarem estabelecimento estável (*in casu*, da empresa na Alemanha). Em suma, entendeu-se que a existência de um oleoduto de uma sociedade holandesa no território alemão, mesmo que monitorado à distância, caracterizar-se-ia como um estabelecimento estável. – Cfr. Acórdão do *Bundesfinanzhof* (BFH) de 30.10.1996, processo II R 12/92.

¹⁵⁴ Cfr. Parágrafo 64 dos Comentários ao artigo 5.º, n.º 4, da CM OCDE (2017); Cfr. Parágrafo 58 dos Comentários ao artigo 5.º, n.º 4, da CM ONU (2021).

Contudo, a ironia da situação coloca-se quando duas Convenções Modelo com requisitos normativos distintos culminam numa resolução de casos idêntica. A solução que apontaríamos para um grupo de casos, à luz dos Comentários à Convenção Modelo OCDE¹⁵⁵, como, por exemplo, um “Estado R” que mantém num “Estado S” um armazém para entregar peças sobressalentes aos clientes para maquinaria que lhes são fornecidas e reparadas, seria considerado um estabelecimento estável, porquanto estas atividades ultrapassam o caráter “preparatório” ou “auxiliar” da atividade da empresa, tal como, se analisado à luz da Convenção Modelo ONU, também seria.

Um outro ponto particularmente relevante é a abordagem da alínea b), do número 4, do artigo 5.º, de ambas Convenções, que versa sobre a manutenção de um *stock* de bens ou mercadorias pertencentes a uma empresa. Factualmente são fornecidos por ambas as Convenções exemplos iguais¹⁵⁶, uma vez que as diferenças entre ambas assentam, essencialmente, uma na omissão e outra na inclusão da palavra “entrega”.

Isto posto, interessante é reparar que a consagração pela Convenção Modelo OCDE da “entrega”, *de per se*, não obsta à criação de um estabelecimento estável, tal como, *prima facie*, nos parece ser. Novamente, realça-se a natureza não automática da aplicação de situações elencadas neste número.

Numa análise aos Comentários relativos às disposições contidas nas alíneas a) e b), do número 4, do artigo 5.º, percebemos que, para efeitos de aplicação destas alíneas, não interessa que a transação comercial ocorra antes ou após o armazenamento ou a exposição, desde que os bens permaneçam sob propriedade da empresa e enquanto estiverem nesse local. Além disso, as alíneas também se aplicam a situações em que uma instalação, *stock* de bens ou mercadorias é mantida, tanto para armazenamento, quanto para exposição de bens, uma vez que estas últimas serão quase sempre utilizadas, ainda que por um curto espaço de tempo, para o armazenamento desses bens¹⁵⁷.

¹⁵⁵ *Cfr.* Parágrafo 63 dos Comentários ao artigo 5.º, n.º 4, da CM OCDE (2017); *Cfr.* Parágrafo 58 dos Comentários ao artigo 5.º, n.º 4, da CM OCDE (2021).

¹⁵⁶ Por exemplo, se uma empresa de logística armazena continuamente bens pertencentes a outra empresa sem acesso exclusivo para inspeção ou manutenção, o armazém não constitui um estabelecimento estável. Ao invés, se a empresa tem acesso ilimitado ao espaço do armazém para inspeção e manutenção, a alínea b) já se aplica. A determinação da existência de um estabelecimento estável depende da classificação atribuída a atividades – preparatórias ou auxiliares para as operações da empresa.

¹⁵⁷ “Para efeitos das alíneas a) a d), os termos “bens” e “mercadorias” referem-se a bens corpóreos e não abrangem, por exemplo, bens imóveis e dados (embora as alíneas se apliquem a produtos corpóreos que incluam dados, como CD e DVD)” (Tradução livre) – *Vide* Parágrafo 66 dos Comentários ao artigo 5.º, n.º 4, da CM OCDE (2017); *Cfr.* Parágrafo 58 dos Comentários ao artigo 5.º, n.º 4, da CM ONU (2021).

Adicionalmente, o novo número 4.1., incorporado no artigo 5.º da Convenção Modelo ONU, baseia-se numa regra antifragmentação de atividades, procurando evitar que uma empresa ou grupo de empresas relacionadas fragmente as suas atividades em pequenas operações por forma a invocar que se tratam de atividades “preparatórias” ou “auxiliares”¹⁵⁸.

Portanto, tecemos o seguinte:

- (i) A “lista negativa” de atividades do Modelo Convenção ONU não inclui o termo “entrega” de bens enquanto atividades consideradas como “preparatórias” ou “auxiliares”. Esta diferença assume importância pelo facto de “entrega” de bens criar um vínculo económico suficiente para a tributação no Estado da fonte (*cf.* alíneas a) e b), do número 4, do artigo 5.º).
- (ii) Adicionalmente, foi incorporado um novo número 4.1., ao artigo 5.º, da Convenção Modelo ONU, tal como sucedeu com a Convenção Modelo OCDE, que constitui uma norma antiabuso perante atividades realizadas por entidades “estritamente relacionadas” em dois tipos de situações, (i) quando tais empresas “estritamente relacionadas” têm um estabelecimento estável no outro Estado, as atividades são complementares de outra e fazem parte de uma atividade comercial coesa; (ii) quando, não existindo estabelecimento estável, as atividades combinadas realizadas pelas empresas não são meramente “preparatórias” ou “auxiliares”.

¹⁵⁸ Neste sentido, *vide* Parágrafo 81 dos Comentários ao artigo 5.º, n.º 4.1, da CM OCDE (2017), onde se apresenta o seguinte exemplo, aqui adaptado: RCO, um banco residente no Estado T, tem diversas sucursais no Estado S que constituem estabelecimento estável. Tem também um escritório (separado) no Estado S, onde alguns empregados verificam informação fornecida por clientes no âmbito de pedidos para concessão de crédito. Os resultados dessa análise são enviados para a sede de RCO no Estado R onde outros empregados analisam a informação recebida nos pedidos e fornecem relatórios às sucursais onde as decisões para concessão de crédito são efetuadas. Nesse caso, as exceções do n.º 4 do artigo 5.º não se aplicam ao escritório e, por sua vez, o n.º 4.1 impede a aplicação destas, uma vez que as condições do 4.1 se encontrarem reunidas. Vejamos que outro local (ou seja, qualquer uma das outras sucursais onde são apresentadas as concessões de crédito) constituem estabelecimento estável do RCO no Estado S e as atividades comerciais exercidas pelo RCO no escritório e na sucursal em causa constituem funções complementares que fazem parte de uma operação comercial coerente (ou seja, a concessão de créditos a clientes no Estado S).

§3. ESTABELECIMENTO ESTÁVEL – AGÊNCIA

Em 2017, as modificações efetuadas aos Modelos Convenção OCDE e ONU alargaram o escopo da definição de “estabelecimento estável – agência”, incluindo uma pessoa que regularmente celebra contratos ou desempenha consistentemente o papel principal que conduz à celebração de contratos em nome da empresa. Especificamente, optou-se por alterar os números 5 e 7 e aditar o n.º 6 do artigo 5.º da Convenção Modelo ONU, com o propósito de evitar a evasão artificial do conceito de estabelecimento estável, como tem sido discutido ao longo desta análise, através de estruturas comissionistas e estratégias similares, denominadas por “*commissionaire arrangements*” (i.e., vendas em nome próprio, mas por conta e risco principal).

Como previamente analisado, existe uma concordância geral difundida de que, caso a atuação de um indivíduo em nome de uma empresa resulte na estreita vinculação das atividades empresariais à realidade económica de um Estado específico, a referida entidade deve ser reconhecida como tendo estabelecimento estável nesse território, ainda que não mantenha uma presença física fixa conforme delineado no parágrafo 1. A regra ficciona a existência de um estabelecimento estável relativamente a atividades da empresa que, de outro modo, não seriam atribuídas a um estabelecimento estável de acordo com a regra básica¹⁵⁹.

Antes da alteração de 2017, as Convenções Modelo OCDE e ONU dispunham de uma norma menos abrangente, que apenas contemplava uma pessoa que atuava em nome de uma empresa e que, de forma habitual, detinha autoridade para celebrar contratos em nome da mesma. Embora a Convenção Modelo ONU adote o teor da alínea a), do número 5, do artigo 5.º, da Convenção Modelo OCDE, partindo do princípio que uma pessoa se (i) concluir habitualmente contratos em nome da empresa, (ii) para a transferência de propriedade ou a concessão do direito de uso da propriedade da empresa, (iii) ou para a prestação de serviços pela empresa, estabelece-se para essa empresa uma vinculação suficientemente estreita com um Estado “(...) ou se essa pessoa desempenhar habitualmente o papel principal conducente à celebração de contratos” (sublinhado nosso) e, por sua vez, suscetível de constituir um estabelecimento estável.

¹⁵⁹ Salienta-se que, existindo um estabelecimento estável à luz do estipulado pela regra básica estabelecida no número 1, do artigo 5.º, torna-se irrelevante a consideração da existência de um “estabelecimento estável – agente”.

A distinção é relevante porque, em 2017, ambas Convenções Modelo acrescentaram a frase “(...) ou desempenha habitualmente o papel principal conducente à celebração de contratos” (sublinhado nosso), com o intuito de abranger as empresas cujos agentes que, nos Estados contratantes, desempenhem um papel substancial na condução da negociação do contrato, mas garantem que o contrato efetivo não seja celebrado ou assinado no Estado onde o agente está localizado.

Porém, a Convenção Modelo ONU adita uma alínea b) a este artigo face à Convenção Modelo OCDE. Com esta adição, o número do artigo passa a ter um escopo mais amplo que a Convenção Modelo OCDE. Trata-se de uma amplitude normativa que foi introduzida especificamente para abordar situações em que as ações de um “agente a cargo”¹⁶⁰ podem resultar na configuração de um estabelecimento estável, mesmo na ausência da celebração (pela pessoa) habitual de contratos ou desempenho regular do papel principal conducente à celebração de certos contratos a executar pela empresa estrangeira, quando uma pessoa mantém um *stock* de bens ou mercadorias num Estado, sem deter uma presença significativa nesse mesmo Estado e onde efetua regularmente entregas a partir desse *stock*¹⁶¹.

Com efeito, surgem preocupações sobre a adição a este artigo pela Convenção Modelo ONU, uma vez que se potenciam situações em que agentes dependentes atuem como se fossem independentes, evitando a criação de um estabelecimento estável para a empresa que a representam.

O ponto chave para adição desta alínea é que se veio a considerar se criava um estabelecimento estável, mesmo que apenas a entrega física dos bens ocorresse num determinado Estado, se outras atividades de venda, como publicidade ou promoção, também fossem realizadas nesse Estado em nome do residente (quer fosse em nome (ou não) pela própria empresa ou pelos seus agentes dependentes) e contribuíssem para as vendas da empresa.

Acresce que, a Convenção Modelo ONU consagra um número 6, o qual foi aditado para lidar com situações relacionadas com atividades de seguradoras e com o intuito de evitar a evasão fiscal por parte das empresas de seguro que operam além das fronteiras.

¹⁶⁰ Vide nota de rodapé *supra*.

¹⁶¹ Cfr. Parágrafo 1 dos Comentários ao artigo 5.º da CM ONU (2021).

Com efeito, o setor dos seguros suscitava preocupações em diversos países (não apenas países em desenvolvimento), aquando da elaboração da Convenção Modelo das Nações Unidas. Se um agente de seguros atuasse de forma independente, os lucros não seriam sujeitos a tributação pela empresa no Estado da fonte, conforme o disposto no número 7, do artigo 5.º, da referida Convenção. Caso fosse agente dependente, nenhum imposto podia ser cobrado, uma vez que, geralmente, os agentes de seguro, normalmente, não gozavam de autoridade para celebrar contratos, como estipulado pela alínea a), do número 5, do mesmo artigo, da Convenção Modelo ONU.

Embora não se conheça similitude na Convenção Modelo OCDE, os seus Comentários tornam possível a consagração desta disposição, no contexto das negociações bilaterais entre os Estados. Ainda que a consagração normativa seja ausente numa e expressa noutra, ambos os Comentários às Convenções abordam situações relativas às atividades seguradoras. Os Comentários à Convenção OCDE¹⁶² sugerem que uma companhia de seguros de um Estado possa ser tributada num outro Estado sobre a sua atividade de seguros, se tiver um local fixo de negócios, conforme a verificação do requisito do número 1, do referido artigo, ou se conduzir negócios através de uma pessoa, conforme previsto no número 5, do mesmo artigo. Já, a Convenção Modelo ONU, numa disposição expressa, considera “que uma empresa de seguros de um Estado Contratante, exceto no que diz respeito ao resseguro, tem um estabelecimento estável no outro Estado Contratante se cobrar prémios no território desse outro Estado ou segurar riscos nele situados por intermédio de uma pessoa.”

A Convenção Modelo ONU procurou excluir as situações relacionadas com atividades de resseguros, nas quais os riscos são transferidos entre seguradoras, em diferentes países, presumivelmente, devido à possibilidade de ocorrência de eventos segurados em locais geograficamente distintos, dificultando assim a justificação de pretensões tributárias.

Além disso, a Convenção Modelo ONU não determinou a natureza específica ao tipo de agente envolvido, i.e., independentemente de ser agente dependente ou independente, deixando essa determinação aos Estados no contexto de negociações bilaterais, para a implementação de métodos adequados destinados à supervisão das

¹⁶² *Cfr.* Parágrafo 114 dos Comentários ao artigo 5.º, n.º 6, da CM OCDE (2017); *Cfr.* Parágrafo 71 dos Comentários ao artigo 5.º, n.º 6, da CM ONU (2021).

atividades seguradoras. Não obstante, vários países da OCDE optaram por incluir tais disposições.

A tributação deve basear-se no pressuposto de que a pessoa (seja ela empregada ou representante), responsável pela cobrança dos prémios e pela gestão do risco, esteja presente no país onde o risco se assume ou pode vir a assumir-se.

Concisamente, relevamos:

- (i) A ampliação do escopo da definição de “estabelecimento estável – agência” foi motivada pela preocupação de alguns países considerarem que, através de uma formulação restritiva, se incentivariam agentes dependentes a apresentarem-se como atuando em nome próprio (*cf.* alínea b), do número 5, do artigo 5.º, da Convenção Modelo ONU).
- (ii) Ademais, incluíram-se disposições específicas capazes de regular e fiscalizar as atividades realizadas por seguradoras, por forma a evitar a evasão fiscal e garantir uma tributação adequada das atividades transnacionais (*cf.* número 6, do artigo 5.º da Convenção Modelo ONU).

CAPÍTULO II

ESTABELECIMENTO ESTÁVEL – NO DIREITO NACIONAL

No contexto do direito interno, Portugal, enquanto membro da União Europeia, desde 1986 e muito embora tenha efetuado o seu pedido de adesão às Comunidades Europeias em 1977, participa ativamente nas discussões e na elaboração de padrões internacionais em matéria fiscal. “O pedido português de adesão (...) deve ser visto na perspectiva de uma longa e gradual aproximação de Portugal às Comunidades Europeias que só poderia, contudo, culminar na adesão depois da instauração do regime democrático.”¹⁶³

Ora, na década de 70, o conceito de estabelecimento estável em Portugal emergiu, ainda que de maneira não precisamente delineada, através do denominado Código de Contribuição Industrial Português e, logo após à sua adesão na OCDE, passou a adotar

¹⁶³ JOÃO MOTA DE CAMPOS, *A Ordem Constitucional Portuguesa e o Direito Comunitário*, Vol. I, 1.ª parte, Editora Pax, Braga, 1980, p. 25.

um conceito interno fundamentado num paradigma delineado na Convenção Modelo OCDE e que perdurou até ao seu alargamento, com a Lei do Orçamento de Estado de 2021.

O conceito evoluiu em Portugal em virtude da implementação de certos impostos, como os Impostos Sobre o Rendimento das Pessoas Singulares e Coletivas, abrangendo não apenas atividades elencadas na “lista tradicional”¹⁶⁴, mas também exploração florestal e mineração¹⁶⁵. Estes impostos já regulavam esta última situação e, atualmente, são regulados pela Convenção Modelo OCDE, no seu artigo 6.º, onde, de facto, ambas as disposições, de direito interno e de direito internacional público, conferem competência tributária ao Estado da fonte, onde tais explorações ocorrem. Por conseguinte, o conceito, como era mais abrangente, permitia que Portugal beneficiasse da tributação de não residentes que realizassem atividades económicas no seu território, especialmente, quando não havia celebrado muitas Convenções bilaterais¹⁶⁶ e sem as salvaguardas e restrições por elas proporcionadas.

Portanto, o conceito de estabelecimento estável em Portugal viu-se, após a celebração de inúmeras CDTs, atualmente 78 (em vigor)¹⁶⁷, abraçado pela legislação interna portuguesa que apresentava uma abrangência inferior àquela que se encontrava consagrada nas CDTs por Portugal, em contraposição com o que seria desejável ou prudente. Atualmente, com a Lei do Orçamento de Estado de 2021, testemunhamos uma mudança nesse paradigma, visto que Portugal incorporou um conceito no direito interno que transcende em amplitude aquele que se encontra consagrado nas CDTs e na Convenção Modelo OCDE, passando, surpreendentemente e, até agora, sem nenhuma explicação tornada pública, a alinhar-se à Convenção Modelo ONU.

Pelo que, concedemos particular relevância ao conceito interno de estabelecimento estável, pois é por meio dele que se garante a tributação de não residentes com presença no território nacional por intermédio de estabelecimentos estáveis.

¹⁶⁴ *Cfr.* Artigo 5.º, n.º 2, da CM OCDE (2017).

¹⁶⁵ Embora estas atividades se encontrem contempladas num artigo distinto no contexto do direito interno (*cfr.* artigo 5.º, n.º 3, al. b), do Código do IRC).

¹⁶⁶ Na década de 80, Portugal apenas tinha celebrado oito Convenções bilaterais.

¹⁶⁷ Até à presente data, Portugal celebrou 79 CDTs, “das quais 78 estão em vigor e 1 está assinada e aguarda entrada em vigor”. – *Cfr.* Autoridade Tributária e Aduaneira (AT). «Convenções para Evitar a Dupla Tributação».

Disponível

em:

https://info.portaldasfinancas.gov.pt/pt/informacao_fiscal/convencoes_evitar_dupla_tributacao/

[21.04.2024].

Ao analisarmos a consagração normativa do conceito de estabelecimento estável – i.e., “(...) instalação fixa através da qual exerce a sua atividade (...)” –, encontramos uma definição semelhante, embora não coincidente com a adotada no artigo 5.º da Convenção Modelo OCDE¹⁶⁸ presente no ordenamento jurídico português, especialmente nos Códigos do IRS¹⁶⁹ e do IRC¹⁷⁰, ainda que com algumas diferenças e que, em virtude de sua maior abrangência regulatória, proporciona uma maior facilidade de aplicação criteriosa.

No entanto, é importante ressaltar que a legislação fiscal portuguesa não inclui uma definição explícita do que se considera "estável" no contexto de uma instalação fixa, o que requer uma análise particular e individualizada para determinar se a instalação possui um certo grau de permanência, ou se é de carácter estritamente temporário, uma avaliação que está sujeita à natureza específica da atividade em questão.

De um modo geral, essa análise requer a presença física e uma certa permanência, ressaltando-se, mais uma vez, em sede deste capítulo, que a fixação absoluta ao solo não é imprescindível. Conforme evidenciado pelos Comentários da Convenção Modelo OCDE e exemplos da jurisprudência internacional, como o caso de restaurantes flutuantes e barcos, onde o carácter fixo pode ser reconhecido desde que em situações onde a atividade económica é regular, estável ou permanente¹⁷¹.

Diante disso, é pertinente apontar para as diferenças históricas no conceito de estabelecimento estável presentes no ordenamento jurídico interno e nas CDTs celebradas com Portugal em comparação com o padrão tradicional do conceito de estabelecimento estável estabelecido na Convenção Modelo OCDE.

Em primeiro, apontamos para o limite temporal que Portugal adota no âmbito do “estabelecimento estável – projeto/construção” de seis meses, ao invés do que aplica a

¹⁶⁸ *Cfr.* Artigo 5.º, n.º 1, da CM OCDE (2017). Dispõe: “1. (...) o termo “estabelecimento estável” significa um local fixo de atividades através do qual as atividades de uma empresa são exercidas no todo ou em parte.”

¹⁶⁹ *Cfr.* Artigo 18.º, n.º 2, do Código do IRS. Dispõe: “2. Entende-se por estabelecimento estável qualquer instalação fixa ou representação permanente através da qual seja exercida uma das atividades previstas no artigo 3.º.”

¹⁷⁰ *Cfr.* Artigo 5.º, n.º 1, do Código do IRC. Dispõe: “1. Considera-se estabelecimento estável qualquer instalação fixa através da qual seja exercida uma atividade de natureza comercial, industrial ou agrícola.”

¹⁷¹ Na jurisprudência nacional *vide*, a título de exemplo, os Acórdãos no âmbito do Centro de Arbitragem Administrativa, doravante “CAAD”; Processo n.º 1/2013-T do CAAD e Processo n.º 84/2013-T do CAAD.

Convenção Modelo OCDE¹⁷², um limite temporal de doze meses (tendo sido efetuada a correspondente reserva em CDTs).

Em segundo lugar, houve um desenvolvimento aprofundado do conceito “estabelecimento estável – projeto/construções”, relativamente “a instalações, plataformas ou navios de perfuração utilizados para a prospeção ou exploração de recursos naturais”¹⁷³, em comparação com o artigo consagrado pela Convenção Modelo OCDE que menciona “estaleiro ou projeto de construção ou de instalação.”

Em terceiro lugar, deu-se especial atenção à “irrelevância das interrupções temporárias”¹⁷⁴ ou à quantidade de entidades envolvidas no “estabelecimento estável – projeto/construções” para efeitos de contagem do prazo, o qual deve ser contado, individualmente¹⁷⁵, para cada estaleiro, a partir da data de início de atividade, incluindo os trabalhos preparatórios.

Em quarto lugar, o limitar de situações abrangidas pelas exclusões (simultaneamente exceções, constantes da chamada “lista negativa”) ao conceito de estabelecimento estável – atividades de carácter “preparatório” ou “auxiliar”.

Em conformidade com as mudanças promovidas pela OCDE no que diz respeito ao conceito de estabelecimento estável, com o propósito de mitigar práticas fiscais prejudiciais e evitar a evasão fiscal por parte das empresas multinacionais, impulsionadas pelo Projeto *BEPS* (que resultaram na revisão de 2017 ao artigo 5.º da Convenção Modelo OCDE e na introdução na MLI, na Parte IV, que trouxe modificações às CDTs já existentes), Portugal, através da Lei do Orçamento de Estado de 2021, implementou três

¹⁷² *Cfr.* Artigo 5.º, n.º 3, da CM OCDE (2017). Dispõe: “3. Um estaleiro ou projeto de construção ou instalação só constitui um estabelecimento estável se durar mais de doze meses.”

¹⁷³ *Cfr.* Artigo 5.º, n.º 3, do Código do IRC, anterior à revisão da Lei do Orçamento de Estado de 2021. Dispunha o seguinte: “3. Um local ou um estaleiro de construção, de instalação ou de montagem, as atividades de coordenação, fiscalização e supervisão em conexão com os mesmos ou as instalações, plataformas ou barcos de perfuração utilizados para a prospeção ou exploração de recursos naturais só constituem um estabelecimento estável se a sua duração e a duração da obra ou da atividade exceder seis meses.”

¹⁷⁴ No mesmo sentido, *vide* LUÍS MENEZES LEITÃO, *O Conceito de Estabelecimento Estável na Tributação do Rendimento, Estudos de Direito Fiscal, ob. cit.*, p. 148.

¹⁷⁵ A não ser que determinados projetos estejam integrados de forma coesa, quer a nível comercial, quer a nível geográfico, ou seja, ocupem o mesmo espaço e tenham uma continuidade operacional da atividade, caso esse em que se considera existir apenas um estabelecimento estável, mesmo que envolva atividades distintas, como montagem e reparação.

alterações significativas no âmbito do “estabelecimento estável – projetos/construções e pessoal”.

Eis que, mais uma vez, nos propomos, enquanto primeira das três grandes alterações feitas, a conferir à conceção de “estabelecimento estável – projeto/construção” a noção previamente mencionada de “ficção”, uma vez que o critério ultrapassa o princípio fundamental da instalação fixa ao determinar, atualmente, a existência de um estabelecimento estável àquele que envolve “instalações, plataformas ou navios” (antes, barcos de perfuração) “utilizados na prospeção ou exploração de recursos naturais”¹⁷⁶, com atividades de duração superior a 90 dias (antes, seis meses).

Mais, a segunda alteração viu-se, no âmbito do “estabelecimento estável – serviços”, quando Portugal aditou uma alínea c), no Código do IRC, equivalente à alínea b), do número 3, do artigo 5.º, da Convenção Modelo ONU, e inexistente no Modelo OCDE, que permite determinar pela sua tributação quando “as atividades de prestação de serviços, incluindo serviços de consultoria, prestados por uma empresa, através dos seus próprios empregados ou de outras pessoas contratadas pela empresa para exercerem essas atividades em território português, desde que tais atividades sejam exercidas durante um período ou períodos que, no total, excedam 183 dias num período de 12 meses com início ou termo no período de tributação em causa.”¹⁷⁷

A terceira modificação deixa de incidir na ótica do “estabelecimento estável – real”, abordando um outro tipo de “estabelecimento estável – pessoal”. Concretamente, o “estabelecimento estável – agência” previsto no artigo 5.º, n.º 6, al. b), do Código do IRC¹⁷⁸ já se encontrava previsto na versão anterior da norma. Tal como na Convenção Modelo OCDE, a norma, no ordenamento jurídico português, sofreu uma grande alteração, na sequência do Relatório *BEPS*.

O atual entendimento de estabelecimento estável abarca atividades realizadas por um agente que não possua independência jurídica e económica, exigindo-se, para tanto,

¹⁷⁶ *Cfr.* Artigo 5.º, n.º 3, al. b), do Código do IRC.

¹⁷⁷ *Cfr.* Artigo 5.º, n.º 3, al. c), do Código do IRC.

¹⁷⁸ *Cfr.* Artigo 5.º, n.º 6, al. b), do Código do IRC. Dispõe: “6. Considera-se, ainda, que existe estabelecimento estável sempre que uma pessoa, que não seja um agente independente nos termos do n.º 7, atue em território português por conta de uma empresa, sempre que: (...) b) exerça habitualmente um papel determinante para a celebração, pela empresa, de contratos referidos na alínea anterior de forma rotineira e sem alterações substanciais; (...)”.

que opere em território português em nome de uma empresa estrangeira, detendo e exercendo regularmente poderes de negociação e celebração de contratos que vinculem essa empresa.

Esta revisão veio densificar outro tipo de contratos suscetíveis de criar um estabelecimento estável, como os que envolvem (i) a transmissão da propriedade ou concessão do direito de uso de bens pertencentes à (ou legitimamente detidos pela) entidade não residente ou (ii) a prestação de serviços por essa entidade. Ademais, veio a materializar o princípio da substância sobre a forma (incluindo uma pessoa que apenas exerça habitualmente um papel determinante para a celebração de contratos, de forma rotineira e sem alterações substanciais) e, ainda, a abarcar estruturas comissionistas¹⁷⁹.

Efetivamente, a norma tem levantado inúmeras questões na definição correta de “agente dependente”, uma vez que parece reportar-se a contratos *standartizados*, nos quais os termos e condições já estão pré-definidos e não requerem negociação por parte do agente. No entanto, segundo os Comentários da Convenção Modelo OCDE¹⁸⁰, o agente apenas influencia terceiros na celebração do contrato, sem modificar os seus aspetos-chave. Devido à falta de precisão sobre o que constitui negociação “rotineira”, surgem incertezas quanto à sua correta aplicação. Por um lado, incertezas na inclusão de contratos que envolvem negociações por parte de agentes; por outro, há incertezas sobre a regularidade exigida para tais negociações. A questão torna-se relevante quando, a título de exemplo, nos deparamos com agentes menos experientes, que promovem alterações substanciais, ao contrário do que aconteceria com agentes já familiarizados com os contratos pretendidos pela empresa.

Mas mais, problemas em torno desta alínea b) veem-se, particularmente, nos esquemas comissionistas. Após a Lei do Orçamento de Estado de 2021, a legislação fiscal portuguesa afigura possível a criação de estabelecimento estável, quando há uma renegociação substancial dos termos contratuais por parte dos comissionistas, mesmo que estes não assinem os contratos (mas tão só a empresa vendedora comitente). Isto significa, que o comissionista, ao realizar negociações que alteram significativamente os contratos,

¹⁷⁹ MAARTEN FLORIS DE WILDE, «Lowering the Permanent Establishment Threshold via the Anti-BEPS Convention: Much Ado About Nothing?», *Intertax*, Vol. 45, Issue 8 & 9, 2017, pp. 559-560.

¹⁸⁰ *Cfr.* Parágrafo 88 dos Comentários ao artigo 5.º, n.º 5, da CM OCDE (2017); *Cfr.* Parágrafo 67 dos Comentários ao artigo 5.º, n.º 5, da CM ONU (2021).

pode inadvertidamente criar uma presença – estabelecimento estável – para a empresa no Estado onde o comissionista desenvolve a atividade, sujeitando-a a obrigações fiscais adicionais.

Por isso é que esta figura, dos comissários, afim da do agente, tem-se revelado especialmente controversa. O objetivo – “prevenção de forma artificial da classificação como EE através de acordos de comissão e estratégias similares”¹⁸¹ – explica-se por esquemas relacionados com contratos de comissão, frequentemente utilizados, terem sido apontados como um escape à tributação num Estado onde a sua atividade poderia justificá-la. Mas, não nos parece apropriado afirmar que, de facto, esquemas comissionistas sejam única e exclusivamente utilizados para evitar a tributação em determinados Estados, quando, na verdade, podem existir outros motivos legalmente válidos que podem levar à adoção desses contratos. Tomando como exemplo, mas não abordando em detalhe nesta tese, a intenção de explorar novos mercados, sem necessariamente evitar obrigações fiscais.

Como referimos, a figura dos comissionistas, plasmada no nosso Código Comercial¹⁸², diferencia-se da da agência, desde logo porque, na primeira situação, exige-se a prática de atos jurídicos¹⁸³ e, na segunda, a prática de atos materiais. Mais, o contrato de comissão é aquele em que o comissário pratica os seus atos no interesse do mandante (comitente), mas em seu nome (mandato sem representação¹⁸⁴), ou seja, ao contrário do agente, o comissário pratica atos tendencialmente mais ocasionais.

Toda a matéria relacionada com a figura dos comissários foi, deliberadamente, reservada para análise, em sede deste capítulo, a fim de permitir uma avaliação paralela com o regime português. No Código do IRC, vigora uma norma que impede a determinação automática de estabelecimentos estáveis de uma empresa estrangeira apenas pelo fato da atividade ser realizada por meio de um comissionista ou qualquer

¹⁸¹ OECD, *Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action 7 - 2015 Final Report*, cit., pp. 15-28.

¹⁸² Cfr. Artigo 266.º do Código Comercial. Dispõe que o contrato de comissão se dá “(...) quando o mandatário executa o mandato comercial sem menção ou alusão alguma ao mandante, contratando por si e em seu nome, como principal e único contraente.” Por sua vez e para um melhor entendimento de “mandato comercial”, vide artigo 231.º, do mesmo Código, que o define e ocorre “quando alguma pessoa se encarrega de praticar um ou mais atos de comércio por mandado de outrem.”

¹⁸³ ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Contratos de distribuição comercial: Relatório*, Almedina, Coimbra, 2002, p. 98.

¹⁸⁴ Cfr. Artigo 1180.º do Código Civil e, ainda, vide, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Comercial*, Vol. 1, AAFDL Editora, Lisboa, 1994, p. 235.

outro agente independente e no pressuposto de estes atuarem no âmbito normal da atividade correspondente, suportando o risco empresarial da mesma¹⁸⁵. Dessa forma, impõe-se que seja feita uma análise casuística¹⁸⁶ para determinar tanto o grau de dependência do agente (a existir), quanto a compreender que conceito deve ser aplicado, ou seja, se a figura dos comissionistas, se a figura de agentes.

Tanto os Comentários às Convenções Modelo OCDE¹⁸⁷ e ONU¹⁸⁸, quanto as disposições do nosso Código, configuram a existência de estabelecimento estável de empresas estrangeiras por meio de comissários por vincularem essas empresas, ainda que os contratos sejam assinados em nome próprio. Só assim não será, se o comissário exercer atividades consideradas “preparatórias” ou “auxiliares” que são excluídas do conceito de estabelecimento estável.

Ainda no contexto da elisão artificial da qualificação como estabelecimento estável através de contratos de comissão e figuras similares, destacamos a quarta diferença relacionada com o “estabelecimento estável – pessoal”. Esta diz respeito à possibilidade de afiguração de um estabelecimento estável pela manutenção de depósitos para entrega de bens em território português.

Tal como a Convenção Modelo OCDE, a lei fiscal portuguesa admite a criação de estabelecimento estável com base na existência de agentes dependentes, dispensando a necessidade de uma instalação fixa para tal. O alargamento do conceito de agente dependente, conforme estipulado na alínea c), do número 6, do artigo 5.º do Código do IRC, correspondente à alínea b), do número 5, do artigo 5.º da Convenção Modelo ONU e ausente na Convenção Modelo OCDE, tornou possível ao agente ser determinado como dependente, quando “(...) uma pessoa que não seja um agente independente(...)” atue por

¹⁸⁵ Cfr. Artigo 5.º, n.º 7, do Código do IRC. Dispõe: “7. Não se considera que uma empresa tem um estabelecimento estável em território português pelo simples facto de aí exercer a sua atividade por intermédio de um comissionista ou de qualquer outro agente independente, desde que essas pessoas atuem no âmbito normal da sua atividade, suportando o risco empresarial da mesma.”

¹⁸⁶ Frequentemente, ocorre uma interpretação abusiva e equivocada de esquemas comissionistas que, muitas vezes, são erroneamente assumidos como estratégias de evasão fiscal. Essa interpretação automática negligencia outros motivos legítimos para o uso desses contratos, mesmo quando eles estão em conformidade com o princípio de “*arm's length*”. No mesmo sentido *vide* OLIVER HOOR & KEITH O'DONNELL, «BEPS Action 7: The Attempt to Artificially Create a Taxable Nexus», *Tax Notes International*, Vol. 78, 2015, p. 931 e ARTHUR PLEISIER, «The Agency Permanent Establishment in BEPS Action 7: Treaty Abuse or Business Abuse?», *Intertax*, Vol. 43, Issue 2, 2015, p. 153.

¹⁸⁷ Cfr. Parágrafo 92 dos Comentários ao artigo 5.º, n.º 5, da CM OCDE (2017).

¹⁸⁸ Cfr. Parágrafo 67 dos Comentários ao artigo 5.º, n.º 5, da CM ONU (2021).

conta de uma empresa e “mantenha em território português um depósito de bens ou mercadorias para entrega desses bens ou mercadorias em nome da empresa, ainda que não celebre habitualmente contratos relativamente a esses bens ou mercadorias nem tenha qualquer intervenção na celebração desses contratos.”¹⁸⁹ (sublinhado nosso).

Neste caso, estamos perante uma cláusula aberta, pois a qualificação de um estabelecimento estável não depende exclusivamente da existência de um agente dependente, definido como alguém que “habitualmente celebra contratos”. Em vez disso, a norma deve ser entendida no pressuposto de que não existe um agente independente e, conseqüentemente, que a definição de estabelecimento estável é atribuída quando existem atividades relacionadas com “entregas de bens ou mercadorias em nome da empresa” mantidos em “depósitos de bens ou mercadorias” que contribuem para as vendas da empresa.

O propósito é reconhecer que, mesmo nos casos em que a entrega física dos produtos ocorre num Estado específico, se outras atividades de comercialização, como publicidade ou promoção, também forem realizadas nesse Estado e contribuirão para as vendas da empresa, seja inferida a existência de um estabelecimento estável.

Esta é uma especificidade normativa consagrada pelo legislador nacional que adere ao mesmo entendimento (ainda que não completamente coincidente¹⁹⁰) da Convenção Modelo ONU, sem apresentar qualquer similitude na Convenção Modelo OCDE e onde não se percebe a intenção do legislador ao introduzi-la. Uma vez que se trata da consolidação de uma norma já existente num dos Modelos de Convenção (ONU), optámos por não realizar a sua análise no âmbito das novidades legislativas introduzidas pelo legislador interno, embora também o seja.

Podemos entender que a norma parece não corresponder ao sentido que lhe foi pretendido atribuir, uma vez que, à partida, a situação se enquadraria numa atividade “preparatória” ou “auxiliar”, conforme previsto na alínea b), número 8, do artigo 5.º, do Código do IRC, sendo, portanto, insuscetível de ser qualificada como estabelecimento estável. A norma é demasiado abrangente e a tentativa de consagrar ou harmonizar as

¹⁸⁹ *Cfr.* Artigo 5.º, n.º 6, al. c), do Código do IRC.

¹⁹⁰ Da mesma forma que a CM ONU consagra a ideia de “*stock*”, Portugal consagra a ideia de “depósito de bens ou mercadorias” para a possível constituição de estabelecimento estável.

disposições de ambas as Convenções Modelos, neste caso, parece-nos excessiva. Não se considera adequado sujeitar a empresa à possível criação de estabelecimento estável por uma pessoa num outro Estado, onde apenas lhe presta o serviço de manter os bens, sem, inclusive, ter de intervir na celebração dos contratos da empresa com terceiros.

Com o exposto, constata-se que o regime fiscal português aborda de maneira mais detalhada diversas circunstâncias não abordadas pela Convenção Modelo OCDE, seja pela delimitação de prazos ou pela precisão na elaboração de conceitos. Isso ressalta a amplitude normativa do regime português em relação ao regime adotado pela OCDE, aspeto enfatizado neste capítulo.

Destacamos, por fim, uma novidade legislativa que deve ser interpretada por forma a evitar a elisão artificiosa da qualificação como estabelecimento estável através das exceções ou exclusões, com a consagração da definição do conceito de “empresa estritamente relacionada”. Esta norma visa combater a fragmentação de contratos e atividades económicas, como discutido ao longo deste estudo. Por isso, consideramos estar perante "empresas estritamente relacionadas" sempre que uma delas detenha direta ou indiretamente mais de 50% do total dos direitos de voto e do valor das partes de capital ou direitos ou participações efetivas nos capitais próprios da outra, ou quando a mesma entidade ou pessoa possui mais de 50% do total dos direitos de voto e do valor das partes de capital ou dos direitos ou participações efetivas nos capitais próprios de ambas as empresas."¹⁹¹

Até 2021, observámos que o conceito de estabelecimento estável em Portugal não acompanhou as mudanças e a evolução do sistema fiscal internacional. No entanto, a partir desse ano, rompeu-se com essa inércia, através da revisão ao conceito de estabelecimento estável, tradicional Pré-BEPS, introduzida pela Lei do Orçamento de Estado Português de 2021. Este trouxe uma reforma muito esperada do conceito interno de estabelecimento estável, influenciada tanto pela Convenção Modelo OCDE como pela Convenção Modelo ONU, esperando-se por uma revisão e renegociações bilaterais de CDTs, que, provavelmente, adotarão uma postura mais rígida do que a adotada no âmbito da MLI.

¹⁹¹ Cfr. Artigo 5.º, n.ºs 10 e 11, do Código do IRC.

Mas, nem todas as alterações, introduzidas pela Lei do Orçamento de Estado de 2021, embora recentes, são aplicáveis universalmente a todas as CDTs entre Portugal e outros Estados contratantes. Observa-se, com destaque, o respeito pelo princípio do primado do direito internacional¹⁹² sobre o ordenamento jurídico interno, que determina que as normas do Código do IRC vigorarão apenas na ausência de um Tratado de Dupla Tributação celebrado com outro Estado. Nesse cenário, as disposições do Tratado terão primazia sobre as disposições do direito nacional.

Portugal parece estar cada vez mais alinhado com o conceito de estabelecimento estável da Convenção Modelo ONU, enquanto se afasta progressivamente da Convenção Modelo OCDE, com a qual estava tradicionalmente alinhado. Esta mudança de paradigma é inesperada e pode surpreender intérpretes e tribunais, que historicamente se têm baseado na Convenção Modelo OCDE e seus Comentários para interpretar e aplicar o conceito de estabelecimento estável em Portugal. As divergências nas posições assumidas por Portugal em relação ao conceito de estabelecimento estável são surpreendentes, apresentando diferenças significativas, sem existir um padrão estratégico identificável que nos permita uma compreensão mais clara do seu novo conceito, exceto quanto à regra antifragmentação e o conceito de empresa estreitamente relacionada.

Assim, no capítulo subsequente, debruçar-nos-emos sobre os desafios emergentes na aplicação do direito interno português face ao novo conceito de estabelecimento estável, sobretudo, nos casos em que não existe um Acordo de Dupla Tributação com outro Estado. Tal conceito espelha características tanto da Convenção Modelo OCDE, quanto da Convenção Modelo ONU. Ademais, investigaremos a viabilidade de interpretar o direito fiscal nacional e internacional como sistemas sobrepostos ou passíveis de uma interpretação sobreposta, objetivando uma compreensão mais abrangente e harmoniosa das normas fiscais na contemporaneidade, de suma importância para uma análise exaustiva e uma aplicação efetiva e mais coerente das disposições.

Do exposto, concluímos que:

¹⁹² As normas convencionais de direito internacional devem prevalecer sobre o direito interno, por força do primado do direito internacional, nos termos do artigo 8.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa e do artigo 1.º, n.º 1, da Lei Geral Tributária.

- (i) O panorama do direito interno em Portugal, no contexto da UE, reflete um papel ativo nas discussões e definições de padrões internacionais.
- (ii) Atualmente, observa-se um distanciamento do Modelo Convenção OCDE, com uma curiosa aproximação aos princípios delineados pela Convenção Modelo ONU.
- (iii) Em 2021, alargou-se o conceito de estabelecimento estável. Além da regra antifragmentação, regras sobre “entidades estreitamente relacionadas”, outras mudanças viram-se ao nível (i) da redução do prazo temporal para determinar a existência de um estabelecimento estável, como por exemplo, nos casos de “instalações, plataformas ou navios utilizados na prospeção ou exploração de recursos naturais”; (ii) do “estabelecimento estável – serviço”, que agora inclui “serviços de consultoria prestados por uma empresa (...), desde que, no total, excedam 183 dias num período de 12 meses com início ou termo no período de tributação em causa”; e (iii) do “estabelecimento estável – pessoal” nos casos em que um agente atue em território português por conta de uma empresa e “mantenha depósitos de bens ou mercadorias para entrega desses bens ou mercadorias em nome dessa empresa.”
- (iv) O alinhamento do ordenamento jurídico mais próximo do Modelo Convenção ONU surpreende intérpretes e tribunais, que historicamente se têm baseado na Convenção Modelo OCDE e seus Comentários para interpretar e aplicar o conceito de estabelecimento estável em Portugal.

CAPÍTULO III

ANÁLISE CRÍTICA – AMBIGUIDADES NORMATIVAS

Consideramos que o enquadramento teórico empreendido, ao longo da presente dissertação, evidencia não só a afirmação e importância do princípio do “estabelecimento estável – real e pessoal”, mas também as notáveis discrepâncias que dele advêm.

Não obstante as alterações de grande relevância derivadas do Relatório *BEPS*, Ação 7, no que tange às já conhecidas questões: (i) abuso fiscal e (ii) elisão artificial de estabelecimentos estáveis, também não escapam a críticas.

Como cremos ter ficado claro, as Convenções Modelo OCDE e ONU refletem a falta de homogeneidade entre os Estados, tanto no que concerne aos sistemas fiscais adotados quanto às economias vigentes. Por isso, tecemos considerações acerca das realidades acima abordadas, ao longo deste capítulo, perguntando-nos se (i) estas, delineadas nas duas Convenções, são passíveis de comparação; (ii) se há (ou não) algum Modelo de Convenção ideal que, por sua vez, e em caso afirmativo, permitisse compatibilizá-las; (iii) se o direito fiscal nacional e o direito internacional fiscal são direitos sobrepostos ou podem ser sujeitos a uma interpretação sobreposta.

(i) Primeira questão

Em torno da primeira questão, a resposta enseja uma consideração e abordagem que transcenda os limites superficiais da interpretação. Inicialmente, ao lançarmos um olhar sobre o contexto histórico, abordado no primeiro capítulo da dissertação, propendemos a uma resposta negativa quanto a realidades historicamente comparáveis. Como tratámos anteriormente, os traços distintivos e a sua conseqüente desarmonia resulta de uma evolução histórica do conceito, que os torna incomparáveis. Os princípios tributários sobre os quais as Convenções Modelo OCDE e ONU assentam são distintos, entre os quais destacamos a injusta divisão de competências tributárias.

Efetivamente, tem-se argumentado que a Convenção Modelo OCDE apresenta um paradigma mais favorável à tributação no Estado da residência que, historicamente, correspondia aos países desenvolvidos (exportadores de capital). O tratamento que lhe é conferido corresponde ao princípio da tributação universal, onde os rendimentos dos residentes são tributados independentemente da sua origem¹⁹³.

Mas, em contraste com esta, a Convenção Modelo ONU limita essencialmente a tributação no Estado da fonte baseado também no princípio da territorialidade e direcionado, maioritariamente, a países em desenvolvimento (os quais recebem o investimento estrangeiro), onde a tributação incide sobre os factos ocorridos no território da ordem jurídica a que pertencem, independentemente da residência dos seus titulares. A teoria que lhe subjaz encontra-se, muitas vezes, relacionada com o “benefício”, por

¹⁹³ Tratamento que também é conferido pelo Código do IRC, nos termos do seu artigo 4.º.

entender o Estado da fonte ter pretensões tributárias sobre os recursos, meios e mercados utilizados.

Creemos ser imperativo reconhecer tais disparidades e ponderar cuidadosamente sobre as complexidades envolvidas ao conjugar disposições constantes das Convenções Modelo OCDE e ONU, no contexto internacional. Com efeito, quando analisadas de forma independente, cada uma dessas Convenções opera em conformidade com o seu próprio conjunto de disposições específicas. Mas, ao tentar harmonizá-las no contexto de negociações internacionais, criam-se desafios e instigam-se conflitos interpretativos na aplicação de disposições internacionais fiscais.

Reconhecendo a inadequação de Convenções Modelo existentes e não obstante termo-nos movimentado sempre no plano dos princípios, tanto da residência, como da fonte, para afirmarmos assegurada e consistentemente a falta de harmonização e compatibilização histórica destas realidades, cremos ser fundamental a análise cuidada do direito interno nacional para uma possível harmonização entre elas.

Indagamo-nos, assim, em torno do *supra* exposto, se existe um Modelo (ideal) de Convenção de Dupla Tributação Português e se este, por conseguinte, demonstra ser o meio ou paradigma capaz de dirimir ou compatibilizar normas mediante uma aplicação literal.

De facto, o modelo português, atualmente, bebe de contributos das duas Convenções¹⁹⁴ e que são manifestamente claros nos Tratados Portugueses. Em termos de uma análise de facto, atribuímos um papel preponderante do Modelo Convenção OCDE na celebração de CDTs Portuguesas. Tal circunstância não nos parece estranha, uma vez que, como membro fundador da OCDE, Portugal historicamente associa-se e adere a princípios e diretrizes que são frequentemente estabelecidos pela própria instituição. Acresce que, embora a Convenção Modelo OCDE seja predominantemente seguida e utilizada, a influência da Convenção Modelo ONU também é reconhecida, uma vez que aborda uma gama mais ampla de questões além das estritamente fiscais, concretamente, quando existem diferenças substanciais nas posições económicas entre Portugal e o outro Estado contratante. Além disso, a inclusão de disposições alinhadas com o Modelo

¹⁹⁴ Portugal é, simultaneamente, considerado como um país “mais e menos desenvolvido”.

Convenção ONU não é, geralmente, *prima facie* uma escolha do legislador interno. Pelo contrário, tal inclusão resulta, normalmente, de um reconhecimento casuístico de que essas disposições servem melhor os interesses dos dois Estados contratantes. Muitas vezes é motivada por considerações pragmáticas, em vez de adesão ideológica ou estratégica, o que demonstra que tais disposições não são exclusivamente destinadas ou utilizadas para países em desenvolvimento. Por vezes, encontramos necessidade de salvaguardar os direitos dos portugueses como Estado da fonte e, ainda, encontramos algumas disposições que estão alinhadas com o Modelo Convenção ONU que são cópias claras e perfeitas do mesmo. Por isso, afirmamos que as disposições da Convenção Modelo ONU não fazem parte de Tratados Internacionais Fiscais de Portugal, mas são o resultado de um pedido específico de outro Estado contratante.

(ii) Segunda questão

Pelo exposto, podemos afirmar que, no âmbito da segunda questão que nos cabe analisar, embora não exista um modelo ideal que sirva de base para a elaboração das Convenções de Dupla Tributação entre os Estados, é possível caminhar-se nessa direção por meio de uma reconstrução e conjugação normativa de ambos os Modelos. O ideal dessa combinação reside na introdução de divergências normativas de ambos os regimes, numa avaliação cuidadosa e inclusiva de normas sobre matérias que são abordadas nas Convenções Modelo.

Até mesmo, na ótica do legislador interno, mais fácil é dirimir litígios se não houver um único modelo uniforme em termos de interpretação de cláusulas de não discriminação pelo qual se sigam, quando não podem recorrer a qualquer orientação da União Europeia.

(iii) Terceira questão

Daí que o problema, sobre o qual se impõe responder à terceira questão, incida em torno da sobreposição, conjugação (ou não) normativo-interpretativa, e se coloque para o legislador interno e não para um plano convencional (onde não persistem dificuldades de aplicação normativa *de per se* no contexto internacional fiscal, pelo facto de os Estados contratantes, quando ao abrigo de CDTs, poderem optar por uma das disposições constantes das Convenções).

Por isso, cremos fundamentar a importância do tema na compatibilização de norma do direito interno e na forma de resolução no direito interno mediante a sua sobreposição interpretativa, uma vez que este capítulo centra-se nas incompatibilidades das Convenções e no novo conceito de estabelecimento estável, axioma este que deu origem a alguns desvios mais típicos dos Tratados Portugueses.

Desde logo, as regras antielisivas introduzidas com a Lei do Orçamento de Estado de 2021, suscitam incertezas e conflitos interpretativos entre Estados, dado que o conceito jamais recebeu tamanha atenção ou sofreu alterações tão significativas por parte do legislador interno português como ocorre na atualidade.

Parece-nos, então, ser claro que o resultado se consegue, primeiramente, se o direito interno for mais abrangente que as disposições resultantes do direito internacional. De facto, a adoção de conceitos internos mais abrangentes podem fornecer maior liberdade na adaptação de definições de estabelecimento estável de acordo com as circunstâncias específicas de cada caso, levando em consideração os princípios gerais do direito internacional e os objetivos das Convenções.

Mas, parece-nos também de suma importância discernir e interpretar minuciosamente a maneira pela qual o legislador interno se propõe aplicar um conceito de estabelecimento estável, agora mais alargado do que anteriormente normatizado, como foi introduzido pela Lei do Orçamento de Estado de 2021, um dos pilares reformistas mais aguardados nesse âmbito, influenciado tanto pelo Modelo Convenção OCDE quanto pela abordagem da ONU. De facto, Portugal tem direcionado de forma inequívoca as suas disposições em consonância com o Modelo Convenção ONU, afastando-se das suas Convenções tradicionais.

No âmbito do ordenamento jurídico português, as Convenções Modelo OCDE e ONU não gozam de hierarquia automática. De facto, não alcançam o estatuto de Tratados Internacionais, uma vez que não foram ratificados pelo Estado e não detém, por conseguinte, força vinculativa dentro dele. Bem assim, não desfrutam da primazia do direito internacional, consagrado pelo artigo 8.º, número 2, da Constituição da República Portuguesa, doravante “CRP”, onde se estabelece que “as normas constantes das Convenções Internacionais regularmente ratificadas ou aprovadas vigoram na ordem interna, após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internacionalmente o Estado

Português.” Dessa forma, tais instrumentos normativos não se revestem de superioridade hierárquica em relação às leis ordinárias, porquanto não emanam da Assembleia da República ou do Governo, a quem incumbiria tal prerrogativa.

Com efeito, o problema surge quando não existe uma CDT, seja por inexistir um acordo entre os Estados de origem e do destino dos rendimentos, seja devido a alguma disposição convencional que obsta à sua aplicabilidade. Assim, numa ou noutra situação, aquela pessoa não pode beneficiar da Convenção porque não é o beneficiário efetivo; aquele rendimento beneficiou de um regime privilegiado no Estado da fonte. Pelo que, percebemos a pouca importância, que assumem os artigos 31.º e 32.º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, que regem a interpretação dos Tratados Internacionais, vinculativos entre Estados, sobre a presente questão, sobre a qual nos impende analisar.

Como as Convenções Modelos OCDE e ONU e os seus Comentários são apenas consideradas como referências interpretativas¹⁹⁵, sem carácter vinculativo (quando não ratificadas pelos Estados¹⁹⁶), devemos sobre esta questão fazer a ponderação à luz das regras e princípios da interpretação das leis ou de hermenêutica jurídica.

Neste contexto, é crucial, ainda que brevemente, analisar as teorias relacionadas com a interpretação das normas tributárias, dada a sua influência na definição de um enquadramento interpretativo específico para o direito fiscal. A teoria "*in dubio contra*

¹⁹⁵ O facto de provirem de organismos “tecnocráticos”, destituídos de imparcialidade que se veem ao nível dos Estados participantes que formaram o “consenso” internacional e que são, na sua grande maioria, grandes potências económicas qualificadas como países desenvolvidos. O peso interpretativo dos Comentários emerge, por conseguinte, ainda mais mitigado no que diz respeito às CDTs firmadas por Estados não integrantes da OCDE. Por isso, para efeitos do artigo 31.º da Convenção de Viena, não se pode atribuir significado à expressão “contexto”, uma vez que dele não resulta efeito vinculativo ao próprio objeto dos Comentários e não se equipara a um Tratado Internacional. Portanto, não se poderá alegar a violação do Estado pela não adoção de interpretações dos Comentários, porquanto não configura a violação do Direito Internacional Público (ao invés do que sucederia, se os Estados atribuíssem vinculatividade aos Comentários). Para um melhor entendimento sobre a expressão “contexto” *vide* o artigo 31.º da Convenção de Viena. Disponível em: <https://gdde.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/rar67-2003.pdf> [21.04.2024].

¹⁹⁶ O procedimento de celebração de CDTs comporta duas fases para a sua conclusão. A primeira delas incide sobre a fase das negociações (sublinhado nosso), que são da competência do Governo (*cf.* artigo 197.º, n.º 1, al. b), da CRP). A segunda fase reporta-se à celebração (sublinhado nosso), a qual implica a aprovação da Assembleia da República (*cf.* artigo 161.º, al. i), da CRP) por constituir matéria da competência da mesma e, posteriormente, prossegue para o Presidente da República para ratificação (*cf.* artigo 135.º, al. b), da CRP) e publicação oficial no Diário da República (*cf.* artigo 119.º, n.º 1, al. b) e n.º 2, da CRP), sendo esta uma condição da respetiva eficácia jurídica e vinculação do Estado às obrigações do Tratado Internacional.

fiscum" defendia os interesses do contribuinte, em situações de incerteza, na interpretação das normas tributárias, especialmente, quando o imposto representava uma agressão ao direito de propriedade. Por outro lado, a teoria "*in dubio pro fisco*" primazia uma interpretação que beneficia a Administração Tributária, doravante "AT", sobrepondo o interesse público ao particular¹⁹⁷. Adicionalmente, uma outra corrente doutrinal advogava a interpretação literal das normas fiscais, vedando interpretações extensivas e analógicas para limitar a intervenção do Estado no património dos cidadãos, uma vez que reforçaria os princípios da defesa dos direitos e da segurança jurídica¹⁹⁸.

Ora, atualmente, há consenso na doutrina, no sentido em que as normas fiscais seguem os mesmos princípios interpretativos de outras normas jurídicas. Vejamos que, na determinação das regras de interpretação das normas fiscais, a Lei Geral Tributária, doravante "LGT", não resistiu a deixar de delinear o seu âmbito de aplicação no seu número 1, do artigo 11.º, sob a epígrafe, "Interpretação". Dispõe que, "na determinação do sentido e das normas fiscais e na qualificação dos factos a que as mesmas se aplicam são observadas as regras e princípios gerais de interpretação e aplicação das leis."

De facto, o direito fiscal é um ramo comum de direito, sujeito, por conseguinte, às regras gerais de interpretação das normas jurídicas estabelecidas no artigo 9.º, do Código Civil, o que ressalta a importância de considerar o pensamento legislativo, a unidade do sistema jurídico e as circunstâncias em que a lei foi elaborada¹⁹⁹.

Mas, apesar de ser regida pelos princípios gerais da hermenêutica jurídica, a interpretação das normas fiscais pode apresentar particularidades, especialmente, em relação à proteção dos direitos dos contribuintes, subsistindo no direito interno português princípios – da legalidade e da tipicidade – que excluem a aplicação analógica²⁰⁰ das normas fiscais e permitem, em certos casos, a interpretação extensiva das mesmas.

Como antedito, o artigo 9.º do Código Civil²⁰¹ estabelece as regras interpretativas básicas, enfatizando que a interpretação extensiva não se deve limitar à letra da lei, mas

¹⁹⁷ MANUEL HENRIQUES DE FREITAS PEREIRA, *Fiscalidade*, 5.º ed., Almedina, Coimbra, 2014, p. 221 e ss.

¹⁹⁸ Neste sentido, SALDANHA SANCHES considera a interpretação literal, em si mesma, uma recusa de interpretação. – *in*, *Manual de Direito Fiscal*, 3.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 136 e ss.

¹⁹⁹ *Cfr.* SÉRGIO VASQUES, *Manual de Direito Fiscal*, 1.ª ed., Almedina, Coimbra, 2013, 2.ª reimpr., p. 307.

²⁰⁰ A aplicação analógica encontra-se vedada, por não existir uma norma diretamente aplicável ao caso concreto, além de constituir uma área sob reserva absoluta da lei parlamentar. – *Cfr.* Artigo 103.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa.

²⁰¹ *Cfr.* Artigo 9.º, do Código Civil. Dispõe o seguinte:

considerar o pensamento legislativo subjacente, a fim de determinar o sentido e alcance da norma.

O quadro interpretativo sobre o qual o legislador se depara perante situações parcialmente não consagradas no Código do IRC, pode conduzir o próprio a interpretações extensivas (até como previsto no artigo 10.º do Estatuto dos Benefícios Fiscais, doravante “EBF”), se assim se justificar.

Segundo Baptista Machado, “(...) a interpretação extensiva ocorre quando se chega à conclusão de que a letra do texto fica aquém do espírito da lei ou que a forma verbal adotada peca por defeito, pois diz menos do que aquilo que se pretendia dizer. Neste sentido alarga-se ou estende-se então o texto, dando-lhe um alcance conforme ao pensamento legislativo, isto é, fazendo corresponder a letra da lei ao espírito da lei.”²⁰²

Por isso, a análise passará por duas premissas iniciais: que exista um mínimo de correspondência com a letra da lei e que seja possível realizar através de um raciocínio lógico, adequado e justo uma interpretação que precise o conteúdo normativo, o qual não foi devida e oportunamente tipificado pelo legislador interno, sem desvirtuar o espírito da norma que lhe deu origem.

Nas palavras de Manuel de Andrade²⁰³, que se passam a citar, “(...) Para se determinar esta finalidade prática da norma, é preciso atender às relações da vida, para cuja regulamentação a norma foi criada. Devemos partir do conceito de que a lei quer dar satisfação às exigências económicas e sociais que brotam das relações (natureza das coisas). E, portanto, ocorre em primeiro lugar um estudo atento e profundo, não só do mecanismo técnico das relações, como também das exigências que derivam daquelas situações, procedendo-se à apreciação dos interesses em causa.

“1. A interpretação não deve cingir-se à letra da lei, mas reconstituir a partir dos textos o pensamento legislativo, tendo sobretudo em conta a unidade do sistema jurídico, as circunstâncias em que a lei foi elaborada e as condições específicas do tempo em que é aplicada.

2. Não pode, porém, ser considerado pelo intérprete o pensamento legislativo que não tenha na letra da lei um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso.

3. Na fixação do sentido e alcance da lei, o intérprete presumirá que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados.”

²⁰² JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, 1.ª ed., Almedina, Coimbra, 2006, 15.ª reimpr., p. 246.

²⁰³ *Cfr.* MANUEL DE ANDRADE, *Ensaio Sobre a Teoria da Interpretação das Leis*, 3.ª ed., Arménio Amado Editor, 1978, pp. 141 e ss.

A interpretação não é pura arte dialética, não se desenvolve com método geométrico num círculo de abstrações, mas perscruta as necessidades práticas da vida e a realidade social (...).”

Por isso, consideramos ser através destas premissas a chave para a resolução deste problema e a ponte para a compreensão de uma terceira premissa – sobreposição interpretativa no direito interno – também, essencial para a nossa compreensão.

Ora, a via da sobreposição interpretativa é uma técnica que se baseia na coincidência literal entre disposições legais, podendo, nos casos parcialmente não consignados no Código do IRC, quanto ao conceito de estabelecimento estável, socorrer-se de uma interpretação extensiva (permitida) dos preceitos e diretrizes estabelecidos nas Convenções Modelo OCDE e ONU e seus Comentários, preenchendo o espírito que o legislador interno inicialmente pretendia dar. Nesse sentido, é fundamental compreender o objetivo (o elemento teleológico) que a norma visa alcançar em ambos os regimes, uma vez que toda a norma tem a sua *ratio*.

Neste contexto, vejamos, a título de exemplo, típicas situações de comércio tradicional, que abrangem transações *online*, onde os consumidores compradores adquirem bens mediante uma contrapartida financeira (i.e., pagamento do preço) e estes são entregues na residência do comprador final, recolhidos num armazém destinado para o efeito, ou até recebidos por correio.

O aditamento da alínea c), ao número 6, do artigo 5.º, do Código do IRC, considera que existe estabelecimento estável sempre que uma pessoa, que não seja um agente independente nos termos do n.º 7, atue em território português por conta de uma empresa, sempre que “mantenha em território português um depósito de bens ou mercadorias para entrega desses bens ou mercadorias em nome da empresa, ainda que não celebre habitualmente contratos relativamente a esses bens ou mercadorias nem tenha qualquer intervenção na celebração dos contratos.”

O legislador interno decidiu adotar o que dispunha já a Convenção Modelo ONU porque reconheceu especial importância de abordar a possibilidade de um agente dependente atuar em nome próprio. A Convenção Modelo ONU pressupõe a existência de um estabelecimento estável relativamente a situações em que uma “pessoa não celebre

habitualmente contratos nem desempenha o papel principal conducente à celebração desses contratos, mas mantém habitualmente nesse Estado um *stock* de bens ou mercadorias a partir do qual essa pessoa entrega regularmente bens ou mercadorias por conta da empresa.”

Já, a Convenção Modelo OCDE não possui uma disposição expressa sobre a manutenção de um *stock*, depósitos ou mercadorias para entrega, regular ou não, desses bens ou mercadorias em nome da empresa como condição bastante para a criação de um estabelecimento estável. Pelo contrário, *prima facie*, parece fazer excluir a constituição de estabelecimentos estáveis a este tipo situações (i.e., situações em que tais armazéns de bens onde se acumulam os bens encomendados), nos termos do artigo 5.º, número 4, alínea b), da Convenção Modelo OCDE.

Logo, poderíamos concluir que, por via de uma sobreposição literal do regime da OCDE e o Código do IRC (semelhante ao da ONU), o primeiro (regime da OCDE) não configura a existência de estabelecimento estável relativamente a atividades de caráter “preparatório” ou “auxiliar”, como por exemplo, atividades que se encontram relacionadas com a “manutenção de um *stock* de bens ou mercadorias pertencentes à empresa apenas para efeitos de armazenamento, exposição ou entrega”²⁰⁴ (sublinhado nosso), ao invés do que sucede com o regime Português e ONU que optaram pela supressão da palavra "entrega”.

Por sua vez, sem grandes dificuldades, numa situação deste teor, embora a Convenção Modelo OCDE não aborde explicitamente esta questão, o regime Português, em consonância com a Convenção Modelo ONU, por conterem disposições normativas semelhantes, reconhecem a relevância dessas atividades “preparatórias” ou “auxiliares”, ao suprimirem a expressão “entrega” na configuração de um estabelecimento estável.

De facto, a disposição adotada no Código do IRC reflete uma preocupação relativamente a possíveis abusos por parte de agentes dependentes, que pudessem agir em nome próprio e, por conseguinte, evitassem certas obrigações ou restrições. É uma das particularidades que destacamos, não só por alargar o seu conceito face à definição do

²⁰⁴ Cfr. Artigo 5.º, n.º 4, al. b), da CM OCDE (2017).

Modelo Convenção OCDE, mas também por, conseqüentemente, atribuir competência tributária ao Estado da fonte, aquando inexistir uma Convenção de Dupla Tributação.

Por isso, perguntamo-nos se, face ao *supra* mencionado, será possível socorrermos de uma interpretação extensiva, no presente caso, para percebermos melhor a inclusão desta alínea no ordenamento jurídico português perante situações não consagradas expressamente na legislação portuguesa, mas com um mínimo de correspondência literal com a mesma.

Numa primeira análise, a interpretação extensiva desempenha um papel crucial na interpretação e aplicação da legislação fiscal portuguesa, especialmente, nos casos em que a letra do texto da lei fica aquém do espírito da lei, sendo a presente situação, um exemplo claro que retrata a possível interpretação extensiva.

Numa segunda análise, a diferença que apontámos com a redação dos vários regimes, OCDE, ONU e Portugal, levanta questões sobre a interpretação e aplicação da legislação fiscal portuguesa. No entanto, ao examinarmos os Comentários da OCDE, percebemos preocupações semelhantes às abordadas na legislação portuguesa. Por exemplo, os Comentários da OCDE indicam que se uma empresa que mantivesse um escritório para publicidade dos seus próprios produtos ou serviços, exercesse também atividades de publicidade por conta de outras empresas nesse local, esse escritório seria considerado como um estabelecimento estável da empresa que o mantém²⁰⁵.

De igual modo, entende o regime Português e ONU, ao perfilhar da *ratio* que deu origem à disposição da Convenção Modelo ONU (praticamente inalterada pelo nosso regime), que além de situações claras de “entregas físicas” (diferença que apontamos na Convenção Modelo OCDE e que segundo esta não constituem estabelecimento estável), se outras atividades de venda, como publicidade ou promoção, também forem realizadas nesse Estado e contribuírem para as vendas da empresa, poderão ser consideradas estabelecimento estável (o que nada diz explicitamente a Convenção Modelo OCDE quanto a este aspeto, admitindo apenas nos seus Comentários tal possibilidade). As atividades, que ultrapassem a mera armazenagem, exposição ou entrega, afastam a aplicação da regra de exclusão de um estabelecimento estável.

²⁰⁵ *Cfr.* Parágrafo 61 dos Comentários ao artigo 5.º, n.º 4, da CM OCDE (2017).

Assim, diante da sobreposição literal entre disposições legais acima referidas e dos propósitos e preocupações quanto à verdadeira intenção legislativa do legislador, surge a necessidade de uma interpretação extensiva, que geralmente se manifesta na forma de extensão teleológica, ou seja, o sentido da própria razão de ser da lei. Por sua vez, implica estender o alcance da legislação portuguesa para incluir situações alinhadas com seu espírito e propósito legislativo, mesmo que não estejam explicitamente mencionadas no texto da lei.

Portanto, podemos concluir que a interpretação extensiva, quando possível, desempenha um papel crucial na interpretação da legislação tributária em Portugal, garantindo que a sua aplicação esteja alinhada com os objetivos legislativos e as preocupações expressas noutras legislações internacionais, como os Comentários da Convenção Modelo OCDE.

Mas, se por um lado afirmamos pela sua possibilidade e legitimidade quanto a casos parcialmente não consignados no Código do IRC, por outro, quanto a casos totalmente não consignado, já assim não o é. Salientamos que esta abordagem não pode ser aplicada a situações que não apresentem um mínimo de correspondência literal. Se uma determinada situação não é contemplada tanto no Código do IRC, como nas Convenções Modelos OCDE ou ONU e não possui um espírito similar noutra Convenção, aplicá-la representaria uma violação dos princípios da tipicidade e legalidade fiscal, por analogicamente a interpretação, proibida pela lei fiscal, distorcer a intenção original do legislador e comprometer a integridade do sistema jurídico. Portanto, é essencial garantir que haja um mínimo de correspondência literal entre a situação em questão e as disposições da lei tributária para evitar interpretações que violem os princípios fundamentais do direito fiscal.

Podemos concluir a final que:

- (i) As Convenções Modelo OCDE e ONU refletem a falta de uniformidade entre os Estados, tanto em relação aos sistemas fiscais adotados quanto às economias em vigor. Diante disso, questionámos se (i) essas realidades historicamente distintas, delineadas nas duas Convenções Modelos, eram passíveis de comparação; (ii) se há algum Modelo de Convenção ideal que permite compatibilizá-las; (iii) e se o Direito Fiscal Nacional e o Direito

Internacional Fiscal são sobrepostos ou passíveis de uma interpretação sobreposta.

- (ii) A resposta à primeira questão sugere uma análise que vai para além dos limites superficiais da interpretação, reconhecendo a dificuldade comparativa entre os dois Modelos de Convenção devido às suas fundamentações históricas distintas.
- (iii) Em relação à segunda questão, embora não haja um modelo ideal, a combinação normativa de ambos Modelos pode representar um modelo a seguir.
- (iv) Quanto à terceira questão, a sobreposição interpretativa no direito interno é essencial para resolver as incompatibilidades das Convenções e o novo conceito de estabelecimento estável. A interpretação extensiva que, normalmente é proibida pela lei fiscal portuguesa, desempenha um papel crucial na interpretação e aplicação da legislação fiscal portuguesa, especialmente, nos casos em que a letra da lei não abrange seu espírito, como resulta do artigo 10.º do EBF. No entanto, é fundamental garantir que haja um mínimo de correspondência literal entre a situação em questão e as disposições da lei fiscal para evitar interpretações violadoras de princípios fundamentais do direito fiscal.

CONCLUSÕES GERAIS

A complexidade do conceito de estabelecimento estável e a sua relevância na tributação internacional ressaltam a necessidade premente de se adotarem abordagens claras e equitativas para lidar com as questões fiscais entre diferentes Estados. Esta exigência torna-se ainda mais evidente diante das interpretações divergentes sobre certas disposições presentes nos Modelos Convenção OCDE e ONU. No essencial, pretende a Convenção Modelo ONU alinhar-se com as recomendações OCDE/G20 sobre a Ação 7 do *BEPS*, apoiando-se no Modelo Convenção OCDE.

Primeiramente, constatámos que, apesar de ambos os regimes reconhecerem o conceito de estabelecimento estável, a Convenção Modelo ONU adota uma abordagem mais abrangente e específica em comparação com a Convenção Modelo OCDE. Tal se evidencia pela inclusão de atividades relacionadas com projetos de “montagem” e

“atividades de supervisão relacionadas com estaleiros, projetos de construção e de montagem”, além da redução do período temporal necessário para seis meses para a constituição de um estabelecimento estável (*cf.* alínea a), número 3, do artigo 5.º da Convenção Modelo ONU).

Notavelmente, o conceito “estabelecimento estável – serviço” previsto na Convenção Modelo ONU não encontra consagração normativa no Modelo Convenção OCDE que, por sua vez, reflete a preocupação em tributar o Estado onde os serviços são prestados, baseando-se em critérios de presença e duração (i.e., “uma empresa através de funcionários ou outro (...) que prestem serviços (...) por um total de 183 dias em qualquer período de doze meses que comece ou termine no ano fiscal em causa”). Isto porque, grande parte dos países em desenvolvimento consideram que a prestação de serviços (seja de consultoria ou gestão), por países industrializados pode gerar grandes lucros (*cf.* alínea b), número 3, do artigo 5.º, da Convenção Modelo ONU).

Por meio de uma análise metódica dos Comentários à Convenção Modelo ONU, procedemos à escrutinação do artigo 14.º (“serviços pessoais independentes”), uma questão que surge em virtude da sua exclusão na Convenção Modelo OCDE, posteriormente, assimilada pelo artigo 5.º (“estabelecimento estável”). Todavia, o Comité das Nações Unidas optou por manter essa disposição, facultando diretrizes alternativas aos Estados que aderissem ao entendimento da ONU ou preferissem tal opção.

No que tange à "lista negativa" de atividades, as alterações são perceptíveis na Convenção Modelo ONU, pela supressão do termo "entrega" de bens, na medida em que a atividade de uso de uma instalação fixa para “entrega” de bens ou manutenção de *stock* de bens constitui, para esta, um estabelecimento estável, não sendo, portanto, isenta de tal classificação, ao contrário do que estipula a OCDE. Além disso, foram debatidas e exemplificadas, nesse contexto, situações frequentemente observadas quanto à possibilidade de se criar um estabelecimento estável perante instalações como cabos ou oleodutos, que *ab initio* referir-se-iam como atividades “preparatórias” ou “auxiliares” de uma empresa (*cf.* alíneas a) e b), do número 4.º, do artigo 5.º, da Convenção Modelo ONU). Adicionalmente, foi incorporado um novo número 4.1., ao artigo 5.º, da Convenção Modelo ONU, tal como sucedeu com a Convenção Modelo OCDE, que constitui uma norma antiabuso perante atividades realizadas por entidades “estritamente relacionadas”.

Por fim, a ampliação do escopo da definição de “estabelecimento estável – agência” foi motivada pela preocupação de alguns países considerarem que através de uma formulação restrita se incentivariam agentes dependentes a apresentarem-se como atuando em nome próprio (*cf.* alínea b), do número 5, do artigo 5.º, da Convenção Modelo ONU). Ainda sobre este tipo de estabelecimento estável, incluíram-se disposições específicas capazes de regular e fiscalizar as atividades realizadas por seguradoras, por forma a evitar a evasão fiscal e garantir uma tributação adequada das atividades transnacionais (*cf.* número 6, do artigo 5.º, da Convenção Modelo ONU).

No contexto do direito nacional, Portugal, enquanto Estado-Membro da UE, reflete um papel ativo nas discussões e definições de padrões fiscais internacionais. No entanto, ao analisar o histórico do conceito de estabelecimento estável em Portugal, desde a década de 70 até às recentes mudanças introduzidas pela Lei do Orçamento de Estado de 2021, torna-se evidente uma evolução marcada e influenciada tanto pela adesão às normas internacionais, quanto pela necessidade de adaptação de um panorama fiscal capaz de solucionar questões e situações que se encontram em constante mudança.

Alinhado com a Convenção Modelo OCDE, o conceito de estabelecimento estável adotou uma postura mais abrangente, em função das necessidades da altura. No entanto, atualmente, observa-se um distanciamento desse Modelo de Convenção, com uma curiosa aproximação aos princípios delineados na Convenção Modelo ONU. Esta mudança, embora significativa, carece de uma justificação clara por parte do legislador interno português e pode apresentar desafios interpretativos para os tribunais e intérpretes habituados a uma definição baseada num Modelo Convenção (OCDE) que foi seguido por longos anos.

De um modo geral, em 2021, foram introduzidas alterações que originaram o novo conceito de estabelecimento estável. Além da regra antifragmentação, regras sobre “entidades estreitamente relacionadas”, outras mudanças viram-se ao nível (i) da redução do prazo temporal para determinar a existência de um estabelecimento estável, como por exemplo, nos casos de “instalações, plataformas ou navios utilizados na prospeção ou exploração de recursos naturais”; (ii) do “estabelecimento estável – serviço”, que agora inclui “serviços de consultoria prestados por uma empresa (...), desde que, no total, excedam 183 dias num período de 12 meses com início ou termo no período de tributação em causa”; e (iii) do “estabelecimento estável – pessoal” nos casos em que um agente

atue em território português por conta de uma empresa e “mantenha depósitos de bens ou mercadorias para entrega desses bens ou mercadorias em nome dessa empresa.”

Até 2021, constatamos que o conceito de estabelecimento estável em Portugal não acompanhou as mutações e a evolução do sistema fiscal internacional. Porém, a partir desse ano, rompeu-se com essa inércia através da Ação 7 do *BEPS* e da Lei do Orçamento de Estado de 2021. Este trouxe uma reforma muito esperada do conceito interno de estabelecimento estável, influenciada pelas Convenções Modelo OCDE e ONU, e que impulsionará revisões bilaterais de CDTs, provavelmente com posturas mais restritivas que as da MLI.

Algumas mudanças introduzidas pela Lei do Orçamento de Estado de 2021 não se aplicam universalmente a todas as CDTs celebradas entre Portugal e outros Estados contratantes. No que concerne ao ordenamento jurídico interno, destaca-se o respeito pelo princípio do primado do direito internacional, o qual apenas faz prevalecer as normas constantes do Código do IRC na ausência de uma CDT.

Portugal alinha-se cada vez mais com o conceito de estabelecimento estável consignado na Convenção Modelo ONU e afasta-se gradualmente da Convenção Modelo OCDE, facto este muito surpreendente para intérpretes e tribunais, que historicamente têm seguido a Convenção Modelo OCDE para interpretar e aplicar o conceito de estabelecimento estável em Portugal. Com efeito, este apresenta diferenças significativas e sem um padrão estratégico identificável, exceto em relação à regra antifragmentação e ao conceito de “empresa estreitamente relacionada”.

Na realidade, as próprias Convenções Modelo OCDE e ONU refletem a falta de uniformidade entre os Estados, tanto em relação aos sistemas fiscais adotados, quanto às economias em vigor. Diante disso, questionámos se (i) essas realidades historicamente distintas, delineadas nas duas Convenções Modelos, eram passíveis de comparação; (ii) se há algum Modelo de Convenção ideal que permite compatibilizá-las; (iii) e se o Direito Fiscal Nacional e o Direito Internacional Fiscal são sobrepostos ou passíveis de uma interpretação sobreposta.

Em relação à primeira questão, a resposta sugere uma consideração que transcende os limites superficiais da interpretação. Ao examinar o contexto histórico, torna-se claro

que as distinções entre os princípios tributários das Convenções Modelo OCDE e ONU tornam difícil uma comparação histórica. As Convenções refletem diferentes abordagens. Por exemplo, a OCDE dá prioridade à tributação universal, focando-se, principalmente, nos países desenvolvidos. Já, a ONU prioriza o princípio da territorialidade, especialmente, nos países em desenvolvimento. Diante dessas disparidades, é crucial reconhecer a necessidade de uma análise cuidada do direito interno nacional para harmonizar essas Convenções, quando necessário.

Em relação à segunda questão, embora não exista um modelo ideal, a combinação normativa de ambos os Modelos pode representar um caminho a seguir. A introdução de divergências normativas de ambos os regimes requer uma avaliação meticulosa e inclusiva das normas sobre matérias abordadas nas Convenções Modelo. Como mencionámos anteriormente, para o legislador interno é preferível não adotar um único Modelo uniforme em termos de interpretação de cláusulas, quando não se pode recorrer a outra orientação da União Europeia.

Quanto à terceira questão, a sobreposição interpretativa no direito interno é essencial para resolver as incompatibilidades das Convenções e o novo conceito de estabelecimento estável. A interpretação extensiva que, normalmente é proibida pela lei fiscal portuguesa, desempenha um papel crucial na interpretação e aplicação da legislação fiscal portuguesa, especialmente, nos casos em que a letra da lei não abrange seu espírito, como resulta do artigo 10.º do EBF. No entanto, é fundamental garantir que haja um mínimo de correspondência literal entre a situação em questão e as disposições da lei fiscal para evitar interpretações violadoras de princípios fundamentais do direito fiscal.

Portanto, a análise dessas questões revela a complexidade e a necessidade de uma abordagem cuidadosa para harmonizar as disposições das Convenções Modelo OCDE e ONU, no contexto internacional, ao mesmo tempo em que se considera o direito interno nacional e os seus princípios interpretativos.

CONCLUSÃO FINAL

Consideramos que o enquadramento histórico e teórico do conceito de estabelecimento estável no Direito Internacional Fiscal, enquanto pedra angular deste, evidencia a edificação de princípios resultantes das circunstâncias económicas, sociais e geopolíticas, aquando da sua conceção. Trata-se de uma noção que, em razão de sua longevidade, confere uma medida de estabilidade aos sujeitos tributários envolvidos em transações internacionais, enquanto, simultaneamente, garante a distribuição adequada das competências tributárias entre os Estados soberanos, embora ainda subsistam incertezas práticas na sua aplicação.

Não deixámos de reconhecer a relevância de cada princípio subjacente ao Direito Internacional Fiscal – princípios estruturais e operativos – muito embora, o objeto da nossa análise, tenha incidido, maioritariamente, sobre este último. A distinção entre estes dois princípios não só nos facultou o seu reconhecimento assente em três pilares fundamentais – soberania, equidade e neutralidade –, mas também nos possibilitou compreender a operacionalização por meio dos princípios da residência, fonte e estabelecimento estável, fundamentais para compreender melhor a estrutura e os fundamentos do Direito Internacional Fiscal.

Com efeito, a incursão histórica sobre a conceção do estabelecimento estável, permitiu-nos concluir que uma das tendências observadas é o favorecimento dos países exportadores de capital no que diz respeito à definição e interpretação desse conceito, impulsionada não só pela revolução industrial que catalisou a globalização económica, mas também pelo período Pós-Guerra que testemunhou uma progressão exponencial das tecnologias de informação e comunicação. O vasto e intrigante universo de atividades comerciais desenvolvidas em meio à realidade atual, cada vez mais marcada pela – “era digital”, “era virtual” com a presença de “nómadas digitais”, “*home office*”, e outras figuras afins –, desafia a noção convencional de “localização física da empresa”.

Assim sendo, no tocante ao que anteriormente julgávamos ser crucial e tendo em conta o método adequado (presença física) para avaliar o nível de participação das atividades realizadas por uma empresa não residente num outro Estado, nos dias de hoje percebemos que não o é. Mesmo com as modificações propostas ao conceito de estabelecimento estável no âmbito do Projeto *BEPS*, incluindo a revisão do artigo 5.º da

Convenção Modelo OCDE e respetivos Comentários, bem como as disposições da MLI, na Parte IV (artigos 12.º a 15.º) e outras introduções na Lei do Orçamento de Estado de 2021, ainda observamos uma falta de adequação. Há uma discrepância na distribuição de receitas tributárias (*share of the pie*), uma vez que os fatores de produção nem sempre coincidem com o local onde o valor é criado (i.e., onde se encontram os consumidores), e também uma redução na receita tributária global (*size of the pie*), evidenciada pela facilidade por parte dos operadores económicos obterem receitas sem presença física sujeita a tributação. Portanto, continuamos a observar uma tentativa abrangente de atualização do conceito de estabelecimento estável para enfrentar os desafios impostos pela crescente globalização e evolução tecnológica, procurando harmonizá-los e evitar a erosão da base tributável e a transferência de lucros.

A fim de enfrentar os desafios trazidos pela economia digital e pela evasão fiscal das empresas multinacionais, seriam necessárias alterações, por iniciativa dos Estados, nas Convenções fiscais existentes. Nesse sentido, propusemo-nos comparar os regimes presentes nas Convenções Modelo OCDE e ONU, especialmente, no que tange ao conceito de estabelecimento estável, uma vez que não só distam historicamente princípios base de tributação entre os Estados, como constituem pilares relevantes no domínio do Direito Internacional Fiscal. Concluímos, a partir desta análise, que ao contrário do Modelo Convenção OCDE, que tende a favorecer a tributação no Estado da residência, o Modelo Convenção ONU prioriza a tributação no Estado da fonte. Além disso, este último adota uma abordagem mais abrangente e inclusiva na definição de estabelecimento estável, tendo alguns Estados introduzido no direito interno um nexó baseado na presença económica significativa, deixando de se restringir apenas a uma presença física, o que agora poderia ser adequadamente alinhado com a norma do primeiro pilar.

No contexto de Portugal, destacamos a obsolescência do conceito de estabelecimento estável, mesmo após as reformas propostas e as significativas alterações com a Lei do Orçamento de Estado de 2021. A pandemia e os modelos de negócios digitais e remotos destacam, entre outros aspetos, a necessidade de uma atualização contínua do sistema jurídico interno português para lidar com mudanças rápidas e dinâmicas na sociedade e nos negócios, muitas vezes não previstas ou apenas parcialmente abordadas no Código Fiscal Português.

Somos de propor, por forma a colmatar essa falta de adaptação a situações emergentes que podem comprometer a eficácia e a justiça do sistema fiscal, uma interpretação extensiva dos Modelos Convenção OCDE e ONU, quando o caso e sempre que houver uma correspondência literal entre disposições em questão e as do Código Fiscal Português, para garantir a conformidade com os princípios fundamentais do Direito Fiscal Português e evitar interpretações que violem princípios fundamentais do direito fiscal – legalidade, tipicidade e proibição da interpretação analógica. Além disso, consideramos que a tributação com base no “princípio do destino”, semelhante ao sistema do Imposto sobre o Valor Acrescentado na UE, em que o imposto retido na fonte sobre o pagamento bruto no destino do mercado (i.e., país destinatário dos serviços), pode oferecer uma solução mais equitativa e eficiente a longo prazo, mesmo para empresas sem presença física em determinadas jurisdições, esperando que os esforços já empreendidos no contexto do *BEPS 2.0* abordem esta questão.

BIBLIOGRAFIA

- ABREU, JOSÉ CARLOS, – *A tributação dos Estabelecimentos Estáveis*, Vida Económica, 2012.
- AIVAZIAN, CHRISTIAN, – *Exceptions to the General Permanent Establishment Definition for Preparatory or Auxiliary Activities*, Lang, Brugger and Plansky Editors, 2011.
- ANDRADE, MANUEL DE, – *Ensaio Sobre a Teoria da Interpretação das Leis*, 3.^a ed., Arménio Amado Editor, 1978.
- ARNOLD, BRIAN J., – «Threshold Requirements for Taxing Business Profits under Tax Treaties», *Bulletin for International Fiscal Documentation*, Vol. 57, n.º 10, 2003, pp. 476-493.
- «Time Thresholds in Tax Treaties», *Bulletin for International Taxation*, Vol. 62, n.º 6, 2008, p. 218-231.
- ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA, – *Direito Comercial*, Vol. 1, AAFDL Editora, Lisboa, 1994.
- AVI-YONAH, REUVEN S., – «The structure of international taxation: a proposal for simplification», *Texas Law Review*, n.º 74, 1996; Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/articles/2327> [22.04.2024].
- CARDONA, MARIA CELESTE, – «O conceito de estabelecimento estável – Algumas reflexões em torno deste conceito», in *Estudos em Homenagem à Dra. Maria de Lourdes Órfão de Matos Correia e Vale*, Centro de Estudos Fiscais, Lisboa, 1995, pp. 247-277.
- CAMPOS, JOÃO MOTA DE, – *A Ordem Constitucional Portuguesa e o Direito Comunitário*, Vol. I, 1.^a parte, Editora Pax, Braga, 1980.

COURINHA, GUSTAVO LOPES, – *A Residência no Direito Internacional Fiscal – Do Abuso Subjetivo de Convenções*, Almedina, Coimbra, 2015.

– *Estudos de Direito Internacional Fiscal*, AAFDL Editora, Lisboa, 2015.

DOURADO, ANA PAULA, – *Governança Fiscal Global*, 2.^a ed., Almedina, Coimbra, 2018.

– *Direito Fiscal – Lições*, 5.^a ed., Almedina, Coimbra, 2020.

DHULDHOYA, VISHESH, – «The Future of the Permanent Establishment. The BEPS Action Plan and Other Recent Trends», *Bulletin for International Taxation*, IBFD, Vol. 72, n.º 4, 2018.

FRANCO, FÁBIO TEIXEIRA, – *O Conceito de Estabelecimento Estável no comércio eletrónico*, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2011; Disponível em: <http://hdl.handle.net/10451/11789>. [19.03.2024].

GARBARINO, CARLOS, – «Permanent Establishments and BEPS Action 7: Perspectives in Evolution», *Intertax*, Vol. 47, n.º 4, Kluwer Law International, 2019, pp. 365-381.

HATTINGH, JOHANN, – «On the Origins of Model Tax Conventions: Nineteenth-Century German Tax Treaties and Laws Concerned with the Avoidance of Double Tax», *Studies in the History of Tax Law*, Vol. 6, Ed. John Tiley, Oxford, 2013; Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3007067> [13.03.2024].

HOLMES, KEVIN, – *International Tax Policy and Double Tax Treaties - An Introduction to Principles and Application*, Second Revised Edition, IBFD, Amsterdam, 2014.

HOOR, OLIVER & O'DONNELL, KEITH, – «BEPS Action 7: The Attempt to Artificially Create a Taxable Nexus», *Tax Notes International*, Vol. 78, 2015.

KOBETSKY, MICHAEL, – *International Taxation of Permanent Establishments: Principles and Policy*, Cambridge University Press, New York, 2011.

LEITÃO, LUÍS MENEZES, – *Estudos de Direito Fiscal*, Almedina, Coimbra, 1999.

– *O Conceito de Estabelecimento Estável na Tributação do Rendimento*, *Estudos de Direito Fiscal*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2007, p. 137-150.

MACHADO, JOÃO BAPTISTA, – *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, 1.^a ed., Almedina, Coimbra, 15.^a reimpr., 2006.

MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO, – *Contratos de distribuição comercial: Relatório*, Almedina, Coimbra, 2002.

MORAIS, RUI DUARTE, – *Imputação de Lucros de Sociedades Não Residentes a um Regime Fiscal Privilegiado*, Publicações Universidade Católica, Porto, 2005.

PEREIRA, PAULA ROSADO, – *Em Torno dos Princípios do Direito Fiscal Internacional – Do Paradigma Clássica ao Direito Fiscal Europeu*, Almedina, Coimbra, 2010.

– «Em torno dos princípios do Direito Fiscal Internacional», in Catarino, João Ricardo/ Guimarães, Vasco Branco (Coord.) – *Lições de Fiscalidade – Vol. II – Gestão e Planeamento Fiscal Internacional*, Almedina, Coimbra, 2015, pp. 201-252.

– *Convenções sobre Dupla Tributação no Atual Direito Fiscal Internacional*, 1.^a ed., Almedina, Coimbra, 2021.

PEREIRA, ANDRÉ GONÇALVES / QUADROS, FAUSTO DE, – *Manual de Direito Internacional Público*, 3.^a ed., Almedina, Coimbra, Reimpressão 2007.

PEREIRA, MANUEL HENRIQUE DE FREITAS, – *Fiscalidade*, 5.^a ed., Almedina, Coimbra, 2014.

- PEREIRA, RICARDO REIGADA, – «O conceito de Estabelecimento Estável», *Cadernos do CEJ, Centro de Estudos Judiciários*, 2016, pp. 17-26.
- PETTERSON, CONSTANZE, – «Building Sites, Construction, Installation and Assembly Projects», *Permanent Establishments in International Tax Law*, Vol. 41, Hans-Jürgen Aigner e Mario Züger eds., Wien, 2003, pp. 75-98.
- PICONEZ, MATHEUS BERTHOLO, – *Os princípios da tributação no Estado da fonte e no Estado da residência e os impactos da economia digital no Brasil e no Mundo*, Renato Faria, Ricardo Silveira, Alexandre Monteiro (Coords.), Saraiva, São Paulo, 2018, pp.116-133.
- PIJL, HANS, – «The Relationship between Article 5, Paragraphs 1 and 3 of the OECD Model Convention», *Intertax*, Vol. 33, n.º 4, Kluwer Law International, 2005, pp. 189-193.
- PIRES, MANUEL, – *Da Dupla Tributação Jurídica Internacional Sobre o Rendimento*, Imprensa Nacional – Casa da Moeda, Lisboa, 1984, pp. 222-224.
- PIRES, RITA CALÇADA, – *Tributação Internacional do Rendimento Empresarial Gerado Através do Comércio Eletrónico – Desvendar Mitos e Construir Realidades*, Almedina, Coimbra, 2011.
- *Manual de Direito Internacional Fiscal*, Almedina, Coimbra, 2018.
- PLEJSIER, ARTHUR, – «The Agency Permanent Establishment in BEPS Action 7: Treaty Abuse or Business Abuse?», *Intertax*, Vol. 43, Issue 2, 2015.
- RAAD, KEEN VAAN, – «Construction Project PE In the Netherlands and Taxation of Employment Income Borne by a PE», *Bulletin for International Fiscal Documentation*, Vol. 53, n.º 8/9, IBFD, 1999.

- RUBIM, FERNANDA ANTUNES, – «Permanent Establishment Risks following Manufacturing and Distributing Restructurings», *Bulletin for International Taxation*, Vol. 66, n.º 6, 2012.
- SANCHES, JOSÉ LUÍS SALDANHA, – *Manual de Direito Fiscal*, 3.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2007.
- SASSEVILLE, JACQUES & ARVID SKAAR, – «General Report», *Cahiers de Droit Fiscal International*, Vancouver Congress, Vol. 94a, IFA, 2009, pp. 17-63.
- SKAAR, ARVID AAGE, – *Permanent Establishment: Erosion of a Tax Treaty Principle*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Boston, 1991.
- TEIXEIRA, MANUELA DURO, – *A Determinação do Lucro Tributável dos Estabelecimentos Estáveis de Não Residentes*, Almedina, Coimbra, 2007.
- UCKMAR, VICTOR, – «I trattati internazionali in materia tributaria», in UCKMAR, VICTOR (Coord.) – *Corso di Diritto Tributario Internazionale*, 2.ª ed., CEDAM, Pádua, 2002, pp. 91-127.
- USLU, YASIN, – «An Analysis of ‘Google Taxes’ in the Context of Action 7 of the OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Initiative», *Bulletin for International Taxation*, Vol. 72, n.º 4/a, Special Issue, 2018.
- VASQUES, SÉRGIO, – *Manual de Direito Fiscal*, 1.ª ed., Almedina, Coimbra, 2013, 2.ª reimpr.
- VIEIRA, ADRIANA RODRIGUES, – *Home Office, Estabelecimento Estáveis e Nómadas Digitais*, Almedina, Coimbra, 2023.
- VOGEL, KLAUS, – «Worldwide vs. source taxation of income – A review and re-evaluation of arguments (Parte II)», *Intertax*, n.º 10, 1988, pp. 310-320.

– et al. – 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*, 3.^a ed., Kluwer Law International, London, 1997 (Reimpressão 1999).

WILDE, MAARTEN FLORIS DE, – «Lowering the Permanent Establishment Threshold via the Anti-BEPS Convention: Much Ado About Nothing?», *Intertax*, Vol. 45, Issue 8 & 9, 2017, pp. 555-566.

XAVIER, ALBERTO, – *Direito Tributário Internacional*, 2.^a ed., Almedina, Coimbra, 2007.

DOCUMENTOS DE INSTITUIÇÕES INTERNACIONAIS

LEAGUE OF NATIONS, ECONOMIC AND FINANCIAL COMMISSION

- «Brussels Financial Conference, 1920: the recommendations and their application, a review after two years (1922-1923)», Bruxelas, 1920, p. 228; Disponível em: <https://archive.org/details/brusselsfinancia00leaguoft> [03.02.2024].
- *Report on Double Taxation Submitted to Financial Committee*, by Professor Bruins, Einaudi, Seligman and Sir Josiah Stamp, Geneva, 5 April, 1923.
- *London and Mexico Model Tax Conventions: Commentary and Text*. Document C.88.M.88.1946.II.A, Geneva, 1946, pp. 13-14.

OCDE

- OECD (2013), *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing, Paris; Disponível: <https://doi.org/10.1787/9789264192744-en> [18.04.2024].
- OECD (2013), *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting – Report*, OECD Publishing, Paris; Disponível: <https://doi.org/10.1787/9789264202719-en> [18.04.2024].

- OECD (2015), *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 - 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris; Disponible em: <https://doi.org/10.1787/9789264241046-en> [26.01.2024].

- OECD (2015), *Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action 7 - 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris; Disponible em: <https://doi.org/10.1787/9789264241220-en> [26.01.2024].

- OECD (2016), «Multilateral Convention To Implement Tax Treaty Related Measures To Prevent Base Erosion And Profit Shifting», OECD Publishing; Disponible em: <https://www.oecd.org/tax/treaties/multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-beps.htm> [21.04.2024].

- OECD (2017), *Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017*, OECD Publishing, Paris; Disponible em: https://doi.org/10.1787/mtc_cond-2017-en [26.01.2024].

- OCDE (2020), «Secretariat analysis of tax treaties and the impact of the Covid-19 crisis», *OECD Publishing*; Disponible em: <https://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/oecd-secretariat-analysis-of-tax-treaties-and-the-impact-of-the-covid-19-crisis-947dcb01/> [19.04.2024].

- OCDE (2021), «Update guidance on tax treaties and the impact of the Covid-19 pandemic», *OECD Publishing*; Disponible em: <https://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/oecd-secretariat-analysis-of-tax-treaties-and-the-impact-of-the-covid-19-crisis-947dcb01/#section-d1e13> [19.04.2024].

- OCDE (2021), «Statement on a Two-Pillar Solution to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy», *OECD Publishing*; Disponible em: <https://www.oecd.org/tax/beps/statement-on-a-two-pillar-solution-to-address-the->

[tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy-october-2021.htm](https://www.oecd.org/tax/tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy-october-2021.htm)

[18.04.2024].

JURISPRUDÊNCIA CONSULTADA

CAAD,

- Processo n.º 1/2013-T, de 14.05.2013.

- Processo n.º 84/2013-T, de 31.10.2013.

INTERNACIONAL

- *Bundesfinanzhof (BFH)*, BFH-Urteil vom 30.10.1996 (II R 12/92) BStBl. 1997 II S. 12 de 30.10.1996.

- Acórdão do Tribunal de Justiça *Compagnie Saint Gobain ZN, Zweigniederlassung Deutschland e Finanzamt Aachen- Innenstadt*, datado de 21.09.1999, Processo n.º C-307/97.

ANEXO I

COMPARAÇÃO ENTRE OS ARTIGOS 5.º DA CM OCDE, CM ONU E CIRC

CM OCDE	CM ONU	CIRC	OBSERVAÇÕES
1. Para efeitos da presente Convenção, a expressão "estabelecimento estável" significa um local fixo de atividades através do qual a atividade de uma empresa é exercida, no todo ou em parte.	1. Para efeitos da presente Convenção, a expressão "estabelecimento estável" significa um local fixo de atividades através do qual a atividade de uma empresa é exercida, no todo ou em parte.	1. Considera-se estabelecimento estável qualquer instalação fixa através da qual seja exercida uma atividade de natureza comercial, industrial ou agrícola .	As diferenças encontram-se assinaladas a negrito (negrito nosso).
2. A expressão "estabelecimento estável" inclui, nomeadamente: a) um local de direção; b) uma sucursal; c) um escritório; d) uma fábrica; e) uma oficina; e f) uma mina, um poço de petróleo ou de gás, uma pedreira ou qualquer outro local de extração de recursos naturais.	2. A expressão "estabelecimento estável" inclui, nomeadamente: a) um local de direção; b) uma sucursal; c) um escritório; d) uma fábrica; e) uma oficina; e f) uma mina, um poço de petróleo ou de gás, uma pedreira ou qualquer outro local de extração de recursos naturais.	2. Incluem-se na noção de estabelecimento estável, desde que satisfeitas as condições estipuladas no número anterior: a) um local de direção; b) uma sucursal; c) um escritório; d) uma fábrica; e) uma oficina; e f) uma mina, um poço de petróleo ou de gás, uma pedreira ou qualquer outro local de extração de recursos naturais	

ANEXO I

COMPARAÇÃO ENTRE OS ARTIGOS 5.º DA CM OCDE, CM ONU E CIRC

		situado em território português.	
<p>3. Um estaleiro ou projeto de construção ou de instalação só constituiu um estabelecimento estável se a sua duração for superior a doze meses.</p> <p>N/A</p> <p>N/A</p>	<p>3. O termo "estabelecimento estável" abrange igualmente:</p> <p>a) um estaleiro de construção, um projeto de construção, de montagem ou de instalação ou atividades de supervisão com elas relacionadas, mas apenas se esses estaleiros, projetos ou atividades durarem mais de seis meses;</p> <p>N/A</p>	<p>3. Incluem-se, ainda, na noção de «estabelecimento estável»:</p> <p>a) um local ou um estaleiro de construção, de instalação ou de montagem, bem como as atividades de coordenação, fiscalização e supervisão com eles conexas, quando a duração desse local ou estaleiro ou a duração dessas atividades exceda seis meses;</p> <p>b) as instalações, plataformas ou navios utilizados na prospeção ou exploração de recursos naturais, quando a duração da sua atividade exceda 90 dias;</p>	<p>As diferenças encontram-se assinaladas a negrito (negrito nosso).</p>

ANEXO I

COMPARAÇÃO ENTRE OS ARTIGOS 5.º DA CM OCDE, CM ONU E CIRC

	<p>b) a prestação de serviços, incluindo os serviços de consultoria, por uma empresa através de trabalhadores ou de outro pessoal contratado pela empresa para esse efeito, mas apenas se as atividades dessa natureza continuarem num Estado contratante durante um período ou períodos que totalizem mais de 183 dias num período de 12 meses que comece ou termine no ano fiscal em causa.</p>	<p>c) as atividades de prestação de serviços, incluindo serviços de consultoria, prestados por uma empresa, através dos seus próprios empregados ou de outras pessoas contratadas pela empresa para exercerem essas atividades em território português, desde que tais atividades sejam exercidas durante um período ou períodos que, no total, excedam 183 dias num período de 12 meses com início ou termo no período de tributação em causa.</p>	
<p>N/A</p>	<p>N/A</p>	<p>4. Para efeitos de contagem do prazo referido no número anterior, no caso dos estaleiros de construção, de instalação ou de montagem, o prazo aplica-se a cada estaleiro, individualmente, a partir da data de</p>	

ANEXO I

COMPARAÇÃO ENTRE OS ARTIGOS 5.º DA CM OCDE, CM ONU E CIRC

		início de atividade, incluindo os trabalhos preparatórios, não sendo relevantes as interrupções temporárias, o facto de a empreitada ter sido encomendada por diversas pessoas ou as subempreitadas.	
N/A	N/A	5. Em caso de subempreitada, considera-se que o subempreiteiro possui um estabelecimento estável no estaleiro se aí exercer a sua atividade por um período superior a seis meses.	
4. Não obstante as disposições precedentes do presente artigo, considera-se que o termo “estabelecimento estável” não inclui:	4. Não obstante as disposições precedentes do presente artigo, considera-se que o termo “estabelecimento estável” não inclui:	8. Com a ressalva do disposto no n.º 3, a expressão «estabelecimento estável» não compreende as atividades de carácter preparatório ou auxiliar a seguir exemplificadas:	As diferenças encontram-se assinaladas a negrito (negrito nosso).

ANEXO I

COMPARAÇÃO ENTRE OS ARTIGOS 5.º DA CM OCDE, CM ONU E CIRC

<p>a) a utilização de instalações exclusivamente destinadas à armazenagem, exposição ou entrega de bens ou mercadorias pertencentes à empresa;</p>	<p>a) a utilização de instalações exclusivamente destinadas à armazenagem, exposição de bens ou mercadorias pertencentes à empresa;</p>	<p>a) as instalações utilizadas unicamente para armazenar ou expor mercadorias pertencentes à empresa;</p>	
<p>b) a manutenção de um <i>stock</i> de bens ou mercadorias pertencentes à empresa apenas para efeitos de armazenamento, exposição ou entrega;</p>	<p>b) a manutenção de um <i>stock</i> de bens ou mercadorias pertencentes à empresa apenas para efeitos de armazenamento ou exposição;</p>	<p>b) um depósito de mercadorias pertencentes à empresa mantido unicamente para as armazenar ou expor;</p>	
<p>c) a manutenção de um <i>stock</i> de bens ou mercadorias pertencentes à empresa apenas para efeitos de transformação por outra empresa;</p>	<p>c) a manutenção de <i>stock</i> de bens ou mercadorias pertencentes à empresa apenas para efeitos de transformação por outra empresa;</p>	<p>c) um depósito de mercadorias pertencentes à empresa mantido unicamente para serem transformadas por outra empresa;</p>	
<p>d) a manutenção de um estabelecimento fixo unicamente com o objetivo de adquirir bens ou mercadorias ou de recolher informações para a empresa;</p>	<p>d) a manutenção de um estabelecimento fixo unicamente com o objetivo de adquirir bens ou mercadorias ou de recolher informações para a empresa;</p>	<p>d) uma instalação fixa mantida unicamente para comprar mercadorias ou reunir informações para a empresa;</p>	

ANEXO I

COMPARAÇÃO ENTRE OS ARTIGOS 5.º DA CM OCDE, CM ONU E CIRC

<p>e) a manutenção de uma instalação fixa de negócios unicamente com o objetivo de exercer, para a empresa, qualquer outra atividade;</p> <p>f) a manutenção de uma instalação fixa de negócios unicamente para qualquer combinação das atividades mencionadas nas alíneas a) a e),</p> <p>desde que essa atividade ou, no caso da alínea f), a atividade global do estabelecimento estável, seja de carácter preparatório ou carácter auxiliar.</p>	<p>e) a manutenção de um local fixo de negócios apenas com o objetivo de exercer, em nome da empresa, qualquer outra atividade;</p> <p>f) a manutenção de uma instalação fixa de negócios unicamente para qualquer combinação das atividades mencionadas nas alíneas a) a e),</p> <p>desde que essa atividade ou, no caso da alínea f), a atividade global do estabelecimento estável, seja de carácter preparatório ou carácter auxiliar.</p>	<p>e) uma instalação fixa mantida unicamente para exercer, para a empresa, qualquer outra atividade de carácter preparatório ou auxiliar;</p> <p>f) uma instalação fixa mantida unicamente para o exercício de qualquer combinação das atividades referidas nas alíneas a) a e), desde que a atividade de conjunto da instalação fixa resultante desta combinação seja de carácter preparatório ou auxiliar.</p>	
<p>4.1. O n.º 4 não se aplica a um local de fixo de atividade que seja utilizado ou</p>	<p>4.1 O n.º 4 não se aplica a um local fixo de atividade que seja utilizado ou</p>	<p>9. O disposto no número anterior não é aplicável a uma instalação fixa ou</p>	

ANEXO I

COMPARAÇÃO ENTRE OS ARTIGOS 5.º DA CM OCDE, CM ONU E CIRC

<p>mantido por uma empresa se a mesma empresa ou uma empresa estreitamente relacionada exercer atividades comerciais no mesmo local ou noutro local no mesmo Estado contratante e:</p>	<p>mantido por uma empresa se a mesma empresa ou uma empresa estreitamente relacionada exercer atividades empresariais no mesmo local ou noutro local no mesmo Estado contratante e:</p>	<p>depósito de bens ou mercadorias que sejam utilizados ou mantidos por uma empresa quando essa empresa, ou outra com quem essa empresa esteja estreitamente relacionada, exercer uma atividade complementar que forme um conjunto coerente de atividades de natureza empresarial, no mesmo local ou em locais distintos do território português, sempre que:</p>	
<p>a) esse lugar ou outro lugar constituir um estabelecimento estável para a empresa ou a empresa estreitamente relacionada ao abrigo das disposições do presente artigo; ou</p>	<p>a) esse local ou outro local constituir um estabelecimento estável para a empresa ou para a empresa estreitamente relacionada nos termos do presente artigo; ou</p>	<p>a) a instalação ou depósito constitua um estabelecimento estável dessa empresa ou de uma outra empresa com ela estreitamente relacionada; ou</p>	
<p>b) a atividade global resultante da combinação das atividades realizadas pelas duas empresas no mesmo local, ou</p>	<p>b) a atividade global resultante da combinação das atividades exercidas pelas duas empresas no mesmo local, ou</p>	<p>b) o conjunto da atividade resultante da combinação das atividades exercidas por duas ou mais empresas</p>	

ANEXO I

COMPARAÇÃO ENTRE OS ARTIGOS 5.º DA CM OCDE, CM ONU E CIRC

<p>pela mesma empresa ou empresas estreitamente relacionadas nos dois locais, não tenha carácter preparatório ou auxiliar,</p> <p>desde que as atividades comerciais realizadas pelas duas empresas no mesmo local, ou pela mesma empresa ou empresas estreitamente relacionadas nos dois locais, constituam funções complementares que fazem parte de uma operação comercial coesa.</p>	<p>pela mesma empresa ou por empresas estreitamente relacionadas nos dois locais, não tenha carácter preparatório ou auxiliar,</p> <p>desde que as atividades exercidas pelas duas empresas no mesmo local, ou pela mesma empresa ou por empresas estreitamente relacionadas nos dois locais, constituam funções complementares que façam parte de uma operação comercial coesa.</p>	<p>estritamente relacionadas num mesmo local, ou pela mesma empresa ou por empresas estreitamente relacionadas em locais distintos, não tenha carácter preparatório ou auxiliar.</p>	
<p>5. Não obstante o disposto nos n.ºs 1 e 2 e sem prejuízo do disposto no n.º 6, quando uma pessoa age num Estado contratante em nome de uma empresa e, ao fazê-lo, celebre habitualmente contratos, ou desempenhe habitualmente o papel principal conducente à celebração de contratos que sejam</p>	<p>5. Não obstante o disposto nos n.ºs 1 e 2, e sem prejuízo do disposto no n.º 7, sempre que uma pessoa atue num Estado contratante por conta de uma empresa, considera-se que esta possui um estabelecimento estável nesse Estado relativamente a quaisquer atividades que exerça para a empresa, se essa pessoa:</p>	<p>6. Considera-se, ainda, que existe estabelecimento estável sempre que uma pessoa, que não seja um agente independente nos termos do n.º 7, atue em território português por conta de uma empresa, sempre que:</p>	<p>As diferenças encontram-se assinaladas a negrito (negrito nosso).</p>

ANEXO I

COMPARAÇÃO ENTRE OS ARTIGOS 5.º DA CM OCDE, CM ONU E CIRC

<p>habitualmente celebrados sem alterações materiais pela empresa, e estes contratos sejam:</p> <p>a) em nome da empresa, ou</p> <p>b) para a transferência da propriedade ou para a concessão do direito de utilização de bens que sejam propriedade da empresa ou que esta empresa tem o direito de utilizar; ou</p> <p>c) para a prestação de serviços por essa empresa,</p> <p>essa empresa será considerada como tendo um estabelecimento estável nesse Estado relativamente a quaisquer atividades que essa pessoa exerça para a empresa, a menos que as</p>	<p>a) celebrar habitualmente contratos ou desempenhar habitualmente o papel principal que conduz à celebração de contratos que são habitualmente celebrados pela empresa, sem alterações substanciais, e esses contratos sejam:</p> <p>i) em nome da empresa, ou</p> <p>ii) para a transferência da propriedade, ou para a concessão do direito de utilização de bens que sejam propriedade da empresa ou que a empresa tem o direito de utilizar; ou</p> <p>iii) para a prestação de serviços por essa empresa,</p> <p>a menos que as atividades dessa pessoa se limitem às mencionadas no n.º 4, as quais, se forem exercidas através de um estabelecimento estável, (que não</p>	<p>a) Tenha, e habitualmente exerça, poderes de intermediação e de conclusão de contratos que vinculem a empresa, no âmbito das atividades desta, nomeadamente contratos:</p> <p>i) em nome da empresa;</p> <p>ii) para a transmissão da propriedade ou concessão do direito de uso de bens pertencentes a essa empresa ou relativamente aos quais essa empresa detenha o direito de uso; ou</p> <p>iii) para a prestação de serviços por essa empresa;</p> <p>N/A</p>	
---	--	---	--

ANEXO I

COMPARAÇÃO ENTRE OS ARTIGOS 5.º DA CM OCDE, CM ONU E CIRC

<p>atividades dessa pessoa se limitem às mencionadas no n.º 4, as quais, se fossem exercidas através de estabelecimento estável (que não seja um estabelecimento ao qual se aplicaria o parágrafo 4.1.), não fariam desse estabelecimento estável um estabelecimento estável ao abrigo das disposições desse parágrafo.</p> <p align="center">N/A</p>	<p>seja um local fixo de atividade ao qual se aplique o n.º 4.1), não faria desse local fixo de atividade um estabelecimento estável nos termos do disposto nesse número; ou</p> <p>b) A pessoa não celebre habitualmente contratos nem desempenhe o papel principal conducente à celebração desses contratos, mas mantém</p>	<p>b) Exerça habitualmente um papel determinante para a celebração, pela empresa, de contratos referidos na alínea anterior de forma rotineira e sem alterações substanciais; ou</p> <p>c) Mantenha em território português um depósito de bens ou mercadorias para entrega desses bens ou mercadorias em nome da empresa,</p>	
---	---	--	--

ANEXO I

COMPARAÇÃO ENTRE OS ARTIGOS 5.º DA CM OCDE, CM ONU E CIRC

	<p>habitualmente nesse Estado um <i>stock</i> de bens ou mercadorias a partir do qual essa pessoa entrega regularmente bens ou mercadorias por conta da empresa.</p>	<p>ainda que não celebre habitualmente contratos relativamente a esses bens ou mercadorias nem tenha qualquer intervenção na celebração desses contratos.</p>	
N/A	<p>6. Não obstante as disposições anteriores do presente artigo, e sem prejuízo do disposto no n.º 7, considera-se que as empresas de seguros de um Estado contratante, exceto em matéria de resseguro, têm um estabelecimento estável no outro Estado contratante se cobrarem prémios no território desse outro Estado ou segurarem riscos nele situados por intermédio de uma pessoa.</p>	N/A	

ANEXO I

COMPARAÇÃO ENTRE OS ARTIGOS 5.º DA CM OCDE, CM ONU E CIRC

<p>6. O n.º 5 não se aplica quando a pessoa que age num Estado contratante por conta de uma empresa do outro Estado contratante exerce a sua atividade no primeiro Estado mencionado como agente independente e atua em nome da empresa no decurso normal dessa atividade. No entanto, se uma pessoa agir exclusiva ou quase exclusivamente por conta de uma ou mais empresas com as quais esteja estreitamente relacionada, essa pessoa não será considerada como agente independente na aceção do presente número em relação a qualquer empresa desse tipo.</p>	<p>7. Os n.ºs 5 e 6 não se aplicam quando a pessoa que atua num Estado contratante por conta de uma empresa do outro Estado contratante exerce a sua atividade no primeiro Estado mencionado como agente independente e atua por conta da empresa no decurso normal dessa atividade. No entanto, se uma pessoa atuar exclusiva ou quase exclusivamente por conta de uma ou mais empresas com as quais esteja estreitamente relacionada, essa pessoa não será considerada como agente independente na aceção do presente número relativamente a qualquer dessas empresas.</p>	<p>7. Não se considera que uma empresa tem um estabelecimento estável em território português pelo simples facto de aí exercer a sua atividade por intermédio de um comissionista ou de qualquer outro agente independente, desde que essas pessoas atuem no âmbito normal da sua atividade, suportando o risco empresarial da mesma.</p>	<p>As diferenças encontram-se assinaladas a negrito (negrito nosso).</p>
<p>7. O facto de uma empresa residente num Estado contratante controlar ou ser controlada por uma empresa residente do outro Estado contratante, ou exercer</p>	<p>8. O facto de uma empresa residente de um Estado contratante controlar ou ser controlada por uma empresa residente do outro Estado contratante, ou exercer</p>	<p>N/A</p>	

ANEXO I

COMPARAÇÃO ENTRE OS ARTIGOS 5.º DA CM OCDE, CM ONU E CIRC

<p>atividades nesse outro Estado (seja através de um estabelecimento estável ou por outro meio) não constituirá, por si só, para qualquer das empresas, um estabelecimento estável da outra.</p>	<p>atividades nesse outro Estado (seja através de um estabelecimento estável ou por outro meio), não constituirá, por si só, para qualquer das empresas, um estabelecimento estável da outra.</p>		
<p>8. Para efeitos do presente artigo, uma pessoa ou empresa está estreitamente relacionada com uma empresa se, com base em todos os factos e circunstâncias relevantes, uma tiver o controlo da outra ou ambas estiverem sob o controlo das mesmas pessoas ou empresas. Em qualquer caso, uma pessoa ou empresa será considerada como estreitamente relacionada com uma empresa se uma possuir direta ou indiretamente mais de 50% da participação efetiva na outra (ou, no caso de uma sociedade, mais de 50% do total dos direitos de voto e do valor</p>	<p>9. Para efeitos do presente artigo, uma pessoa ou empresa está estreitamente relacionada com uma empresa se, com base em todos os factos e circunstâncias relevantes, uma tiver o controlo da outra ou ambas estiverem sob o controlo das mesmas pessoas ou empresas. Em qualquer caso, uma pessoa ou empresa será considerada como estreitamente relacionada com uma empresa se uma delas possuir, direta ou indiretamente, mais de 50% da participação efetiva na outra (ou, no caso de uma sociedade, mais de 50% do total dos direitos de voto</p>	<p>10. Para efeitos do presente artigo, uma empresa considera-se estreitamente relacionada com outra empresa quando, tendo em conta todos os factos e circunstâncias relevantes, uma delas controle a outra ou ambas estejam sob o controlo das mesmas pessoas ou entidades, e, em qualquer caso, quando uma delas detenha, direta ou indiretamente, mais de 50% do total dos direitos de voto e do valor das partes de capital ou dos direitos ou participações efetivas nos capitais próprios da outra ou quando uma outra</p>	

ANEXO I

COMPARAÇÃO ENTRE OS ARTIGOS 5.º DA CM OCDE, CM ONU E CIRC

<p>das ações da sociedade ou do capital social da sociedade) ou se outra pessoa ou empresa possuir direta ou indiretamente mais de 50% da participação efetiva (ou, no caso de uma sociedade, mais de 50% do total dos direitos de voto e do valor das ações da sociedade ou do capital da sociedade) na pessoa e na empresa ou nas duas empresas.</p>	<p>e do valor das ações da sociedade ou do capital social da sociedade) ou se outra pessoa ou empresa possuir direta ou indiretamente mais de 50% da participação efetiva (ou, no caso de uma sociedade, mais de 50% do total dos direitos de voto e do valor das ações da sociedade ou do capital social da sociedade) na pessoa e na empresa ou nas duas empresas.</p>	<p>pessoa ou entidade detenha, direta ou indiretamente, mais de 50% dos direitos de voto e do valor das partes de capital ou dos direitos ou participações efetivas nos capitais próprios de ambas as empresas.</p>	
<p align="center">N/A</p>	<p align="center">N/A</p>	<p>11. Para efeitos da imputação prevista no artigo seguinte, considera-se que os sócios ou membros das entidades nele referidas que não tenham sede nem direção efetiva em território português obtêm esses rendimentos através de estabelecimento estável nele situado.</p>	