

UNIVERSIDADE DE LISBOA

Faculdade de Direito



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE LISBOA

**A proposta de Diretiva contra as práticas de elisão fiscal 3: o combate a
estratégias abusivas**

Patrícia Maria Jacinto Caseiro

Dissertação orientada pela Professora Doutora Paula Rosado Pereira

Dissertação de Mestrado, apresentada para a obtenção do grau de Mestre em Direito e
Prática Jurídica

Especialidade em Direito Financeiro e Fiscal

Lisboa, 2024

“Cuidado com os falsos profetas: apresentam-se vestidos com peles de ovelha,
mas por dentro são lobos ferozes” – Mateus 7:15

Agradecimentos

Aos meus pais e à minha irmã pelo apoio constante e incansável.

À minha orientadora, Sra. Prof. Paula Rosado Pereira, cujo valioso apoio foi fundamental e cujos contributos foram inestimáveis.

Ao Bernardo por todo o apoio e carinho.

Mas em especial,

Aos meus avós que possibilitaram tudo,

E à minha mãe que pegou no tudo,
olhando para o céu não como um limite e
encarando a linha do horizonte como um mar de, infindáveis, possibilidades.

Um grande Bem Haja.

Lista de Siglas e Acrónimos

| | |
|---------|----------------------------------------------------------------------------------|
| Ac. | Acórdão |
| ATAD | Anti Tax Avoidance Directive |
| AT | Autoridade Tributária |
| BEPS | Base Erosin and Profit Shifthing |
| CDT | Convenções para evitar a Dupla Tributação |
| CEE | Comunidade Económica Europeia |
| CESE | Comité Económico Social e Europeu |
| CFC | Controlled Foreign Company |
| Cfr. | Conforme |
| CGAA | Cláusula Geral Anti Abuso |
| CIRC | Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas |
| DAC | Diretiva de Cooperação Administrativa |
| EBIT | Earnings Before Interest and Taxes |
| EBITDA | Earnings Before Interest, Taxes, Depreciation and Amortization |
| ECOFIN | Economic and Financial Affairs Council of the European Union |
| FACTA | Foreign Account Tax Compliance Act |
| MC OECD | Modelo de Convenção da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico |
| NCC | Norma Comum de Comunicação |
| OECD | Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico |
| OLAF | Organismo Europeu de Luta Antifraude |
| P. | Página(s) |
| PME | Pequena e Média Empresa |
| TFUE | Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia |
| TJUE | Tribunal de Justiça da União Europeia |
| UE | União Europeia |
| Vol. | Volume |

RESUMO

A presente dissertação tem por escopo a análise da proposta de Diretiva *Unshell*, ou ATAD III, que se apresenta como sendo um ato legislativo dual, uma vez que para além de introduzir um novo regime substantivo, que versa sobre a prevenção da utilização abusiva de entidades de fachada para fins fiscais, propõe-se, igualmente, a alterar a DAC.

Por um lado, cumpre compreender o contexto pré-existente à proposta ATAD III, e por outro lado, cumpre efetuar uma análise detalhada à presente proposta de Diretiva e à DAC para uma melhor compreensão conceptual da temática em questão.

Apresenta-se como inegável a necessidade da consagração de um regime que vise as entidades de fachada, que são interpostas por toda a U.E. com a finalidade de obter um regime fiscal vantajoso que de outra forma, o beneficiário efetivo de determinados rendimentos, não teria direito.

Nesta senda, ir-se-á percorrer todas as etapas que compõe o teste de substância e as consequências de uma entidade ser considerada como não possuindo indícios de substância mínima.

Sem prejuízo, das críticas feitas ao longo da presente dissertação aquando da análise do regime da proposta de Diretiva *Unshell*, foi reservado um capítulo autónomo onde se irá debater os desafios e as controvérsias da proposta ATAD III, de forma que se consiga compreender o porquê de a mesma ainda não se encontrar em vigor.

Palavras-chave: entidades de fachada, teste de substância, indicadores de substância mínima, beneficiário efetivo, troca de informações.

ABSTRACT

The scope of this dissertation seeks to analyze the Unshell Directive proposal, or ATAD III, which appears to be a dual legislative act, since in addition to introducing a new substantive regime, which deals with preventing the abusive use of shell entities for tax purposes, it also proposes to amend the DAC.

On the one hand, we need to understand the pre-existing context of the ATAD III proposal, and on the other hand, we need to carry out a detailed analysis of this proposal and the DAC to gain a better conceptual understanding of the issue in question.

There's no denying the need to establish a regulation that targets shell entities, which are set up throughout the EU to obtain an advantageous tax regime that the beneficial owner of certain income would not otherwise be entitled to.

In this context, we will go through all the stages of the substance test and the consequences of an entity being deemed to have no evidence of minimum substance.

Without prejudice to the criticisms made throughout this dissertation when analyzing the regulation of the Unshell Directive proposal, an autonomous chapter has been reserved to discuss the challenges and controversies of the ATAD III proposal, so that we can understand why it is not yet in force.

Keywords: shell entities, substance test, minimum substance indicators, beneficial owner, exchange of information.

Índice

| | |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| Lista de Siglas e Acrónimos | 4 |
| INTRODUÇÃO | 10 |
| 1. Planeamento Fiscal Agressivo e Práticas de Elisão e Evasão Fiscal | 13 |
| 1.1. Considerações Iniciais | 13 |
| 1.2. Do Planeamento Fiscal | 14 |
| 1.2.1. Planeamento Fiscal <i>intra-legem</i> | 16 |
| 1.2.2. Planeamento Fiscal <i>extra-legem</i> / Planeamento Fiscal Agressivo..... | 19 |
| 1.2.3. Planeamento Fiscal <i>contra-legem</i> | 21 |
| 1.3. Elisão vs Evasão Fiscal..... | 22 |
| 2. Contexto Pré-<i>Unshell</i> | 25 |
| 2.1. Recomendação da Comissão, de 6 de dezembro de 2012, relativa ao planeamento fiscal agressivo (2012/772/UE) | 25 |
| 2.1.1. Limitação da aplicação das normas destinadas a evitar a dupla tributação.. | 27 |
| 2.1.1. Cláusula Geral Antiabuso | 28 |
| 2.2. Diretiva 2016/1164/UE do Conselho, de 12 de julho..... | 29 |
| 2.3. Diretiva 2017/952/UE do Conselho, de 29 de maio..... | 34 |
| 2.4. Lista de jurisdições não cooperantes para efeitos fiscais da União Europeia | 38 |
| 2.5. Reflexões | 39 |
| 3. A Proposta de Diretiva <i>Unshell</i>..... | 40 |
| 3.1. Considerações Iniciais | 40 |
| 3.2. Diretiva de Cooperação Administrativa | 44 |
| 3.2.1 Considerações Iniciais | 44 |
| 3.2.2. Âmbito de Aplicação e Funcionamento..... | 45 |
| 3.2.3. Alterações Fundamentais..... | 47 |
| 3.2.3.1. Rendimentos Financeiros | 47 |
| 3.2.3.2 Decisões Prévias Transfronteiriças e Acordos Prévios de Preços de Transferência | 48 |

| | |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| 3.2.3.3. Grupos de Empresas Multinacionais | 49 |
| 3.2.3.4. Mecanismos de Planeamento Fiscal Potencialmente Agressivos..... | 50 |
| 3.2.3.5. Plataformas digitais destinadas à venda de bens, alojamento e transporte | 52 |
| 3.2.3.6. As novas realidades: criptoativos e moeda eletrónica | 53 |
| 3.3. Proposta de Diretiva <i>Unshell</i> | 55 |
| 3.3.1. Empresa Associada..... | 57 |
| 3.3.2. Teste de Substância..... | 59 |
| 3.3.2.1. Empresas que devem comunicar informações..... | 62 |
| 3.3.2.2. Empresas excluídas da obrigação de comunicação de informações..... | 67 |
| 3.3.2.3. Indicadores de substância mínima para efeitos fiscais | 69 |
| 3.3.2.4. Presunção de substância mínima para efeitos fiscais | 73 |
| 3.3.2.5. Ilisão da presunção | 74 |
| 3.3.2.6. Isenção da comunicação de informações por inexistência de razões de natureza fiscal..... | 77 |
| 3.3.3. Tratamento fiscal de empresas que não têm uma substância mínima para efeitos fiscais | 78 |
| 3.3.3.1. Consequências fiscais da falta de substância mínima para efeitos fiscais no Estado-Membro da empresa | 78 |
| 3.3.3.2. Consequências fiscais da falta de substância mínima para efeitos fiscais em Estados-Membros que não sejam o Estado-Membro da empresa | 79 |
| 3.3.3.3. E se estiver em causa um país terceiro? | 82 |
| 3.3.4. Troca de Informações | 85 |
| 3.3.5. Sanções | 87 |
| 4. Coerência com as políticas da União Europeia..... | 88 |
| 4.1. Coerência com as disposições existentes da mesma política setorial..... | 89 |
| 4.2. Coerência com a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia | 91 |
| 4.3. Coerência com outras políticas da União Europeia..... | 96 |
| 5. Desafios e controvérsias da proposta de Diretiva <i>Unshell</i> | 99 |
| CONCLUSÃO..... | 104 |

| | |
|------------------------------------|------------|
| BIBLIOGRAFIA | 108 |
| NORMATIVOS LEGAIS | 119 |
| JURISPRUDÊNCIA DO TJUE..... | 121 |

INTRODUÇÃO

Ao longo da presente dissertação, será abordado o tema “A proposta de Diretiva contra as práticas de elisão fiscal 3: o combate a estratégias abusivas”.

Prima facie, a escolha do tema teve por base o interesse desde a licenciatura, com a frequência da cadeira de Direito Fiscal, em temas que visaram o planejamento fiscal agressivo, cuja realidade, extremamente complexa, está sempre em constante mutação e desenvolvimento, procurando, igualmente, com a escolha deste tema analisar uma vertente do mesmo que não tivesse sido ainda muito explorada: a proposta de diretiva que visa a prevenção da utilização abusiva de entidades de fachada para fins fiscais.

A proposta de Diretiva *Unshell*, ou ATAD III, configura-se como uma iniciativa de curto prazo anunciada pela Comissão Europeia aquando da Comunicação, intitulada: “Uma tributação das empresas para o século XXI”.

As entidades visadas pela proposta de Diretiva são entidades que presumivelmente exercem atividades económicas genuínas, mas que na realidade são entidades desprovidas de qualquer tipo de substância económica e que são usadas com finalidades de elisão e de evasão fiscal.

Existe, assim, a interposição destas entidades de forma a obter um tratamento fiscal vantajoso (quer pelo acesso a determinado regime fiscal que se apresenta como sendo mais vantajoso, quer pelo acesso a determinada rede convencional, quer para beneficiar de determinada isenção ou dedução, ou mesmo, no limite da simples ausência do pagamento do imposto devido) que de outro modo o beneficiário efetivo, quer seja ele pessoa singular ou coletiva, não teria direito, se não fosse pela criação artificial destas empresas.

O regime da ATAD III vem, através da implementação do complexo teste de substância, identificar as entidades desprovidas de qualquer tipo de substância económica; sendo que se essas entidades não conseguirem ilidir a presunção de que não possuem indícios mínimos de substância são aplicadas as consequências fiscais previstas no regime da proposta de Diretiva.

Tendo em consideração a importância da presente temática e das implicações da mesma, compreende-se a necessidade de a mesma ser tratada por meio de uma proposta de Diretiva, uma vez que os objetivos prosseguidos por esta proposta não poderiam ser tratados por iniciativas descoordenadas dos vários Estados-Membros, existindo a necessidade de harmonização das políticas de forma que o combate ao recurso abusivo a este tipo de entidades com finalidades fiscais seja eficiente.

A metodologia de trabalho adotada tem, primeiramente, por base uma análise jurisprudencial, de carácter introdutório, do fenómeno do planeamento fiscal.

Subsequentemente, adotaremos uma abordagem jurídico-contextual, uma vez que iremos percorrer as várias iniciativas levadas a cabo pela União Europeia de forma a concluirmos pela necessidade de uma proposta nesta temática das entidades de fachada.

Relativamente ao estudo da proposta de Diretiva em si, iremos adotar uma análise normativa do regime da proposta, analisando de forma crítica o mesmo, identificando ao longo do regime os pontos controversos, que carecem de uma intervenção, sem prejuízo de um capítulo final dedicado às controvérsias e desafios da proposta ATAD III .

Apresentada, ainda que de forma sumária, a metodologia de trabalho a ser adotada ao longo da dissertação, cumpre estabelecer um plano de investigação, que irá orientar o desenvolvimento do tema que nos propomos a defender.

Destarte, procura-se com a presente dissertação tentar compreender melhor a proposta de Diretiva *Unshell*, e a necessidade da mesma à luz de certas disposições já existentes de combate ao planeamento fiscal agressivo e às práticas de elisão e evasão fiscal na União Europeia.

Para tal, iremos, inicialmente, explorar o conceito de planeamento fiscal e as suas modalidades de forma a delimitar conceitos e realidades complexas que têm impacto no estudo da presente proposta de Diretiva.

Posteriormente, será analisado, em capítulo autónomo, o contexto pré-existente à Diretiva *Unshell*, uma vez que apenas é possível realizar-se uma correta análise e compreensão do seu regime compreendendo as medidas prévias à mesma e que demonstram *per se*, a necessidade da consagração de um regime de prevenção/combate à utilização abusiva de entidades de fachada para fins fiscais.

Subsequentemente, iremos analisar o cerne da presente dissertação: o regime da proposta de Diretiva *Unshell*.

Sendo de salientar a dualidade da proposta, consagrando um regime substantivo e complementado o mesmo com uma obrigação de troca automática de informações nesta matéria, com a alteração da DAC.

Destarte, este capítulo encontra-se subdividido em dois grandes temas: a Diretiva de Cooperação Administrativa (a diretiva que a proposta ATAD III se propõe a alterar) e o regime propriamente dito da proposta de Diretiva *Unshell*.

Por fim, reservámos um capítulo da presente dissertação aos desafios e controvérsias que a proposta de Diretiva apresenta, sendo o mesmo de extrema

importância, uma vez que ajuda na compreensão do porquê de a mesma ainda não se encontrar em vigor, sem prejuízo das críticas realizadas ao longo da análise do regime da proposta ATAD III.

Em face do exposto, deseja-se que a presente dissertação sobre a temática em estudo, da proposta de Diretiva contra as práticas de elisão fiscal III, em especial, da prevenção da utilização abusiva de entidades de fachada, seja um contributo valioso tanto a nível do direito fiscal europeu, como ao nível do direito fiscal nacional, devido ao recurso recorrente da interposição destas entidades, desprovidas de qualquer substância económica, com finalidades de obtenção de vantagens fiscais que de outra forma não teriam direito, lesando o grande pilar comunitário do mercado único europeu.

1. Planeamento Fiscal Agressivo e Práticas de Elisão e Evasão Fiscal

1.1. Considerações Iniciais

Este capítulo inicial, configura-se como um capítulo introdutório de delimitação de conceitos e de realidades complexas que impactam no estudo da diretiva contra as práticas de elisão fiscal III¹, e cujos contributos concorrem para uma melhor compreensão da mesma.

A globalização económica e o progressivo desenvolvimento económico têm trazido vários desafios ao nível das práticas de planeamento fiscal.

Temos assistido, ao longo do século XXI, a uma grande desmaterialização das várias atividades e ao recurso, crescente, ao comércio eletrónico, sendo que, em muitos casos, os produtos/serviços apenas têm existência digital, o que leva muitos autores a denominar esta nova realidade de “capitalismo dos intangíveis”².

No entanto, esta nova realidade, além de contribuir para a erosão das receitas tributárias dos Estados, pela desadequação dos clássicos elementos de conexão, tem propiciado práticas de concorrência fiscal entre os Estados, que visam torna-los mais competitivos internacionalmente na atração de investidores ou de contribuintes de elevado valor acrescentado, através, entre outras práticas, da criação dos mais variados benefícios fiscais, e novas e mais sofisticadas práticas de planeamento fiscal agressivo, sobretudo, quando estão em causa grupos multinacionais³.

Owens⁴, afirma que a globalização “*abriu novas avenidas para técnicas de planeamento fiscal agressivo, envolvendo o uso de sofisticados produtos financeiros, arbitragem fiscal, e, frequentemente, centros financeiros offshore*”⁵.

A concorrência fiscal sem restrições facilita o planeamento fiscal agressivo por parte de certas empresas e cria distorções à concorrência, dificultando uma tributação favorável ao crescimento e, conseqüentemente, fragmentando o mercado único⁶.

¹ Doravante designada por ATAD III, “*Anti-Tax Avoidance Directive*”, ou por Diretiva *Unshell*.

² Cfr. PEREIRA, Paula Rosado, *Convenções sobre Dupla Tributação no Atual Direito Fiscal Internacional*, 2.^a ed., Almedina, Coimbra, 2022, cit., p. 32.

³ Cfr. PEREIRA, Paula Rosado, “O futuro da fiscalidade internacional – Algumas reflexões”, in LOBO, Carlos Batista/PALMA, Clotilde Celorico Palma, *Nós e os Impostos II – Um Contributo para o Futuro dos Impostos*, Almedina, 2023, cit., p. 279-298.

⁴ Cfr. OWENS, Jeffrey, *Abusive Tax Shelters: Weapons of Tax Destruction*, Tax Notes International, 2005, cit., p. 873.

⁵ Tradução nossa.

⁶ Cfr. Communication from the Commission to the European Parliament and the Council: *A Fair and Efficient Corporate Tax System in the European Union: 5 Key Areas for Action*, COM/2015/0302 final, 2015, cit., p. 12.

A este problema acresce a incompletude de soluções adotadas a nível universal contra o planeamento fiscal agressivo, o que leva a uma dispersividade de atuações dos vários Estados, sendo crucial medidas unificadoras relativamente a certas matérias, daí a importância do “*anti tax avoidance package*”, de que faz parte a ATAD III, ou Diretiva *Unshell*.

Destarte, a Diretiva ATAD III, incidindo sobre a grande problemática das entidades jurídicas sem substância e atividades económicas mínimas, ou seja, sobre empresas de fachada, surge como uma medida de combate a estratégias abusivas, pelo que é necessário compreender o conceito de Planeamento Fiscal como contributo prévio para a melhor perceção da Diretiva *Unshell*; e, essencialmente, se todo o Planeamento Fiscal pode ser ou não considerado como Planeamento Fiscal Abusivo.

1.2. Do Planeamento Fiscal

A definição do que se pode considerar planeamento fiscal é complexa e pode abranger várias realidades.

No Decreto-Lei n.º 28/2009, de 25 de fevereiro⁷, definiu-se o planeamento fiscal como: “*qualquer esquema ou atuação que determine, ou se espere que determine, de modo exclusivo ou predominante, a obtenção de uma vantagem fiscal por sujeito passivo de imposto*”, no entanto, tal normativo, juntamente com a definição de planeamento fiscal, foram revogados pela Lei n.º 26/2020, de 21 de julho⁸.

Podemos considerar que a noção de planeamento fiscal, tendo por base o significado linguístico da palavra, tem como objetivo minimizar os custos fiscais para que o sujeito passivo consiga obter uma poupança fiscal.

A própria expressão em si, evoca que estejamos perante atos voluntários dirigidos para determinado fim, e não perante, atos involuntários⁹.

⁷ Estabelece deveres de comunicação, informação e esclarecimento à administração tributária para prevenir e combater o planeamento fiscal abusivo.

⁸ Estabelece a obrigação de comunicação à Autoridade Tributária e Aduaneira de determinados mecanismos internos ou transfronteiriços com relevância fiscal, transpondo a Diretiva (UE) 2018/822 do Conselho, de 25 de maio de 2018, e revogando o Decreto-Lei n.º 28/2008, de 25 de fevereiro.

⁹ Neste sentido, refere Joaquim Freitas da Rocha, que o planeamento fiscal materializa-se num conjunto de atos voluntários que abrange comportamentos ativos, quer comportamentos omissivos, com o objetivo de o obrigado fiscal escapar à incidência da norma ou de obter uma vantagem fiscal. Referindo, igualmente, que a noção de planeamento fiscal não compreende os atos involuntários, como os que decorrem da inserção legal ou automática num determinado regime de tributação mais favorável, cfr. ROCHA, Joaquim Freitas da, *Introdução ao Planeamento Fiscal (Teoria Jurídica)*, Almedina, 2023, cit., p. 43.

Posição esta que se compreende e que é por nós perfilhada, uma vez que dos atos involuntários não resulta um verdadeiro planeamento fiscal, não atuando o sujeito passivo com intenção de visar a poupança fiscal,

Seguimos, Saldanha Sanches¹⁰, quando refere que o planeamento fiscal consiste numa técnica de redução da carga fiscal pela qual o sujeito passivo renuncia a um certo comportamento por este estar ligado a uma obrigação tributária ou escolhe, entre as várias soluções que lhe são proporcionadas pelo ordenamento jurídico, aquela que, por ação intencional ou omissão do legislador fiscal, está acompanhada de menos encargos fiscais.

Conceção esta corroborada por Germano Marques da Silva¹¹, que considera que o “*planeamento fiscal é a ordenação dos actos do contribuinte em conformidade com a lei tributária, tendente ao não pagamento, ao menor pagamento ou ao pagamento mais distante; pressupõe sempre o respeito da lei e, por isso, não se verifica qualquer ilegalidade. Tal conduta não se confunde com a sonegação fiscal que consiste em procedimento fraudulento capaz de iludir o fisco para eximir o contribuinte ao pagamento do imposto devido*”.

É difícil estabelecer a fronteira deste conceito face a várias outras figuras, não existindo nem na doutrina nem na lei uma valoração consensual sobre o mesmo.

De forma a uma melhor compreensão do estudo da diretiva *Unshell*, dedicamos o presente capítulo a uma exploração do fenómeno que lhe está na base: o planeamento fiscal abusivo e as práticas de elisão e evasão fiscal, tentando contribuir para uma melhor perceção do que está em causa e uma distinção, ainda que, por vezes, se configure difícil, destas figuras jurídicas.

Ainda que, existam vários autores a agrupar o planeamento fiscal tendo por base outras modalidades¹², decidimos numa tentativa de simplificar, individualizar o planeamento fiscal em três grandes grupos¹³: 1.2.1. planeamento fiscal *intra-legem*, 1.2.2. planeamento fiscal *extra-legem* ou abusivo, 1.2.3. planeamento fiscal *contra-legem*, que será desenvolvido seguidamente.

pois a poupança fiscal, nestes casos, decorreria da mera sorte de preencher determinado regime que lhe fosse mais favorável.

¹⁰ Cfr. SANCHES, Saldanha, *Os Limites do Planeamento Fiscal, Substância e Forma no Direito fiscal português, comunitário e internacional*, Coimbra Editora, 2006, cit., p. 21.

¹¹ Cfr. SILVA, Germano Marques da, *Da Ética, Imposto e Crime ou o Princípio da Moralidade no Direito Penal Tributário*, cit., p.10.

¹² Sobre outras modalidades de planeamento fiscal, *vide, e.g.* os tipos de planeamentos que, Joaquim Freitas da Rocha, elenca, a saber: planeamento induzido e não induzido; planeamento global e específico; planeamento substantivo e adjetivo; planeamento ex ante e ex post e planeamento interno e internacional, cfr. ROCHA, Joaquim Freitas da, *Introdução ao Planeamento Fiscal (...)*, cit., p. 51-60.

¹³ Na esteira do professor João Ricardo Catarino, cfr. CATARINO, João Ricardo, “Gestão e Planeamento Fiscal Internacional”, in CATARINO, João Ricardo/PEREIRA, Paula Rosado, in *Fiscalidade Internacional: Questões Atuais*, Almedina, 2023, cit., p. 55.

1.2.1. Planeamento Fiscal *intra-legem*

Podemos definir o planeamento fiscal *intra-legem*, na senda do defendido por Joaquim Freitas da Rocha¹⁴, como o conjunto de atos voluntários dos sujeitos passivos tributários que, num quadro de licitude, têm por objetivo atingir um resultado de afastamento, redução ou diferimento fiscal.

Saldanha Sanches¹⁵ considera o planeamento fiscal como uma liberdade económica a ser exercida pelo contribuinte, podendo o mesmo escolher o negócio jurídico que bem lhe aprouver e a determinação do resultado fiscal do mesmo, no entanto, trata-se de uma liberdade sujeita a restrições.

Assim, para o autor o limite desta liberdade económica é a fraude à lei, ou seja, o que classificamos como planeamento fiscal *contra-legem*.

No mesmo sentido, temos Manuel Pires¹⁶, que identifica o planeamento fiscal como “*economia de opção*” ou “*opção fiscal*”, em que o contribuinte organiza a sua atividade de modo a minimizar o imposto, mas sem violar a letra ou o espírito da lei.

Patrícia Azevedo¹⁷, considera que este tipo de planeamento situa-se “*dentro das faculdades permitidas pelo legislador, traduzindo-se na liberdade de escolha de uma melhor solução, observada a concreta situação fiscal de um dado contribuinte*”, nestes casos o contribuinte age *secundum legem*, não podendo a sua conduta ser censurada.

De facto, se o legislador legislou em determinados moldes permitindo, com isso, que o sujeito passivo fiscal tenha uma vantagem, não pode, posteriormente, a AT ou os tribunais substituírem-se ao legislador, sob a pretensão de que o contribuinte, através da conduta por ele escolhida e legalmente permitida, ter como objetivo a poupança fiscal. Se a lei permite, licitamente, que o contribuinte opte por um regime fiscalmente mais favorável, não tem o mesmo, de escolher por defeito um regime que se configure mais oneroso.

No mesmo sentido, Patrícia Azevedo¹⁸, que considera que nada obsta a que os contribuintes detenham alguma liberdade de escolha, dentro da racionalidade que legalmente se permite, no sentido de conformarem as suas condutas da maneira que

¹⁴ Cfr. ROCHA, Joaquim Freitas da, *Introdução ao Planeamento Fiscal (...)*, cit., p. 42.

¹⁵ Cfr. SANCHES, Saldanha, *Os Limites do Planeamento Fiscal, Substância e Forma (...)*, cit., p. 21 e 107.

¹⁶ Cfr. PIRES, Manuel, *Direito Fiscal, Apontamentos*, Almedina, 2008, cit., p. 168 e ss.

¹⁷ Cfr. AZEVEDO, Patrícia Anjos, *A tributação do rendimento na residência e na fonte – Fatores de conexão à luz do Direito Fiscal europeu e internacional e dos princípios fundamentais de Direito Fiscal*, Novas Edições Académicas, 2020, cit., p. 51.

¹⁸ Cfr. AZEVEDO, Patrícia Anjos – “Breves notas sobre o planeamento fiscal, as suas fronteiras e as medidas antiabuso”, in *A Fiscalidade como Instrumento de Recuperação Económica*, in MONTEIRO Sónia/COSTA Suzana/PEREIRA Liliana, (Coordenação), Vida Económica, 2011, cit., p. 294.

concretamente melhor lhes aprouver, com o objetivo de poupança (lícita) de despesas fiscais.

Joaquim Freitas da Rocha¹⁹, defende que não se pode deixar de reconhecer que a poupança fiscal se inclui no círculo de objetivos que enformam as liberdades fundamentais constitucionalmente consagradas, podendo o planeamento ser visto como um verdadeiro direito do sujeito passivo.

Defende, igualmente, que em certas situações a poupança fiscal constituiu uma incumbência a ser prosseguida por pessoas ou entidades investidas em deveres funcionais que a tal obrigam (e.g. consultores, advogados, administradores ou gerentes de sociedades).

No mesmo sentido, Rogério Ferreira e Cláudia Pinto²⁰, para quem o planeamento fiscal se configura como “*um direito do contribuinte*” e “*um imperativo de racionalidade económica e de boa gestão*”.

Quanto a este último ponto temos Manuel Henrique de Freitas Pereira que refere que “*é inerente à racionalidade económica, quer no plano pessoal quer no plano empresarial, a minimização dos impostos a suportar*”²¹.

No limite, tal como defende César Novoa²², podemos considerar que os administradores que não utilizem as vias da planificação fiscal lícita ou economias de opção, provocando assim um custo acrescido para a empresa derivado do incremento da carga fiscal, poderiam ser responsabilizados pelos sócios já que poderia entender-se que não agiram com a diligência devida para maximizar o lucro.

Apesar do, anteriormente, referido, por vezes os contribuintes, sejam eles pessoas singulares ou coletivas, de forma a atingirem uma poupança fiscal, recorrem a figuras jurídicas anómalas, a construções que originam uma menor ou nula tributação, preterindo as figuras que o ordenamento jurídico, no normal decorrer das coisas, lhes oferece.

É o caso da utilização de entidades de fachada para obter vantagens que de outro modo o sujeito passivo não teria direito, e.g. o sujeito passivo, constitui uma sociedade, de prestação de serviços digitais, localizada num país com uma tributação mais reduzida,

¹⁹ Cfr. ROCHA, Joaquim Freitas da, *Introdução ao Planeamento Fiscal (...)*, cit., p. 48-50.

²⁰ Cfr. FERREIRA, Rogério M. F./PINTO, Cláudia Saavedra – *Contributos para uma reflexão sobre o fenómeno de Evasão Fiscal e Meios Anti-Evasivos*, IIPF, 2010, cit., p. 3.

²¹ Cfr. PEREIRA, Manuel Henrique de Freitas, *Fiscalidade*, 5.^a ed., Almedina, 2014, cit., p. 447.

²² Cfr. NOVOA, César Garcia – *Relatoría General, in Tema I: La Elusión Fiscal y los medios para evitarla*, Memorias, XXIV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario, Venezuela, 2008, cit., p. 70.

não sendo o mesmo considerado um paraíso fiscal²³, com o único objetivo de desviar para a sociedade os rendimentos da sua atividades.

Posteriormente, o sujeito passivo recebe os rendimentos da sua atividade através da distribuição de dividendos, operação essa, em princípio isenta devido ao regime da diretiva mãe-filhas.

No entanto, se a sociedades estiver desprovida de qualquer substância económica (não tendo trabalhadores especializados nem prestando qualquer tipo de assessoria), não podemos deixar de considerar que estamos perante uma prática abusiva.

Este tipo de casos, entram no limiar do que se pode considerar como planeamento fiscal *intra-legal* ou planeamento fiscal *extra-legal*/planeamento fiscal agressivo.

Para, António Carlos dos Santos²⁴, o comportamento do contribuinte seria ilícito sempre que permitisse acionar cláusulas antiabuso, concluindo o autor que a delimitação da noção de planeamento fiscal, far-se-ia, pela negativa, ou seja, por contraposição a situações de elisão fiscal.

Podemos, igualmente, referir que o que distingue o planeamento fiscal *intra-legal*, face ao planeamento fiscal agressivo, é que neste não se viola nem o espírito nem a letra da lei ao contrário do planeamento *extra-legal*, que será infra desenvolvido.

De facto, nos casos de planeamento fiscal legítimo estamos sempre dentro do plano da legalidade, fazendo uso dos instrumentos de poupança conferidos pelo legislador, ao contrário do planeamento fiscal agressivo, em que se procura quer através de lacunas na lei ou de instrumentos financeiros complexos e estranhos, contrariar as pretensões fiscais dos Estados na arrecadação normal de receitas.

Neste tipo de planeamento, que não pode ser considerado legítimo, mas que não é, todavia, ilícito, estamos sempre perante uma violação ao espírito da lei, uma vez que através de situações anormais os sujeitos evitam-se a pagar imposto, que de outro modo teriam de pagar de qualquer das formas, por ser uma decorrência normal dos vários sistemas fiscais.

²³ Não fazendo parte da extensa lista da Portaria n.º 150/2004, de 13 de fevereiro.

²⁴ Cfr. SANTOS, A. Carlos dos, “Planeamento fiscal, evasão fiscal, elisão fiscal: o fiscalista no seu labirinto”, *Revista de Direito e Gestão Fiscal*, Edição do Instituto Superior de Gestão, n.º 38, 2009, cit., p. 12-13.

1.2.2. Planeamento Fiscal *extra-legem* / Planeamento Fiscal Agressivo

Prima facie, há que clarificar a escolha da expressão Planeamento Fiscal Agressivo²⁵ em detrimento de Planeamento Fiscal Abusivo, sem incorrer em grandes pormenores, uma vez que se trata de um capítulo de enquadramento que pretende, apenas, contribuir para uma melhor compreensão da proposta de Diretiva *Unshell*.

Existe doutrina²⁶ que distingue as duas figuras, considerando que no caso de planeamento fiscal abusivo estaríamos perante verdadeiras situações de abuso, ao contrário do planeamento fiscal agressivo²⁷, em que os sujeitos passivos beneficiam de disparidades entre ordenamentos jurídicos obtendo daí vantagens.

Ou seja, neste último caso estamos perante atos lícitos que originam vantagens fiscais, mas que, no entanto, não podem ser admitidas, podendo, no limite, afirmar-se que estamos perante uma prática imoral²⁸.

No planeamento fiscal *extra-legem*, seguindo a posição do Professor Gustavo Lopes Courinha, estamos perante uma ação planeada do contribuinte, aparentemente lícita, mas geradora de uma vantagem fiscal que não é admitida no ordenamento tributário²⁹, classificando, tal prática como abusiva.

²⁵ Sobre este tema *vide* DOURADO, Ana Paula, “The Meaning of Agressive Tax Planning and Avoidance in the European Union and the OECD: An Example of Legal Pluralism in International Tax Law”, in *International Tax Law: New Challenges to and from Constitutional and Legal Pluralism*, Editor Joachim Englisch, IBFD, 2016.

²⁶ Em sentido contrário temos Marta Caldas, *cf.* CALDAS, Marta, *O Conceito de Planeamento Fiscal Agressivo: Novos Limites ao Planeamento Fiscal?*, Cadernos IDEFF, n.º 18, Almedina, 2015, *cit.*, p. 108 e 127, que considera que estamos perante dois conceitos autónomos e que não se trata de meros sinónimos. Ou seja, para a autora o planeamento fiscal abusivo é composto por um elemento objetivo, “*que equivalerá ao respeito meramente formal da norma que atribui uma vantagem fiscal, sendo a atribuição dessa vantagem fiscal feita com um outro objetivo ou fundamento, o que conduz ao não respeito dos objetivos da norma fiscal*”; e por um elemento subjetivo, “*que se traduz na artificialidade, que se manifesta pela falta de substância económica ou comercial do negócio em causa, com vista a obter exclusiva ou predominantemente uma vantagem fiscal*”.

Já o planeamento fiscal agressivo, traduz-se “*na adoção de determinados comportamentos que aproveitando disparidades e tecnicidades das normas ou ordenamentos fiscais geram uma vantagem fiscal não prevista pelo legislador fiscal, que excede a justificação económica subjacente ao comportamento, (por isso não artificial), conduzindo a uma redução significativa da quota-parte de contribuição do contribuinte, em termos que compromete os princípios da equidade e justiça fiscal*”.

²⁷ Ana Paula Dourado refere que o planeamento fiscal agressivo se qualifica como “*Umbrella Concept*”, abrangendo as lacunas jurídicas, as disparidades entre jurisdições e a evasão fiscal, *cf.* DOURADO, Ana Paula, “Aggressive Tax Planning in EU Law and in the Light of BEPS: The EC Recommendation on Aggressive Tax Planning and BEPS Actions 2 and 6”, in *Intertax*, volume 43, issue 1, 2015, *cit.*, p. 48.

²⁸ Na sequência das práticas de planeamento fiscal agressivo levadas a cabo por grandes multinacionais, *in casu*, a *Amazon* a *Starbucks* e a *Google*, levou a que Margaret Hodge, Presidente do Comité de Contas Públicas do Parlamento do Reino Unido, proferisse: “*We are not accusing you of being illegal. We are accusing you of being immoral*”.

²⁹ *Cfr.* COURINHA, Gustavo Lopes, *A Cláusula Geral Anti-Abuso no Direito Tributário, Contributos para a sua Compreensão*, Almedina, 2004, *cit.*, p. 15.

Assim, podemos considerar que o diferencial entre a figura do planeamento fiscal agressivo e a figura do planeamento fiscal lícito reside na licitude da conduta do sujeito passivo, mas que cujo resultado obtido não é admitido pelo ordenamento jurídico.

Gustavo Lopes Courinha na sua dissertação parece fazer corresponder o conceito de elisão fiscal ao de planeamento fiscal agressivo.

Outros autores, para retratarem esta realidade preferem utilizar a expressão de planeamento fiscal “abusivo”³⁰, enquanto, outros autores abominam a utilização dos adjetivos agressivo/abusivo, qualificando esta realidade como “evasão fiscal”³¹.

Relativamente a esta última qualificação, não podemos deixar, de tecer um comentário prévio ao futuro desenvolvimento do tema em sede própria.

A evasão fiscal, por se tratar da utilização de meios ilícitos para obter uma vantagem fiscal, a nosso ver não pode ser equiparada à figura do planeamento fiscal agressivo que *s.m.o.* se reconduz à figura da elisão fiscal, sendo meros sinónimos que retratam a mesma realidade (utilização de meios lícitos para obter uma vantagem fiscal, ainda que essa vantagem fiscal não seja admitida pelo ordenamento jurídico).

Já Taborda Gama³², considera que estamos perante atos que são “*antijurídicos, mas lícitos*”, ou seja, são atos que não violam as leis fiscais, não sendo por isso ilícitos, mas que a lei fiscal considera serem fiscalmente irregulares, defendendo que podem ser corrigidos pela Administração Fiscal por darem origem à elisão fiscal.

Existem, todavia, autores³³ que dentro da problemática do planeamento fiscal agressivo, consideram existir espaço para dois tipos de planeamento, a saber: o planeamento fiscal abusivo efetivo e o planeamento fiscal potencialmente abusivo.

O primeiro, representa qualquer forma de planeamento, que de acordo com as cláusulas antiabuso, seja considerada elisão ou que seja posta em causa pelo Direito Comunitário ou pelo Direito Internacional.

³⁰ Cfr. XAVIER, Alberto, *Direito Tributário Internacional – Tributação das operações internas*, Almedina, 1997, cit., p. 291 e ss.

³¹ Cfr. ROCHA, Joaquim Freitas da, *Introdução ao Planeamento Fiscal (...)*, cit., p. 110, defendendo que não pode ser considerado planeamento fiscal abusivo, pois “*se determinado comportamento é qualificado como “planeamento”, não pode ser “abusivo, pois a atuação planificadora, situando-se no plano da absoluta legalidade, fica arredada, seja a que título for, da categoria de abuso*”.

Relativamente ao uso da expressão “planeamento fiscal agressivo”, o mesmo autor defende que estas situações assim qualificadas, nada mais são que evasão fiscal, tratando-se apenas de *soft law*.

³² Cfr. GAMA, J. Taborda, “Acto elisivo, acto lesivo. Notas sobre a admissibilidade de combate à elisão fiscal no ordenamento jurídico português”, *Revista da Universidade de Direito da Universidade de Lisboa*, XL, n.º 1 e 2, 1999, cit., p. 289 e ss.

³³ Cfr. SANTOS, A. Carlos dos, “Planeamento fiscal, evasão fiscal, elisão fiscal ...”, cit., p. 61-100.

O segundo caso, representa as situações que, sendo lícitas perante o direito existente, são objeto de um juízo de censura política que irá originar novos instrumentos jurídicos contra essa forma de planeamento.

Mas o que é, então, a elisão fiscal?

Seguimos a posição do professor João Catarino³⁴, que considera que a elisão fiscal pressupõe dois elementos: um objetivo (que consiste “*na manipulação com sucesso dos regimes legais, conseguindo-se evitar a lei que seria normalmente aplicável, levando ao chamamento de uma lei diferente*”) e um subjetivo (que consiste “*na vontade de afastar a aplicação de uma norma imperativa que seria normalmente aplicável, se aquela manipulação não ocorresse*”).

Destarte, e tendo em consideração o exposto, *s.m.o.*, consideramos que a figura do planeamento fiscal agressivo ou planeamento fiscal abusivo, na ótica de alguns autores, se resume à figura da elisão fiscal.

De facto ambos os conceitos retratam os casos em que através de meios lícitos, ainda que, com o recurso a negócios jurídicos ou estruturas jurídicas atípicas ou frequentemente anómalas, levam a um regime fiscal menos oneroso, resultado esse, que não pode ser admitido pelo ordenamento jurídico.

No nosso entender, acompanhamos esses autores por considerarmos que a elisão fiscal não passa de um sinónimo de planeamento fiscal agressivo ou *extra-legem*, e vice-versa, sendo que posteriormente distinguiremos a figura da elisão da figura da evasão (veja-se sobre esta temática o ponto 1.3. da presente dissertação).

1.2.3. Planeamento Fiscal *contra-legem*

Cumprido, apenas, fazer uma pequena referência a esta figura, ainda que sumariamente, por não ser objeto de estudo da presente tese.

Como refere António Carlos dos Santos³⁵ alguns comportamentos dos contribuintes com o objetivo de obter uma poupança fiscal são manifestamente ilícitos, constituindo verdadeiros delitos ou infrações, sendo, por isso, objeto de sanção penal ou administrativa.

³⁴ Cfr. CATARINO, João Ricardo, “Gestão e Planeamento Fiscal Internacional”, in CATARINO, João Ricardo/PEREIRA, Paula Rosado, in *Fiscalidade Internacional: Questões Atuais*, Almedina, 2023, cit., p. 67.

³⁵ Cfr. SANTOS, A. Carlos dos, “Planeamento fiscal, evasão fiscal, elisão fiscal ...”, cit., p 69.

Neste tipo de planeamento, o foco reside na ação deliberada e consciente por parte do contribuinte em evitar o pagamento de impostos, seja através da ocultação ou da modificação dos elementos essenciais do dever tributário³⁶.

O planeamento fiscal, *contra-legem*, resume-se na figura da fraude fiscal, que segundo Saldanha Sanches³⁷ se consagra como um “*comportamento que viola um dever de cooperação do sujeito passivo, ao qual corresponde uma sanção penal ou contraordenacional*”.

Seguimos o defendido pelo professor Saldanha Sanches, na medida em que consideramos que o planeamento fiscal *contra-legem* trata-se, efetivamente, de Fraude Fiscal.

Destarte, tratando-se a fraude fiscal, na nossa opinião, de planeamento fiscal *contra-legem*, há que definir o conceito de fraude fiscal.

Podemos considerar a fraude fiscal, à luz da definição fornecida por Joaquim Freitas da Rocha³⁸ como o “*conjunto de atos voluntários dos sujeitos passivos tributários que, praticados num quadro de ilicitude, têm por objetivo atingir um resultado de afastamento, redução ou diferimento fiscal*”, ou seja, tanto a conduta utilizada pelo sujeito passivo como o fim por ele pretendido são ilícitos³⁹.

1.3. Elisão vs Evasão Fiscal

Não querendo repetir o que, anteriormente foi explanado, consideramos necessário uma pequena distinção destes dois preceitos de modo a melhor compreender o estudo da proposta de Diretiva *Unshell* que será realizado na presente dissertação. Relembre-se a este respeito que, *s.m.o.*, consideramos que a elisão fiscal nada mais é que planeamento fiscal agressivo, vide a este respeito o subcapítulo 1.2.2.

Saldanha Sanches⁴⁰ considera que estamos perante a figura da elisão fiscal ou fraude à lei fiscal (não confundir com o fenómeno de Fraude Fiscal que é uma realidade completamente diferente), quando os comportamentos por parte do sujeito passivo consistem em contornar a lei fiscal sem expressamente a infringir, considerando o mesmo autor, que neste contexto a expressão de evasão fiscal seria de evitar.

³⁶ CATARINO, João Ricardo, “Gestão e Planeamento Fiscal Internacional”, *in* (...), cit., p. 60.

³⁷ Cfr. SANCHES, Saldanha, *Os Limites do Planeamento Fiscal, Substância e Forma* (...), cit., p. 21 e 107.

³⁸ Cfr. ROCHA, Joaquim Freitas da, *Introdução ao Planeamento Fiscal* (...), cit., p. 112.

³⁹ *Vide*, ROCHA, Joaquim Freitas da, *Introdução ao Planeamento Fiscal* (...), p. 166 e seguintes, relativamente aos bens jurídicos afetados com a fraude fiscal.

⁴⁰ Cfr. SANCHES, Saldanha, *Os Limites do Planeamento Fiscal, Substância e Forma* (...), cit., p. 21 e 107.

Para Joaquim Freitas da Rocha⁴¹ a evasão fiscal qualifica-se como o conjunto de atos voluntários dos sujeitos passivos tributários que, embora praticados num quadro genérico de licitude, são qualificados pelas normas tributárias como anómalos ou abusivos, tendo em vista o fim que pretendem atingir.

Para o autor, o que distingue as três figuras, planeamento fiscal, evasão fiscal e fraude fiscal é: (i) o **meio utilizado**, se o mesmo é lícito ou ilícito; (ii) o **fim pretendido** pelo sujeito passivo, se o mesmo é lícito, abusivo ou ilícito; e (iii) o **grau de contrariedade ao ordenamento jurídico**, que classifica como nenhum, moderado e elevado/total, respetivamente.

O autor não parece considerar o termo elisão.

Nuno Sá Gomes⁴² refere que o conceito de evasão fiscal pode incluir a evasão fiscal lícita e ilícita.

Na primeira, poderia existir a evasão fiscal *intra-legem*, a evasão fiscal *extra-legem* e aquilo que o autor considera ser uma “*economia fiscal antijurídica*”, ou seja, “*negócios dirigidos à poupança fiscal previstos nas leis fiscais portuguesas antiabuso, como negócios antijurídicos, mas lícitos*”.

Na segunda, estaríamos perante uma evasão fiscal *contra-legem*, traduzindo-se em verdadeiras “*infrações à lei fiscal*”.

Nas palavras de Pires Manuel⁴³, nos casos de evasão fiscal, o contribuinte, aproveitando-se do disposto numa lei de cobertura, mas não em perfeita conformidade com ela, evita a aplicação de uma outra, a lei evadida, que normalmente regularia a situação, embora atinja o mesmo resultado económico.

Neste caso, o que afastaria a evasão fiscal do planeamento fiscal é que no caso deste último o negócio jurídico utilizado para atingir o fim desejado, diminuição do imposto a pagar ou não sujeição a qualquer tipo de imposto, não é anormalmente deformado.

A evasão fiscal, para o autor, no fundo equivale a elisão fiscal, e no mesmo, sentido defendem Jónatas Machado e Paulo da Costa⁴⁴ que consideram mais apropriado associar a evasão fiscal a comportamentos “*extra-legem*”.

⁴¹ Cfr. ROCHA, Joaquim Freitas da, *Introdução ao Planeamento Fiscal (...)*, cit., p. 37-42.

⁴² Cfr. GOMES, Nuno Sá, *A criminalização das infrações tributárias*, Ciência e Técnica Fiscal, cit., p. 54 e ss.

⁴³ Cfr. PIRES, Manuel, *Direito Fiscal (...)*, cit., p. 168 e ss.

⁴⁴ Cfr. MACHADO, Jónatas, E., M./COSTA, Paulo Nogueira da, *Curso de Direito Tributário*, Coimbra Editora, 2009, cit., p. 343.

Já Casalta Nabais⁴⁵ defende um conceito amplo de evasão fiscal, englobando nessa mesma figura a evasão ilícita, ou seja, a evasão em sentido estrito, e a evasão lícita, isto é, a elisão fiscal, que se consagra como um abuso da liberdade de planeamento e de gestão fiscais.

Ana Paula Dourado refere que os comportamentos de elisão fiscal, manifestados através de uma manipulação dos pressupostos normativos, originam a intervenção do legislador com vista a “*tapar lacunas não intencionais*”, e que leva por sua vez a novas discussões jurídicas sobre os limites do planeamento fiscal⁴⁶.

S.m.o. não concordamos que o termo de evasão fiscal se confunda com elisão fiscal, sendo para nós, duas realidades completamente distintas.

Ademais, apesar de termos individualizado este subcapítulo, não consideramos que sejam figuras diferentes do que, anteriormente, foi explanado, tendo esta individualização como único objetivo contrapor diferentes pontos de vista relativamente a este tema.

A nosso ver, e, na esteira de Saldanha Sanches e Gustavo Lopes Courinha⁴⁷, como anteriormente referido, o termo elisão fiscal e planeamento fiscal agressivo podem ser reunidos no mesmo grupo pois consideramos tratar-se de verdadeiros sinónimos, uma vez que em ambas as situações estamos perante uma ação do contribuinte que tem como finalidade contornar a lei fiscal (com o recurso a negócios jurídicos ou estruturas jurídicas atípicas extremamente complexas ou frequentemente anómalas) sem expressamente infringir a mesma, de forma a obter uma vantagem fiscal que não é admitida no ordenamento jurídico tributário, encontrando-se o sujeito passivo numa situação de fraude à lei fiscal.

Por sua vez a figura da evasão fiscal, a nosso ver, confunde-se com o termo de fraude fiscal, por se tratar da mesma realidade, ou seja, situações em que os sujeitos passivos recorrem a instrumentos ilegais de sonegação de impostos.

⁴⁵ Cfr. NABAIS, Casalta, *Por um Estado Fiscal Suportável, Estudos de Direito Fiscal, vol. II*, Almedina, 2008, cit. P. 106 e ss.

⁴⁶ Cfr. DOURADO, Ana Paula, *O princípio da legalidade fiscal: Tipicidade, conceitos jurídicos indeterminados e margem de livre apreciação*, Almedina, 2014, cit., p. 566 – 567 e DOURADO, Ana Paula, *Direito Fiscal*, Almedina, 2016, cit., p. 262.

⁴⁷ Cfr. SANCHES, Saldanha, *Os Limites do Planeamento Fiscal, Substância e Forma (...)*, cit., p. 21 e 107 e COURINHA, Gustavo Lopes, *A Cláusula Geral Anti-Abuso no Direito Tributário (...)*, cit., p. 15

2. Contexto Pré-*Unshell*

Para uma melhor compreensão da necessidade da proposta de Diretiva *Unshell* dedicámos um capítulo da presente dissertação à apresentação, ainda que de forma sucinta, de medidas, anteriormente tomadas pela União Europeia como forma de luta contra o planeamento fiscal agressivo e as práticas de elisão e evasão fiscal.

Destrategicamente, decidimos incidir o nosso foco em quatro iniciativas que consideramos ser cruciais e relevantes nesta matéria: a Recomendação da Comissão de 2012, as Diretivas antiabuso I e II e a publicação de uma lista de jurisdições não cooperantes.

Interligado com estas iniciativas está o projeto BEPS da OCDE, que melhor perceberemos com a leitura do presente capítulo e cujas recomendações, em forma de ações, se encontram patentes nestas mesmas iniciativas.

O projeto BEPS foi percussor e um elemento intensificador da adoção de medidas de combate ao planeamento fiscal agressivo, elisão e evasão fiscal iniciadas a nível internacional.

Sendo, ademais, importante salientar, e seguindo as palavras do Professor Gustavo Lopes Courinha, relativamente às recomendações do projeto BEPS, que “*não é a busca de eficiência fiscal que deve ser reprimida ou obstada, mas a artificialidade das respetivas estruturas e/ou a falta de substância económica*”⁴⁸, diretriz esta que está, igualmente, patente nas duas ATAD’s, que serão posteriormente desenvolvidas, mas, igualmente, patente no cerne do que constituiu a nossa dissertação: a ATAD III.

Com a análise dos elementos supra referidos, poderemos concluir que a União Europeia tem sido coerente na política adotada contra o planeamento fiscal agressivo e as práticas de elisão e evasão fiscal, que como, anteriormente, referido são um grande obstáculo ao mercado interno.

No entanto, os instrumentos fiscais existentes a nível comunitário não contêm disposições explícitas que visem as entidades de fachada, como poderemos concluir após a leitura do presente capítulo.

2.1. Recomendação da Comissão, de 6 de dezembro de 2012, relativa ao planeamento fiscal agressivo (2012/772/UE)

Num primeiro momento, as estruturas de planeamento fiscal eram consideradas como práticas legítimas pelos vários Estados, no entanto, as práticas de planeamento

⁴⁸ Cfr. COURINHA, Gustavo Lopes, “BEPS e o Sistema Fiscal Português: Uma Primeira Incursão”, in *Estudos de Direito Internacional Fiscal*, Reimpressão, Almedina, 2019, cit., p. 292

fiscal têm evoluído substancialmente nas últimas décadas, tendo-se tornado cada vez mais complexas e perversas.

Realidade esta que será de fácil compreensão se tivermos em consideração a crescente globalização que se tem assistido a nível económico aliada a um grande desenvolvimento tecnológico que origina fenómenos de desmaterialização, ou seja, deixa de ser necessária a presença física em determinado território para daí retirar elevados rendimentos⁴⁹.

Já em 2012, a Comissão, entendia que o planeamento fiscal agressivo consistia em tirar partido dos aspetos técnicos de um sistema fiscal ou das assimetrias existentes entre dois ou vários sistemas fiscais⁵⁰, a fim de reduzir as obrigações fiscais e possibilitando a transferência dos lucros tributáveis para jurisdições fiscais mais favoráveis em que os sujeitos passivos conseguissem subtrair-se ao pagamento dos impostos ou que beneficiassem de determinada poupança fiscal.

Os Estados-Membros, acabavam, assim, por ser lesados, enfrentando a realidade de perda de receita fiscal, uma vez que os contribuintes, especialmente os grandes grupos multinacionais, usam intencionalmente as práticas de planeamento fiscal agressivo, explorando assimetrias, lacunas, falhas de articulação entre as legislações fiscais dos vários Estados, destas com as Convenções para evitar a Dupla Tributação (CDT), e mesmo das várias CDTs entre si; conjugando estes mecanismos com meios abusivos específicos, como a utilização de veículos societários sem substância, a transferência de lucros para jurisdições de baixa ou nula tributação, ou a celebração de acordos secretos com alguns Estados⁵¹.

A recomendação da Comissão Europeia de 2012 incentivou os Estados-Membros a implementarem uma abordagem comum, uma vez que as disposições nacionais são muitas vezes ineficientes e levam, abordando de formas díspares estas realidades complexas, a um terreno ainda mais fértil para as práticas de planeamento fiscal agressivo. Tendo em consideração a conjuntura explanada, a Recomendação de 2012, incidiu sobre dois grandes pontos essenciais: (i) a problemática da dupla não tributação e (ii) a cláusula geral antiabuso.

⁴⁹ Cfr. PEREIRA, Paula Rosado, *Convenções sobre Dupla Tributação (...)*, cit., pp. 31-35.

⁵⁰ Tendo lançado as bases para o que seria uma grande futura discussão que encontraria consagração no que ficou conhecida como *Anti Tax Avoidance Directive II* (ATAD II), que incidia sobre as assimetrias híbridas com países terceiros, alterando a ATAD I que se mostrou ineficiente neste assunto.

⁵¹ Cfr. Pereira, Paula Rosado, *Convenções sobre Dupla Tributação (...)*, cit., p. 34.

2.1.1. Limitação da aplicação das normas destinadas a evitar a dupla tributação

Prima facie, ainda que sumariamente explicado, para que exista o fenómeno de dupla tributação é necessário que duas normas de incidência se apliquem ao mesmo facto tributário, dando origem a duas pretensões tributárias⁵².

Conforme a abordagem doutrinária do Professor Alberto Xavier a identidade do facto tributário depende do preenchimento de quatro identidades, ou seja, tem de existir a incidência em mais de um Estado de impostos equiparáveis, que incida sobre o mesmo sujeito passivo, que diga respeito ao mesmo facto gerador do imposto e, por fim, que diga respeito ao mesmo período de tributação do rendimento⁵³.

Neste âmbito, foram identificados vários problemas, a saber⁵⁴:

- Certas estruturas de planeamento eram frequentemente utilizadas para retirar partido das disparidades existentes entre dois ou vários sistemas fiscais e que amiúde conduziam a uma dupla não tributação;
- Nas CDTs é usual os Estados comprometerem-se a não tributar certos elementos do rendimento, podendo não ter em consideração se esses mesmos elementos do rendimento são sujeitos ou não a tributação no outro Estado;
- Por fim, as situações em que os Estados decidem unilateralmente nas suas disposições nacionais isentar determinado tipo de rendimento, independentemente de saber se esses mesmos rendimentos estão sujeitos ou não a tributação no outro Estado.

Dado o carácter frequente destas situações a Comissão Europeia em matéria de limitação da aplicação das normas destinadas a evitar a dupla tributação recomendou⁵⁵:

- Quando os Estados-Membros nas suas CDTs se comprometam a não tributar determinado elemento do rendimento, devem garantir que esse compromisso só se aplica quando o referido elemento for tributado pela outra parte;
- Sempre que através das normas nacionais unilaterais os Estados-Membros decidam isentar um determinado elemento do rendimento gerado noutra

⁵² Cfr. XAVIER, Alberto, *Direito tributário Internacional*, 2.ª edição, Almedina, 2007, pp. 40-41.

⁵³ Cfr. *Idem*, cit., pp. 33 e ss.

⁵⁴ Cfr. European Commission, *Commission Recommendation of 6 December 2012 on Aggressive Tax Planning*, Official Journal of the European Union, (2012/772/EU), 2012.

⁵⁵ *Idem*.

jurisdição em que não seja sujeito a imposto os Estados-Membros, nas suas legislações nacionais, devem assegurar que esse elemento é tributado⁵⁶.

2.1.1. Cláusula Geral Antiabuso

Como anteriormente referido as estruturas de planeamento fiscal estão cada vez mais complexas e sofisticadas e os legisladores nacionais⁵⁷ não conseguem acompanhar estas práticas, pelo que a Comissão Europeia recomendou a adoção de uma regra geral antiabuso comum.

Assim, recomendou-se a adoção de uma cláusula nos seguintes termos: *“uma montagem artificial ou uma série de montagens artificiais criadas com o objetivo essencial de evitar a tributação e que conduza a um benefício fiscal deve ser ignorada. As autoridades nacionais devem tratar essas montagens para efeitos fiscais tendo como base a sua realidade económica”*⁵⁸.

A densificação da CGAA é complexa e extensa, pelo que nos vamos focar no que a recomendação considera tratar-se de “falta de substância comercial”, que será posteriormente importante para a compreensão do “teste da substância”.

Considera-se, na recomendação, que estamos perante uma montagem ou série de montagens artificiais quando a mesma não tiver substância comercial, ou seja, se a qualificação jurídica de cada uma das medidas que compõe a montagem for incompatível com o fundamento jurídico da montagem no seu conjunto; se a montagem ou série de montagens for executada de uma forma que seria normalmente utilizada no quadro do que se espera ser um comportamento comercial razoável; se a montagem ou série de montagens incluir elementos que têm por efeito compensar-se ou anular-se entre si; se as transações concluídas forem de natureza circular; se a montagem ou série de montagens derem origem a um benefício fiscal considerável, mas que não se reflete nos riscos

⁵⁶ No que concerne a este tema a Diretiva 2011/96/UE do Conselho, de 30 de Novembro de 2011, desempenhou um papel muito importante, impondo como requisito da possibilidade de se isentar os dividendos, o facto de a sociedade filha ter de ser uma sociedade sujeita e não isenta de IRC ou de um imposto de natureza idêntica e similar, regra esta que encontra consagração na nossa alínea d), 1.ª parte do n.º 1 do artigo 51.º do CIRC.

⁵⁷ As várias tentativas dos legisladores nacionais de implementarem cláusulas gerais antiabuso específicas para determinadas situações específicas, não é benéfico para o sistema fiscal desse mesmo Estado, na medida em que legislam posteriormente à ocorrência do facto, ou seja, posteriormente à ocorrência do prejuízo.

Partindo os sujeitos passivos, destas práticas de planeamento fiscal agressivo, para outros novos instrumentos complexos depois da impossibilidade de prosseguir com os anteriores por preencherem os requisitos das novas cláusulas.

⁵⁸ Cfr. European Commission, *Commission Recommendation of 6 December 2012 on Aggressive Tax Planning*, (...), ponto 4.2.

comerciais assumidos pelo contribuinte nem nos seus fluxos de caixa e se o lucro esperado antes do imposto é negligenciável relativamente ao montante da vantagem fiscal prevista⁵⁹.

Estes elementos que compõem a existência de falta de substância comercial são importantes, uma vez que as entidades de fachada que são utilizadas de forma abusiva para efeitos fiscais, são entidades desprovidas de indicadores de substância mínimos, ainda que, posteriormente, na análise do teste de substância possamos concluir que a escolha dos indicadores de substância são diferentes face aos supra referidos.

No entanto, não deixam de ser importantes contributos que têm pontos de contacto com a realidade das entidades de fachada.

2.2. Diretiva 2016/1164/UE do Conselho, de 12 de julho

A Diretiva Anti Elisão Fiscal I, mais conhecida por Diretiva Antiabuso ou ATAD I, tem como foco o combate ao planeamento fiscal agressivo e aos esquemas de elisão fiscal que, conseqüentemente, originam a redução da fatura fiscal⁶⁰.

A aplicação do projeto da OCDE e das suas 15 ações contra o BEPS de modo harmonizado na união era uma condição essencial no combate ao planeamento fiscal agressivo e às situações de duplas não tributações⁶¹, podendo mesmo dizer-se que a diretiva é a concretização multilateral do projeto BEPS da OCDE para os Estados-Membros da União⁶².

Destarte, e tendo em conta o foco principal da diretiva, a mesma teve como objetivos: garantir que o imposto era pago no país onde os lucros e o valor são efetivamente gerados; criar regras mínimas que reforcem o nível de proteção contra o planeamento fiscal agressivo no mercado interno; criar regras aplicáveis a todos os contribuintes sujeitos a imposto societário num Estado-membro, incluído residentes e

⁵⁹ *Idem*, ponto 4.4.

⁶⁰ Cfr. DOURADO, Ana Paula, “The EU Anti Tax Avoidance Package: Moving Ahead of BEPS?”, in *Intertax*, Volume 44, Issue 6 & 7, 2016, cit., p. 440-446.

⁶¹ O que é compreensível por duas ordens de razão: (i) em primeiro lugar, se a interpretação de cada recomendação do BEPS estivesse a cargo de cada Estado-Membro tal iria originar novas disparidades, levando, conseqüentemente, a um terreno mais apelativo para as práticas de planeamento fiscal agressivo; (ii) em segundo lugar, se estas recomendações do projeto BEPS não fossem materializadas numa Diretiva, levaria a que muitos sistemas jurídicos continuassem a não possuir estas regras levando à admissibilidade de regimes mais favoráveis aos contribuintes de forma a atrair grandes multinacionais para os seus Estados, originando uma erosão de bases tributáveis nos outros países europeus e uma concorrência fiscal desleal, que compromete o funcionamento do mercado único europeu.

⁶² Cfr. (1) – (3) do Preâmbulo da Diretiva 2016/1164/UE, de 12 de julho.

Estabelecimentos Estáveis não residentes⁶³; criar regras contra a erosão de bases tributárias no mercado interno e a transferência de lucros para fora do mesmo e garantir soluções comuns ao nível da União de acordo com as conclusões das ações do projeto BEPS da OCDE⁶⁴⁻⁶⁵.

De forma a prosseguir os objetivos elencados a Diretiva assentou, essencialmente, em cinco medidas: regras de limitação da dedutibilidade dos juros, a tributação à saída, a regra geral antiabuso, a regra das sociedades estrangeiras controladas e as assimetrias híbridas; cuja abordagem desenvolvida, infra, tem como objetivo uma melhor compreensão da proposta ATAD III⁶⁶.

As regras de **limitação da dedutibilidade dos juros** estão em sintonia com as recomendações da ação 4 do Projeto BEPS⁶⁷ e têm como objetivo evitar situações de sobre-endividamento de certas sociedades como forma de poupança fiscal⁶⁸, introduzindo a limitação de dedução de apenas de 30% antes do EBITDA, *earnings before interest, taxes, depreciation and amortization*⁶⁹.

O regime em si é muito mais complexo não se resumindo ao explanado, uma vez que existe a possibilidade da opção pela “ratio de grupo” em que os custos excessivos de empréstimos obtidos e o EBITDA podem ser calculados a nível do grupo e incluem os resultados de todos os seus membros⁷⁰.

⁶³ Sobre a problemática da utilização da residência para manipular o imposto pago pelo contribuinte *vide* COURINHA, Gustavo Lopes, *A Residência no Direito Internacional Fiscal – Do Abuso Subjetivo de Convenções*, Coimbra, Almedina, 2015.

⁶⁴ Cfr. (1) – (4) e (6) do Preâmbulo da Diretiva 2016/1164/UE, de 12 de julho.

⁶⁵ Sobre o projeto BEPS da OCDE e para uma melhor compreensão do mesmo, uma vez que na presente tése apenas nos vamos focar de forma superficial sobre algumas ações, *vide* PIRES, Rita Calçada, *Manual de Direito Internacional Fiscal*, Almedina, 2018, cit., p. 178-190.

⁶⁶ Sobre um estudo mais aprofundado sobre esta temática *vide* SMIT, Daniël, “The Anti-Tax-Avoidance Directive (ATAD)”, in TERRA, Ben/WATTEL, Peter, in *European Tax Law, Volume I – General Topics and Direct Taxation*, 7th Editions, Wolters Kluwer, 2019, cit., chapter 12, p. 245-277.

⁶⁷ As recomendações da ação 4 do Projeto BEPS podem ser analisadas como mais detalhe em: OCDE/G20, *Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 - 2015 Final Report*, OCDE/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OCDE Publishing, Paris, 2015, disponível em: <https://www.oecd.org/ctp/limiting-base-erosion-involving-interest-deductions-and-other-financial-payments-action-4-2015-final-report-9789264241176-en.htm>, sendo que as mesmas tinham como objetivo: limitar a erosão da base tributável através da dedução de juros.

⁶⁸ Nestas práticas, as entidades subsidiárias podem estar fortemente endividadas, utilizando deduções excessivas sobre os empréstimos intra-grupo de forma a proteger os lucros que obtêm onde as mesmas estão localizadas.

Por outras palavras, existe uma transferência da dívida para jurisdições com taxas altas de imposto enquanto os lucros são deslocados para jurisdições que praticam impostos baixos, cfr. DOURADO, Ana Paula, “The Interest Limitation Rule in the Anti-Tax Avoidance Directive (ATAD) and The Net Taxation Principle”, *EC Tax Review*, n.º 3, 2017, cit., p. 112-121.

⁶⁹ Cfr. artigo 4.º da ATAD I.

⁷⁰ *Idem*.

O limite de 30% do EBIDTA também pode ser substituído por um limite de 3 milhões de euros⁷¹.

Existem, ainda, exceções à regra e existe a possibilidade de reporte para o futuro dos juros não dedutíveis, ou seja do excesso dos mesmos⁷².

O segundo ponto de enfoque da ATAD I foram os impostos à saída, ou **tributação à saída**⁷³, que se configura como uma regra de prevenção de evasão fiscal que pretende assegurar a cobrança do imposto sobre o património do sujeito passivo no momento em que este ou um Estabelecimento Estável seu e os seus ativos se deslocam para outro Estado, tributando quaisquer mais-valias geradas no seu território mesmo que as mesmas não tenham sido realizadas no momento da saída.

Na prática, está em causa a tributação de mais-valias potenciais, apuradas pela diferença entre o valor de mercado e o valor contabilístico⁷⁴.

Sendo que o pagamento destas mais-valias potenciais pode ser diferido, opção esta por influência da jurisprudência do TJUE em decisões prévias à ATAD I, em casos como o *National Grid Indus*, *DMC* e *Verder Lab Tec*⁷⁵.

Em terceiro lugar, e sendo a norma, a nosso ver mais importante da ATAD I, foi introduzida a **CGAA**⁷⁶, em sintonia, com a Recomendação da Comissão de 2012,

⁷¹ *Idem*.

⁷² *Idem*.

⁷³ Os mesmos foram mencionados na ação 6 do projeto BEPS, referindo a mesma que este tipo de impostos não são incompatíveis com as CDTs, mas não existe nesta ação uma efetiva recomendação concreta para a sua redação ou introdução, cfr. OCDE, *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, Action 6 - 2015 Final Report*, OCDE/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OCDE Publishing, Paris, 2015.

⁷⁴ Cfr. artigo 5.º da ATAD I.

⁷⁵ No primeiro caso (Processo C-371/10, de 29 de novembro de 2011) o TJUE concluiu que o pagamento imediato destas mais-valias potenciais era “*desproporcional*”, devendo o Estado proporcionar ao contribuinte a possibilidade de escolha, incluindo: “*o pagamento diferido do montante do imposto, eventualmente acrescido de juros*”; na mesma senda o *DMC* (Processo C 164/12, de 23 de janeiro de 2014), que admitiu a repartição do montante devido em cinco prestações anuais; e o *Verder Lab Tec* (Processo C-657/13, de 21 de maio de 2015), em que considerou proporcional a admissibilidade do pagamento em dez prestações.

Para um estudo mais aprofundado *vide* SENDETSKA, Olga, “ECJ Case Law on Corporate Exit Taxation: From National Grid Indus to DMC: What Is the Current State of Law?”, in *EC Tax Review*, volume 23, issue 4, pp. 230-237, 2014.

Tendo a diretiva apenas consagrado a possibilidade de diferir o pagamento do imposto devido ao longo de 5 prestações anuais, cfr. artigo 5.º da ATAD I.

⁷⁶ Todavia, ressalva-se, no (11) do preâmbulo da ATAD I, o direito que os contribuintes têm de optar pelas estruturas, que sob o ponto de vista fiscal, se revelem mais vantajosas para as suas atividades comerciais desde que sendo esse um dos elementos determinantes essas estruturas sejam genuínas, pois se não forem poderá ser aplicada a CGAA.

anteriormente referida, e com o *principle purpose test* constante da ação 6 do Projeto BEPS⁷⁷.

Para que a CGAA seja aplicada é necessário que estejamos perante uma montagem ou série de montagens, postas em prática tendo pelo menos como uma das finalidades principais obter uma vantagem fiscal, que essa vantagem ponha em causa as disposições fiscais que na ausência desse esquema seriam aplicáveis e que essa montagem não seja genuína, que nas palavras do Professor Gustavo Lopes Courinha, se traduz em cinco elementos: o elemento meio, o elemento resultado, o elemento intelectual, o elemento normativo e o elemento sancionatório⁷⁸.

São considerados como montagens não genuínas os esquemas que não foram adotados por razões económicas válidas e que o objetivo principal é o de obter uma vantagem fiscal contrária ao objeto e finalidade da lei fiscal aplicável⁷⁹.

De notar que a consequência da aplicação da CGAA é a desconsideração das estruturas ou montagens tidas como não genuínas, sendo a coleta determinada nos termos do direito nacional como se elas não existissem.

A quarta norma introduzida pela ATAD I foi o regime CFC, “*controlled foreign company*”, ou **sociedades estrangeiras controladas**, que tem como finalidade retribuir à sociedade mãe os rendimentos de uma filial controlada sujeita a baixa tributação ou a nenhuma tributação, ou seja, a sociedade mãe passa a estar sujeita a tributação relativamente a estes rendimentos atribuídos no Estado onde é residente para efeitos

⁷⁷Sobre a Ação 6 do Projeto BEPS *vide* TABOADA, Carlos Palao, *OECD base erosion and profit shifting Action 6: The general anti-abuse rule*, Bulletin for International Taxation, Volume 69, Issue 10, IBFD, 2015.

⁷⁸ Para o Professor Gustavo Lopes Courinha, cfr. COURINHA, Gustavo Lopes, *A Cláusula Geral Anti-Abuso no Direito Tributário*, (...), cit., p. 163-202, terá de se aferir que o negócio, para além de orientado à obtenção de um ganho/vantagem fiscal é dotado “*de uma forma anómala, inusual, artificiosa, complexa ou mesmo contraditória*”.

O **elemento resultado** concretiza-se através da aferição da vantagem fiscal e do efeito económico equivalente, ou seja, o contribuinte “*em virtude da prática de determinados actos, (...) obtém uma carga tributária mais favorável (...) do que aquela que resultaria da prática de actos normais e de efeito económico equivalente, sujeitos a tributação*”.

O **elemento intelectual** reside na motivação fiscal do contribuinte, cuja demonstração se faz “*segundo critérios de razoabilidade e normalidade*”, ou seja, através de indícios objetivos da vontade que nos permitam concluir “*que o contribuinte atribuiu às formas adotadas um preponderante fim fiscal*”.

O **elemento normativo**, apesar de não ter consagração expressa, o professor considera ser de extrema importância, assim, este consagra-se como a reprovação normativo-sistemática da vantagem obtida.

Ou seja, “*a desconformidade do resultado obtido com a ratio legis, o espírito ou o propósito da lei, (...) é algo característico da elisão fiscal (...) sendo decorrência imediata da teoria da Fraude à Lei e encontrando-se consagrado, ou pelo menos pressuposto na jurisprudência*”.

Está, assim, em causa um resultado fiscal antijurídico.

Por fim, o **elemento sancionatório**, que se traduz na efetivação da cláusula, sendo que “*a CGAA atinge (...) o seu desiderato – o combate à elisão fiscal, por via da negação dos efeitos fiscais pretendidos obter*”.

⁷⁹ Artigo 6.º da ATAD I.

fiscais, de forma a evitar que a constituição de sucursais em vez de filiais seja uma forma de contornar as estatuições fiscais, pois abrange, igualmente, os lucros dos estabelecimentos estáveis⁸⁰.

Estas filiais ou estabelecimentos estáveis ao serem considerados CFC's⁸¹, a sociedade mãe tem de incluir na sua base tributável os rendimentos não distribuídos da filial ou estabelecimento estável que sejam:

- provenientes de determinadas categorias de rendimentos⁸², ou;
- resultantes de montagens não genuínas⁸³ postas em prática com a finalidade essencial de obter uma vantagem fiscal.

Cumpre, por fim, apenas referir que o regime CFC está em consonância com a ação 3 do projeto BEPS⁸⁴.

Por fim, temos o regime das **assimetrias híbridas**, que foi um reflexo da ação 2 do projeto BEPS⁸⁵, que tinha como objetivo a neutralização dos efeitos dos instrumentos híbridos.

Ainda que a presente norma tenha sido introduzida pela ATAD I, apenas iremos desenvolver o tema, infra, no subcapítulo da ATAD II, uma vez que a ATAD I tratou de forma simples um regime de extrema complexidade, consagrando apenas duas situações.

⁸⁰ Cfr. (12) do Preâmbulo e artigo 7.º da ATAD I.

⁸¹ Nos termos do disposto no número 1 do artigo 7.º da ATAD I são considerados CFC's quando: (i) o contribuinte por si só ou conjuntamente com as suas empresas associadas, detém uma participação direta ou indireta de mais de 50% dos direitos de voto, ou detém, de forma direta ou indireta, mais de 50% do capital, ou tem direito a receber mais de 50% dos lucros da filial ou estabelecimento estável; e (ii) o imposto sobre as sociedades efetivamente pago sobre os seus lucros pela filial, ou pelo estabelecimento estável, é inferior à diferença entre o imposto sobre as sociedades que teria sido cobrado à sociedade estrangeira, ou ao estabelecimento estável, ao abrigo do sistema de tributação das sociedades aplicável no Estado-Membro do contribuinte e o imposto sobre as sociedades efetivamente pago sobre os lucros da filial ou pelo estabelecimento estável.

⁸² Estão em causa os seguintes rendimentos: juros ou outros rendimentos gerados por ativos financeiros; *royalties*; dividendos e rendimentos provenientes da alienação de ações ou quotas; rendimentos provenientes de locação financeira; rendimentos provenientes de atividades de seguros, bancárias e de outras atividades financeiras e rendimentos provenientes de empresas de faturação que obtenham rendimentos de comércio e serviços provenientes de bens e serviços comprados e vendidos a empresas associadas, e que acrescentam pouco ou nenhum valor económico, cfr. alínea a), número 2 do artigo 7.º da ATAD I.

⁸³ Uma montagem não é genuína nas situações em que nem a filial nem o estabelecimento estável seriam detentores dos ativos que geram a totalidade ou parte dos rendimentos, nem teriam assumido os riscos a eles associados, se não fossem controlados por uma sociedade na qual são exercidas as funções dirigentes, cfr. alínea b), número 2 do artigo 7.º da ATAD I.

⁸⁴ Para um estudo mais aprofundado sobre a mesma vide OECD/G20, *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3 - 2015 Final Report*, OCDE/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OCDE Publishing, Paris, 2015, disponível em <https://www.oecd.org/ctp/designing-effective-controlled-foreign-company-rules-action-3-2015-final-report-9789264241152-en.htm>.

⁸⁵ Vide OECD/G20, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report*, OCDE/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OCDE Publishing, Paris, 2015 disponível em: <https://www.oecd.org/ctp/neutralising-the-effects-of-hybrid-mismatch-arrangements-action-2-2015-final-report-9789264241138-en.htm>.

Ou seja, se uma assimetria híbrida levar a uma dupla dedução, tal dedução é apenas concedida no Estado-Membro em que esse pagamento teve origem, já no caso, em que a assimetria híbrida leve a uma dedução sem inclusão, o Estado-Membro do pagador recusa a dedução desse pagamento⁸⁶.

Portanto, este regime apenas visa as duplas deduções, sem que a tal corresponda a uma dupla inclusão de rendimentos, e as situações de deduções sem inclusão.

Ademais, este regime não compreende a realidade das assimetrias híbridas com países terceiros, pois apenas visa os Estados-Membros, tendo deixado muito a desejar.

2.3. Diretiva 2017/952/UE do Conselho, de 29 de maio

Face à simplicidade com que a realidade das assimetrias híbridas foi tratada na ATAD I, em duas frases de duas linhas, surgiu a Diretiva 2017/952/UE, de 29 de maio, também designada por ATAD II para colmatar essa falha, apresentando-se a mesma como um documento digno de tal realidade tão complexa que não poderia ser tratada de forma tão simples.

Antes de procedermos a uma análise da ATAD II, nos mesmos trâmites da análise feita à ATAD I, cumpre compreender o conceito de assimetria híbrida e o que compreende esta realidade⁸⁷.

Nos termos da ação 2 do projeto BEPS, ainda que a mesma não disponha de uma definição desta realidade, considera-se que as assimetrias híbridas exploram as diferenças de tratamento fiscal de uma entidade ou instrumento financeiro por contraposição entre as leis de duas ou mais jurisdições, com o objetivo de alcançar uma dupla não dedução, incluindo o diferimento a longo prazo⁸⁸.

Na doutrina portuguesa, o professor Gustavo Lopes Courinha, define as assimetrias híbridas como *“situações jurídicas que, por força de uma qualificação distinta realizada por dois ordenamentos jurídico-fiscais, são objeto de um tratamento fiscal não uniforme de vantagem”*⁸⁹.

⁸⁶ Cfr. artigo 9.º da ATAD I.

⁸⁷ Para uma análise mais profunda da ATAD II e do tema das Assimetrias Híbridas vide D'ALBUQUERQUE, Maria Rebelo Afonso, *A Diretiva Antielisão Fiscal: do Regime Anti-Híbridos em especial*, Série Monografias, CIDEEEF, n.º1/2022, 2022.

⁸⁸ Cfr. OECD/G20, *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3 (...)*, cit., p.11 (tradução nossa) conceito este de extrema relevância uma vez que a ATAD II teve como objetivo a implementação coordenada entre os vários Estados-Membros da ação 2 do projeto BEPS.

⁸⁹ Cfr. COURINHA, Gustavo Lopes, “As Diretivas Europeias Anti-abuso”, in CATARINO, João Ricardo/PEREIRA, Paula Rosado, *Fiscalidade Internacional: Questões Atuais*, Almedina, 2023, cit., p. 418.

Considera o autor que as assimetrias híbridas são definidas por duas características essenciais⁹⁰.

A primeira consiste numa **qualificação discordante** face a determinada situação jurídica, ou seja, dois ordenamentos jurídicos diferentes partem de premissas diferentes para abordar o mesmo fenómeno⁹¹.

Em segundo lugar, essas disparidades de tratamento fiscal originam uma **dupla vantagem**, sendo que essa dupla vantagem pode-se concretizar numa de duas situações possíveis: uma dupla dedução sem dupla inclusão, ou uma dedução sem inclusão⁹².

Em face do exposto podemos concluir que as assimetrias híbridas configuram-se como sendo um conceito relativo, uma vez que esta realidade só surge pela contraposição de dois ordenamentos jurídicos diferentes.

O âmbito de aplicação da ATAD II diverge relativamente à ATAD I que no que toca às assimetrias híbridas apresentava um âmbito muito restrito, uma vez que apenas visava os Estados-Membros.

A ATAD II, apresenta, um âmbito subjetivo mais amplo, abrangendo os contribuintes sujeitos a imposto sobre sociedades num ou mais Estados-Membros, os estabelecimentos estáveis de entidades situadas em países terceiros que estejam localizados num ou mais Estados-Membros e as entidades consideradas transparentes para efeitos fiscais por um Estado-Membro⁹³.

Ao contrário da incompletude da ATAD I, a ATAD II, traz um conjunto de situações, extensamente elaboradas e complexas, de situações que considera figurarem como assimetrias híbridas, sendo que as mesmas podem ser subdivididas em três grupos, as assimetrias híbridas *proprio sensu*⁹⁴, as assimetrias híbridas inversas e as assimetrias híbridas de residência fiscal.

As **assimetrias híbridas *proprio sensu***, compreendem um vasto leque de situações, a saber: duplas deduções, dedução sem inclusão, assimetrias híbridas importadas, estabelecimentos estáveis híbridos e desagravamento do imposto devido.

⁹⁰ *Idem*, cit., p. 419.

⁹¹ *Idem*, cit., p. 419.

⁹² *Idem*, cit., p. 420.

⁹³ Cfr. D'ALBUQUERQUE, Maria Rebelo Afonso, *A Diretiva Antielisão Fiscal: do Regime Anti-Híbridos (...)*, cit., p. 137.

⁹⁴ Cfr. COURINHA, Gustavo Lopes, "As Diretivas Europeias Anti-abuso", *in (...)*, cit., p. 421-422.

A lógica é sempre a mesma, e por isso transversal ao regime das assimetrias híbridas, ou seja, o Estado-Membro do investidor ou do ordenante deve recusar a dedução, se não o fizer, deve ser o outro Estado-Membro a recusar a mesma.

Há três situações deste articulado que merecem, destaque face às suas particularidades:

No caso das assimetrias híbridas importadas, os Estados-Membros devem recusar uma dedução quando esta corresponda a um pagamento que financie, direta ou indiretamente, uma despesa dedutível que dê origem a uma assimetria híbrida no contexto de empresas associadas ou de um entendimento estruturado⁹⁵⁻⁹⁶.

Se porventura, estiver em causa um Estabelecimento Estável Híbrido não tido em conta e que não seja sujeito a imposto no Estado-Membro em que o contribuinte é residente para efeitos fiscais, deve esse Estado-Membro exigir que o contribuinte inclua o rendimento desse Estabelecimento Estável Híbrido no seu rendimento tributável⁹⁷.

Por fim, se se tratar de uma transferência híbrida que tenha como finalidade o desagravamento do imposto retido na fonte sobre um pagamento derivado de um instrumento financeiro transferido para mais do que uma das partes envolvidas, o Estado-Membro do contribuinte limita o benefício desse desagravamento na proporção do rendimento tributável respeitante a esse pagamento⁹⁸.

Nas **assimetrias híbridas inversas** estão em causa situações em que num ordenamento jurídico a sociedade vai ser considerada como uma sociedade transparente e no outro ordenamento jurídico vai ser considerada como uma sociedade opaca, ou seja, a sociedade vai ser considerada simultaneamente como opaca e transparente em ordenamentos jurídicos diferentes.

Consequentemente ocorrem situações de dupla não tributação do rendimento em ambas as esferas, na medida em que a sociedade ao ser sujeita ao regime da transparência fiscal numa jurisdição a mesma não vai ser tributada (uma vez que os seus lucros são imputados diretamente na esfera jurídica dos sócios) e ao ser considerada como opaca noutra jurisdição (a mesma vai ser sujeito passivo de imposto) os sócios não vão ser tributados nessa jurisdição⁹⁹.

⁹⁵ Cfr. número 3 do artigo 9.º da ATAD II.

⁹⁶ Cfr. PIRES, Bernardo Ferreira, *O Problema das Assimetrias Híbridas*, Dissertação de Mestrado, Universidade de Coimbra, 2022, cit., p. 72.

⁹⁷ Cfr. número 5 do artigo 9.º da ATAD II.

⁹⁸ Cfr. número 6 do artigo 9.º da ATAD II.

⁹⁹ Cfr. COURINHA, Gustavo Lopes, “As Diretivas Europeias Anti-abuso”, in (...), cit., p. 424 e 425.

Para obstar a estas situações surge o regime do artigo 9.º-A da ATAD II, que estabelece que nestes casos em que uma sociedade é considerada como transparente num Estado e como opaca noutra (considerada como residente nesse estado), a entidade passa a ser considerada como residente no Estado-Membro onde é considerada transparente, e tributada sobre o seu rendimento¹⁰⁰.

Isto não se aplica, se o rendimento da entidade híbrida for, afinal, tributável em sede de imposto sobre o rendimento das pessoas singulares ou em sede de imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas diretamente na titularidade de pessoas singulares ou coletivas¹⁰¹⁻¹⁰².

Por fim, temos as **assimetrias de residência fiscal**, patentes no artigo 9.º-B da ATAD II, em que uma sociedade é considerada como sendo residente em vários Estados, conseguindo que o mesmo gasto ou perda seja deduzido nas várias jurisdições envolvidas, originando fenómenos de duplas deduções¹⁰³.

Assim, numa situação de dupla residência este regime não permite que estes pagamentos, despesas ou perdas concorram para o lucro tributável do Estado-Membro do contribuinte, a não ser que esta dupla dedução seja compensada por rendimentos de dupla inclusão¹⁰⁴. Por fim, se ambas as jurisdições em causa forem Estados-Membros, como há a aplicação das CDTs entre os mesmos, no caso de concorrência de residências, o contribuinte acaba por ser considerado residente apenas ao abrigo de um deles, assim, estabelece o artigo que o Estado-Membro em que o contribuinte não é considerado residente deve recusar a dedução.

¹⁰⁰ Desde que esteja em causa “*uma ou mais entidades associadas não residentes (ou seja, a entidade é considerada como opaca no outro estado onde é residente) que detenham de forma agregada um interesse direto ou indireto em 50 % ou mais dos direitos de voto, participações no capital ou direitos a uma parte dos lucros de uma entidade híbrida constituída ou estabelecida num Estado-Membro*”.

¹⁰¹O que se compreende, uma vez que não ocorre fenómeno de dupla não tributação aqui, cfr. número 2 do artigo 9.º da ATAD II.

¹⁰² Gustavo Lopes Courinha vê duas situações possíveis neste número 2 do artigo 9.º da ATAD II.

Em primeiro lugar, considera que “*se os sócios ou membros da entidade híbrida vierem a ser (...) tributados em IRS ou IRC*” o disposto no número 1 do mesmo artigo deixa de ser aplicado.

Em segundo lugar, e numa leitura do autor, “*se o rendimento de tal entidade for (...) tributado pela outra jurisdição – quer na esfera dos respetivos sócios ou membros*” não se aplica, igualmente, o disposto no número 1 por não existir risco de dupla não tributação.

Cfr. COURINHA, Gustavo Lopes, “As Diretivas Europeias Anti-abuso”, *in* (...), cit., p. 425.

¹⁰³ Outro benefício de uma sociedade ser considerada residente em várias jurisdições é o acesso às redes convencionais dos vários países envolvidos, beneficiando das disposições específicas de cada um deles. Apesar de a maioria das CDTs a nível mundial seguir o modelo de convenção da OCDE ou da ONU, nada impede os Estados de terem disposições específicas com determinados Estados (não esquecendo que sendo modelos de convenção os mesmos não são vinculativos).

Este fator para as multinacionais acaba a ser um *plus*, pois tendo as mesmas uma grande capacidade de mobilidade podem facilmente ter acesso às convenções cujos regimes seja mais benéficos.

¹⁰⁴ Cfr. artigo 9.º-B da ATAD II.

2.4. Lista de jurisdições não cooperantes para efeitos fiscais da União Europeia

De forma a proteger as bases tributárias dos Estados-Membros de práticas prejudiciais de países terceiros a União Europeia, publica desde 2017 uma lista de jurisdições não cooperantes em matéria fiscal.

A lista, atualmente, conta com 12 jurisdições¹⁰⁵ que considera ser não cooperantes para efeitos fiscais¹⁰⁶.

Para além da inclusão nesta lista negra, foi adotada um segundo instrumento, a denominada *greylist*, que elenca vários Estados que se encontram em atualização dos seus *guidelines* fiscais para que os mesmos possam corresponder aos *minimum standards* impostos pela União Europeia no âmbito do projeto BEPS¹⁰⁷.

A inclusão nesta lista está dependente de três critérios principais, definidos pelo Conselho em 2016, e que dizem respeito à transparência fiscal, à justiça fiscal e a medidas anti-BEPS.

No entender de Ana Paula Dourado e de Peter Wattel tal inclusão resume-se em três indicadores de risco: (i) a transparência e a troca de informação; (ii) regimes fiscais preferenciais; e (iii) ausência de imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas, com uma taxa igual a zero ou quase zero¹⁰⁸.

Começando pelo critério da transparência fiscal o mesmo tem como finalidade o acesso por parte dos Estados-Membros da União a dados sobre os ativos estrangeiros dos seus cidadãos para evitar que tais ativos sejam sonogados para efeitos fiscais¹⁰⁹.

De forma a aferir se tal finalidade é prosseguida têm-se em conta a existência de parâmetros como a **troca automática de informações fiscais** (através da troca automática de informações fiscais, da adesão à Norma Comum de Comunicação da OCDE e da publicação pelo Fórum Mundial das avaliações efetuadas pelos pares ao quadro jurídico das jurisdições para aplicar a troca automática de informações, cujas classificações são tidas em conta na elaboração da lista), **a troca de informações fiscais**

¹⁰⁵ São eles: a Samoa Americana, Fiji, o Panamá, Trindade e Tobago, Anguilla, Guam, Rússia, as Ilhas Virgens Americanas, Antígua e Barbuda, Palau, Samoa e Vanuatu.

¹⁰⁶ Após consulta ao site oficial, disponível em: <https://www.consilium.europa.eu/pt/policies/eu-list-of-non-cooperative-jurisdictions/>, no dia 27 de fevereiro de 2024, pelas 16 horas.

¹⁰⁷ Cfr. REI, Tânia Beatriz Freitas, *A Lista de Jurisdições não Cooperantes e a Proposta de Medidas de Reação: Problemas de Compatibilidade com o Direito da OMC*, Dissertação de Mestrado em Direito, UCP, 2021, cit., p. 13.

¹⁰⁸ DOURADO, Ana Paula/WATTEL, Peter, “Third States and External Tax Relations”, in TERRA, Ben/WATTEL, Peter, *European Tax Law – Volume 1: General Concepts and Direct Taxation*, 7th Edition, Wolters Kluwer, 2018, cit., p. 214.

¹⁰⁹ Site oficial: <https://www.consilium.europa.eu/pt/policies/eu-list-of-non-cooperative-jurisdictions/>.

a **pedido** (e cuja ação do Grupo do Código de Conduta é essencial, uma vez que este analisa se as jurisdições cumprem a norma da OCDE relativa à troca de informações a pedido), a **adesão à Convenção Multilateral da OCDE sobre a Assistência Administrativa Mútua em matéria fiscal**¹¹⁰ e a **adoção de critérios de beneficiário efetivo**¹¹¹.

O critério de justiça fiscal aborda as práticas fiscais prejudiciais.

Assim, as jurisdições não devem dispor de medidas fiscais preferenciais prejudiciais (que resultem nunca concorrência fiscal desleal), não devem promover estruturas ou modalidades *offshore* que procurem atrair lucros sem desenvolver qualquer atividade económica (visa as jurisdições em que a taxa de imposto sobre o rendimento das sociedades é inexistente ou quase 0)¹¹².

Por fim, o critério relacionado com medidas anti-BEPS, e que se traduz numa adoção “conforme” pelas jurisdições de normas mínimas do projeto BEPS da OCDE, ou seja, da ação 5 (que incide sobre medidas fiscais prejudiciais), da ação 6 (que incide sobre a utilização abusiva dos tratados internacionais), da ação 13 (que incide sobre a apresentação de relatórios por país) e a ação 14 (que incide sobre a resolução de litígios)¹¹³.

Como consequência da falta de conformidade para com estes parâmetros as jurisdições em causa são convidadas a alterar ou abolir as suas normas que sejam consideradas desconformes a estes critérios e se tal não suceder são incluídas na lista de jurisdições não cooperantes.

2.5. Reflexões

Em face do exposto, podemos considerar que se realizaram grandes avanços em matéria de combate às práticas de planeamento fiscal agressivo, desde logo com a adoção da recomendação de 2012 e com a implementação de forma coordenada na União Europeia do projeto BEPS da OCDE/G20 por via das Diretivas Anti Abuso I e II e da consequente publicação da lista de jurisdições não cooperantes, cujos critérios têm como objetivo o cumprimento de várias ações do projeto BEPS.

¹¹⁰ Disponível em: <https://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/POR-Amended-Convention.pdf>

¹¹¹ *Idem.*

¹¹² *Idem.*

¹¹³ *Idem.*

No entanto, como podemos ver pelas regras que as mesmas recomendam, ou consagraram expressamente, apesar de versarem sobre realidades extremamente importantes (limitação da aplicação de normas destinadas a evitar a dupla tributação, limitação da dedução de juros, CFC, tributação à saída, CGAA, assimetrias híbridas e jurisdições não cooperantes), acabam por não visar a grande problemática que constitui as entidades de fachada.

Mesmo nos critérios de inclusão na lista de jurisdições não cooperantes apenas existe uma breve referência a *offshores* que procuram atrair lucros sem por isso desenvolverem qualquer “atividade económica real”, referindo consequentemente conceitos como “requisitos de substância económica” e “atividade económica real”¹¹⁴.

Ficando por isso, muito aquém da complexa realidade que envolve e caracteriza as entidades de fachada.

As entidades de fachada, a par de todas as práticas anteriormente elencadas, originam a erosão das bases tributárias dos Estados e levam a uma transferência artificial de lucros a nível internacional, uma vez que as empresas, essencialmente, as multinacionais, aproveitam as jurisdições de certos Estados (com regimes fiscais mais favoráveis) e o seu pacote convencional, criando empresas sem substância, desprovidas de qualquer realidade económica, instalando-as depois nesses Estados.

Face a esta realidade, achamos imprescindível a compreensão do pacote antiabuso implementado na União Europeia no seu todo para ser perceptível a grande necessidade da proposta ATAD III, não só por se tratar de uma realidade complexa, mas também por a mesma possuir regras específicas que não foram anteriormente visadas.

3. A Proposta de Diretiva *Unshell*

3.1. Considerações Iniciais

A 18 de maio de 2021 através da Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho, intitulada de “*Uma Tributação das Empresas para o Século XXI*”, foi identificada a necessidade de elaboração de uma proposta de Diretiva que tivesse como escopo a luta contra a utilização abusiva de empresas de fachada para fins fiscais, com o objetivo de garantir uma tributação mais justa e eficaz na União¹¹⁵.

¹¹⁴ *Idem*.

¹¹⁵ Cfr. European Commission, Communication from the Commission to the European Parliament and the Council: *Business Taxation for the 21st Century*, Official Journal of the European Union, COM (2021) 251 final, 2021, cit., p. 10-11.

Esta necessidade de uma diretiva que incidisse sobre este domínio específico deveu-se ao rescaldo das investigações do “*Open Lux*” e dos “*Pandora Papers*”, que expuseram a utilização a grande escala de estruturas ou de instrumentos financeiros anónimos com a finalidade de esconder dinheiro, evitar o pagamento de impostos, branquear capitais e disfarçar a propriedade de ativos¹¹⁶.

Destarte, afigurava-se como crucial a proposta de Diretiva Unshell ou ATAD III, que se consagra como uma iniciativa específica de curto prazo, que visa as empresas de fachada, ou seja, as empresas com uma presença substancial e atividade económica real mínima ou nula.

As empresas de fachada, por norma são empresas que são criadas com a finalidade de deter fundos e de gerir as transações financeiras de outras sociedades.

Apesar do cerne da presente diretiva ser a prevenção da utilização abusiva das entidades de fachada para fins fiscais, tal não significa que estas entidades não possam ser criadas com uma índole legais e prosseguirem finalidades legítimas; nomeadamente, podem ser criadas *shell enteties* com o objetivo de v.g. deterem ativos pessoais e familiares com a finalidade de facilitar a sucessão; ou v.g. certas marcas conhecidas mundialmente, que através das mesmas escondem a sua entidade, quando procedem à compra de propriedades ou de terras, criando este tipo de entidades de forma a terem propostas honestas e não inflacionadas¹¹⁷.

As *shell enteties* não apresentam riscos por simplesmente serem entidades deste género, mas sim, porque em combinação com outros instrumentos, nomeadamente, acordos internacionais fiscais e requisitos inexistentes de transparência das operações, as mesmas podem ser usadas com finalidades de elisão, de evasão fiscal e de branqueamento de capitais¹¹⁸.

Não obstante a existência, efetivamente, da possibilidade de existirem razões válidas para o recurso a este tipo de entidades, é de extrema importância a consagração de regras que visem os contribuintes que através da utilização destas construções/entidades se eximem às suas obrigações fiscais.

¹¹⁶ A título de curiosidade e com uma finalidade, meramente, introdutória, no caso do “*Open Lux*”, existiam fundos de investimento localizados em Luxemburgo que tinham como única finalidade ajudar os seus clientes a branquear dinheiro e a evitar o pagamento de impostos.

Por sua vez, nos “*Pandora Papers*”, foi exposto a utilização de empresas de fachadas localizadas em jurisdições secretas, nomeadamente, zonas *offshore*, onde as pessoas visadas possuíam bens imobiliários, obras de arte e antiguidades de elevado valor, joias e as mais variadas carteiras de investimento.

¹¹⁷ Cfr. KRISTO, Ivana Kiendl/THIRION, Elodie, *An overview of shell companies in the European Union*, European Parliamentary Research Service, 2018, cit., p. 27.

¹¹⁸ *Idem*.

O recurso às entidades de fachada tem repercussões a vários níveis, originando ambientes de concorrência fiscal desleal e de repartição da carga fiscal de forma desigual pelos vários Estados-Membros, sendo “beneficiados” com estas práticas os Estados que tenham medidas fiscais mais atrativas (seja por meio de taxas de incidência mais baixas ou mesmo nulas ou por meio de benefícios fiscais).

Apesar dos vários progressos realizados no âmbito do combate à elisão e evasão fiscal a nível europeu, como anteriormente referido no Capítulo 2, pela análise do mesmo podemos constatar que das várias iniciativas, desde a Recomendação de 2012, às Diretivas Antiabuso e à publicação da lista de jurisdições não cooperantes, a verdade é que nenhuma das referidas visa as entidades de fachada.

Ademais, como poderemos constatar posteriormente, na presente dissertação, a Diretiva de Cooperação Administrativa, apesar de ter sofrido várias alterações, não consagra, ainda a troca de informações sobre as empresas de fachada.

A necessidade de uma diretiva neste âmbito advém da necessidade de uma harmonização de normas a este nível¹¹⁹, uma vez que o combate à utilização de entidades de fachada não pode ser levada a cabo pelos Estados-Membros de forma isolada, pois iria originar regimes discrepantes com níveis de proteção diferentes ou mesmo inexistentes¹²⁰⁻¹²¹.

Não esquecendo que se cada Estado-Membro detiver disposições próprias que regulem estas matérias, leva a uma grande fragmentação de medidas, o que torna o terreno, ainda, mais fértil para um aumento de planeamento fiscal agressivo, podendo os sujeitos passivos tomar partido das várias disposições, preferindo países que nessas matérias não tenham tanta regulamentação.

Assim, é necessário incentivar os Estados-Membros a adotarem uma abordagem geral e comum relativamente ao planeamento fiscal agressivo, o que permitirá atenuar as diferentes distorções e conseqüentemente levará a uma harmonização de políticas, daí que a adoção de medidas através da tributação direta seja a mais eficaz.

A harmonização é importante na ótica do estabelecimento e funcionamento do mercado único europeu, uma vez que a existência de regras muito distintas nos vários

¹¹⁹ Sobre a importância da Harmonização na UE e as dificuldades da efetivação da mesma vide PEREIRA, Paula Rosado, *Princípios do Direito Fiscal Internacional – Do Paradigma Clássico ao Direito Fiscal Europeu*, Dissertação de Doutoramento, Almedina, 2010, p. 262-305 e PEREIRA, Paula Rosado, *Convenções sobre Dupla Tributação e Direito Comunitário Tributário*, Dissertação de Doutoramento, FDL, 2009, p. 266-307.

¹²⁰ Cfr. ATAD III, COM (2021) 565 final, 2021/0434 (CNS) do Conselho de 2021.

¹²¹ Cfr. (2) e (3) do Preâmbulo da ATAD III.

ordenamentos jurídicos dos vários Estados-Membros levanta sérios obstáculos à efetivação e funcionamento do mesmo¹²².

Não esquecendo, igualmente, que a utilização de entidades jurídicas e de mecanismos legais sem uma substância mínima para fins de elisão e de evasão fiscal não se limita geralmente ao território de um único Estado-Membro, uma vez que tal como acontecia com o regime das assimetrias híbridas, as entidades de fachada envolvem, simultaneamente os sistemas fiscais de mais do que um Estado-Membro¹²³.

Antes de avançarmos para o estudo da presente proposta de Diretiva há que compreender um aspeto fulcral da diretiva, que é a dualidade da mesma.

A proposta ATAD III consagra-se como uma proposta legislativa que incide sobre dois grandes temas: o estabelecimento de regras para prevenir a utilização abusiva de entidades de fachada para fins fiscais e a alteração à Diretiva 2011/16/UE, de 15 de fevereiro de 2011, ou seja, a Diretiva de Cooperação Administrativa.

Assim, a proposta ATAD III, para além de consagrar um regime substantivo, a mesma, complementa as regras daí decorrentes com uma obrigação de cooperação administrativa nesta matéria.

Compreende-se esta escolha e consideramos que foi uma estratégia arrojada, mas crucialmente necessária, uma vez que, para além da necessidade urgente de implementação de um regime de combate a estruturas de fachada utilizadas de forma abusiva, não se podia consagrar um regime desta importância sem a complementaridade de uma cooperação administrativa nesta matéria, uma vez que a troca de informações, em tempo útil, entre os vários Estados-Membros é crucial no combate à utilização destas entidades.

Na nossa opinião, esta escolha é de se felicitar, dado que, facilmente, se compreende, que a interposição de determinada entidade de fachada sem substância em determinado Estado pode ter como objetivo não só beneficiar do regime fiscal desse Estado, como também beneficiar do regime fiscal de outro Estado por meio de convenções ou acordos em vigor entre esse outro Estado e o Estado da residência da entidade.

Como tal, configura-se como fundamental a cooperação administrativa sempre que esteja em causa uma entidade de fachada, de forma que os Estados-Membros, possam trocar

¹²² Cfr. RIBEIRO, João Sérgio, *Direito Fiscal da União Europeia – Tributação Direta*, 2.^a edição, Almedina, 2021, cit., p. 21.

¹²³ Cfr. (2) e (3) do Preâmbulo da ATAD III.

entre si estas informações de forma a impedir o acesso abusivo a determinadas vantagens fiscais por parte destas entidades sem substância.

Impõe-se, neste momento, compreender melhor a Diretiva 2011/16/UE de 15 de fevereiro de 2011, ou Diretiva de Cooperação Administrativa, e as alterações que a mesma sofreu, pois consideramos que irá proporcionar uma melhor compreensão dogmática, uma vez que a proposta ATAD III, é, como referido, anteriormente, juridicamente dual.

3.2. Diretiva de Cooperação Administrativa

3.2.1 Considerações Iniciais

A Diretiva de Cooperação Administrativa (DAC), Diretiva 2011/16/UE de 15 de fevereiro de 2011, é a diretiva que a proposta de Diretiva *Unshell* se propõe a alterar.

Consequentemente, é de extrema importância perceber os pontos essenciais desta Diretiva, sem prejuízo de um estudo mais aprofundado que se pudesse desenvolver, pois consideramos que a DAC por si só poderia ser objeto de estudo de uma dissertação autónoma sobre o tema, pela extensão do mesmo (tendo em consideração as várias alterações que sofreu) e interligação com outros temas, não esquecendo a grande abrangência de matérias que esta abarca¹²⁴.

Assim, consideramos imprescindível, para uma melhor compreensão da ATAD III, realizar uma análise da DAC no âmbito do seu funcionamento e abrangência, as alterações mais importantes de que a DAC foi alvo e o porquê de a mesma ter sido criada.

A existência de uma cooperação administrativa entre Estados é fulcral tendo em conta a crescente globalização que se traduz numa grande mobilidade por parte dos contribuintes, num elevado número de operações transfronteiriças e numa internacionalização dos instrumentos financeiros que são cada vez mais complexos e dinâmicos¹²⁵.

Tudo isto afeta o correto funcionamento dos Estados na cobrança dos seus impostos e incita a práticas de planeamento fiscal agressivo, elisão e evasão fiscal.

¹²⁴ Para um estudo mais aprofundado da DAC vide TERRA, Ben/WATTEL, Peter, *European Tax Law, Volume I – General Topics and Direct Taxation*, 7th Editions, Wolters Kluwer, 2019, cit., p. 551-594 e RIBEIRO, João Sérgio, *Direito Fiscal da União Europeia – Tributação Direta*, 2.ª edição, Almedina, 2021, cit., p. 195-224.

¹²⁵ Cfr. (1) do Preâmbulo da Diretiva 2011/16/UE.

O objetivo da presente diretiva é o de conferir aos Estados-Membros a competência necessária para uma cooperação eficaz em matéria de fiscalidade no espaço da União Europeia¹²⁶.

Assim, a DAC configura-se como extremamente relevante, pois um Estado-Membro não consegue, eficientemente, gerir o seu sistema de tributação, sem dispor de informações provenientes de outros Estados-Membros¹²⁷.

3.2.2. Âmbito de Aplicação e Funcionamento

A DAC vem revogar a Diretiva 77/799/CEE tendo regras mais claras e mais precisas para reger a cooperação administrativa entre Estados-Membros.

Primeiramente, a diretiva é aplicável a todos os imposto, com exceção: (i) do imposto sobre o valor acrescentado, (ii) dos direitos aduaneiros; (iii) dos impostos especiais de consumo e (iv) das contribuições obrigatórias para a segurança social¹²⁸.

A nível dos sujeitos abrangidos, a Diretiva de cooperação administrativa no domínio da fiscalidade tem uma visão ampla do que se qualifica como “pessoa”, abrangendo o conceito: as pessoas singulares e coletivas; as associações de pessoas à qual tenha sido reconhecida capacidade para a prática de atos jurídicos (mas, que não possua o estatuto de pessoa coletiva) e qualquer outra estrutura jurídica, seja qual for a sua natureza ou forma, dotada ou não de personalidade jurídica, cujos ativos de que seja proprietária ou gestora e rendimentos deles derivados estejam sujeitos aos impostos abrangidos pela DAC¹²⁹.

A cooperação administrativa pode-se dividir em dois grandes grupos:

- Troca de informações;
- Outras formas de Cooperação Administrativa.

No que concerne ao primeiro ponto salienta-se que existem três tipos de troca de informações: a troca de informação a pedido, a troca automática de informações obrigatórias e a troca espontânea de informações¹³⁰.

¹²⁶ Cfr. MACHADO, Jónatas E. M./COSTA, Paulo Nogueira da Costa, *Manual de Direito Fiscal – perspectiva multinível*, 2.ª edição, Almedina, 2018, cit., p. 155.

¹²⁷ Cfr. (2) do Preâmbulo da Diretiva 2011/16/UE.

¹²⁸ Cfr. Artigo 2.º da Diretiva 2011/16/UE.

¹²⁹ Cfr. n.º 11 do artigo 13.º da Diretiva 2011/16/UE.

¹³⁰ Cfr. artigos 5.º, 8.º e 9.º da Diretiva 2011/16/UE, respetivamente.

Na primeira modalidade de troca de informações são fornecidas, a pedido da autoridade requerente, todas as informações presumivelmente relevantes para a administração e execução da legislação interna dos Estados-Membros¹³¹.

Na troca automática de informações obrigatória os Estados-Membros devem fornecer as informações disponíveis sobre os períodos de tributação, a partir de 1 de janeiro de 2014, relativo a residentes nesses Estados-Membros das seguintes categorias de rendimento e de património: (i) rendimentos do trabalho; (ii) honorários de administradores; (iii) produtos de seguros de vida não abrangidos por outros instrumentos da União em matéria de troca de informações e outras medidas análogas; (iv) pensões; (v) propriedade e rendimento de bens imóveis; (vi) dividendos, mais-valias e *royalties*¹³².

Por fim, na troca espontânea de informações¹³³, a autoridade competente de qualquer Estado-Membro deve comunicar as informações previsivelmente relevantes para a administração e execução da legislação interna dos Estados-Membros quando:

“ a) A autoridade competente de um Estado-Membro tem razões para presumir que existe uma redução ou uma isenção anormal de impostos no outro Estado-Membro;

b) Um sujeito passivo de imposto obtém num Estado-Membro uma redução ou isenção de imposto que pode implicar um agravamento de imposto ou a sujeição a imposto no outro Estado-Membro;

c) Os negócios entre um devedor de imposto de um Estado-Membro e um sujeito passivo de imposto no outro Estado-Membro, efetuados através de um ou mais países, são de molde a dar origem a uma redução de imposto num ou no outro Estado-Membro ou em ambos;

d) A autoridade competente de um Estado-Membro tem razões para presumir que existe uma diminuição de imposto resultante de transferências fictícias de lucros no interior de grupos de empresas;

e) Na sequência de informações comunicadas a um Estado-Membro pela autoridade competente de outro Estado-Membro, são obtidas informações que podem ser úteis ao estabelecimento do imposto devido neste último Estado-Membro ”¹³⁴.

¹³¹ Cfr. artigo 5.º e n.º 1 do artigo 1.º da Diretiva 2011/16/UE.

¹³² Cfr. artigo 8.º da Diretiva 2011/16/UE.

¹³³ Espontânea por não ser necessário um requerimento prévio.

¹³⁴ Cfr. artigo 9.º da Diretiva 2011/16/UE.

Quanto ao segundo ponto, o mesmo compreende: a presença de funcionários nos serviços administrativos de outro Estado-Membro e a participação dos mesmos nos inquéritos realizados no território do Estado-Membro requerido; controlos simultâneos; pedidos de notificação: retorno de informações e partilha de melhores práticas e de experiências¹³⁵.

3.2.3. Alterações Fundamentais

Serão desenvolvidos no presente capítulo as alterações à Diretiva de Cooperação Administrativa que a nosso ver são fundamentais e que melhor contribuem para a compreensão do estudo da Diretiva *Unshell*.

3.2.3.1. Rendimentos Financeiros

A 9 de dezembro de 2014, foi aprovada a **Diretiva 2014/107/UE**, que altera a DAC, passando a incluir a troca automática de informações relativamente a **rendimentos financeiros**, abrangendo juros, dividendos ou outros rendimentos gerados, rendimentos brutos de venda ou remissão de ativos e o balanço das contas.

Esta abrangência, visa limitar as possibilidades de os contribuintes evitarem a comunicação mudando os ativos para Instituições Financeiras ou investirem em produtos financeiros que estejam fora do âmbito da DAC, e, tem, igualmente, em consideração as situações em que o contribuinte tente ocultar património representativo de rendimentos ou ativos que tenham sido objeto de evasão¹³⁶.

Este alargamento do âmbito da DAC, deve-se, entre outros, à conclusão de acordos como o FACTA, *Foreign Account Tax Compliance Act*¹³⁷, pelos Estados-Membros e os EUA, e tal permitiu invocar o princípio da nação mais favorecida¹³⁸, consagrado no artigo 19.º da DAC¹³⁹.

¹³⁵ Cfr. artigos 11.º a 15.º da Diretiva 2011/16/UE.

¹³⁶ Cfr. (10) do Preâmbulo da Diretiva 2014/107/UE, de 9 de dezembro.

¹³⁷ Refere-se à Lei da Conformidade Fiscal das Contas Estrangeiras, inspirado no regime fiscal norte-americano, que exige às instituições financeiras estrangeiras a comunicação das contas nelas detidas por cidadãos norte-americanos, incluindo os saldos bancários dos mesmos.

¹³⁸ Cfr. RIBEIRO, João Sérgio, *Direito Fiscal da União Europeia (...)*, cit., p. 202 e DOURADO, Ana Paula, *Governança Fiscal Global*, 2.ª Edição, Almedina, 2018, cit., p. 338-340.

¹³⁹ “Sempre que um Estado-Membro preste a um país terceiro uma cooperação mais ampla do que a prevista pela presente directiva, esse Estado-Membro não pode recusar a prestação dessa cooperação mais ampla a outro Estado-Membro que deseje participar em tal cooperação mútua mais ampla com o primeiro”.

Esta alteração introduziu a Norma Comum de Comunicação (NCC) elaborada pela Organização de Cooperação e Desenvolvimento Económicos (OCDE) para as informações sobre contas financeiras dentro da União.

A NCC prevê a troca automática de informações sobre contas financeiras detidas por não residentes e estabelece um quadro para essa troca a nível mundial.

Existem, no entanto, Instituições Financeiras e contas que estão excluídas do âmbito de aplicação da Diretiva 2014/107/UE por apresentarem um baixo risco de serem utilizadas para efeitos de evasão fiscal.

A Diretiva não tem como requisito a imposição de um valor limite, por considerar que seria um fator facilmente contornável através da abertura de várias contas por várias Instituições Financeiras.

3.2.3.2 Decisões Prévias Transfronteiriças e Acordos Prévios de Preços de Transferência

A DAC foi, novamente, alterada pela **Diretiva 2015/2376/UE**, de 8 de dezembro, prevendo a troca automática de informações relativamente a **decisões prévias transfronteiriças e acordos prévios de preços de transferência**.

Estas matérias já se encontravam previstas no âmbito da troca espontânea de informações, no entanto, o fornecimento desta informação estava dependente do poder discricionário do Estado-Membro emitente que decidia quais os outros Estados-Membros que deveriam ser informados¹⁴⁰.

Com esta alteração estas matérias passaram a estar incluídas na troca automática de informações, tendo resolvido o problema existente à data.

A Diretiva 2015/2376/UE, incluiu, igualmente, uma definição adequada, de decisão fiscal prévia transfronteiriça e de acordo prévio sobre preços de transferências, suficientemente lata, de forma a incluir as seguintes realidades: (i) acordos prévios unilaterais sobre preços de transferência e/ou decisões prévias unilaterais; (ii) acordos prévios bilaterais ou multilaterais sobre preços de transferência e decisões prévias bilaterais ou multilaterais; (iii) acordos ou decisões que determinem a existência ou inexistência de um estabelecimento estável; (iv) acordos ou decisões que determinem a existência ou inexistência de factos com impacto potencial na base tributável de um estabelecimento estável; (v) acordos ou decisões que definam o estatuto fiscal de uma entidade híbrida

¹⁴⁰ Cfr. (4) do Preâmbulo da Diretiva 2015/2376/UE de 8 de dezembro.

num Estado-Membro, a qual esteja relacionada com um residente de outra jurisdição; e, por fim, (vi) acordos ou decisões sobre a base de cálculo num Estado-Membro de depreciação de um ativo que seja adquirido a uma empresa do grupo noutra jurisdição¹⁴¹.

3.2.3.3. Grupos de Empresas Multinacionais

Em 2016, ocorreu uma nova alteração à DAC levada a cabo pela **Diretiva 2016/881/UE**, de 25 de maio, que alargou o escopo da troca automática de informações aos **grupos de empresas multinacionais**, com a justificação de que as mesmas, ao exercerem a sua atividade em países diferentes têm a possibilidade de recorrer a práticas de planeamento fiscal agressivo, práticas essas a que as empresas nacionais não têm acesso¹⁴².

Os grupos de empresas multinacionais¹⁴³ devem, anualmente, em relação a cada jurisdição fiscal em que exerçam atividades, prestar informações sobre o montante dos rendimentos, o lucro antes do imposto sobre o rendimento, o imposto sobre o rendimento pago e devido, o número de empregados, o capital social, os ganhos acumulados, os ativos tangíveis em cada jurisdição fiscal e devem identificar cada entidade do grupo que exerça atividades numa determinada jurisdição fiscal juntamente com a indicação da atividade empresarial desenvolvida por cada uma delas¹⁴⁴.

Encontram-se excluídos da aplicação do disposto na presente Diretiva os grupos que detenham um total de rendimentos consolidados inferiores a 750 000 000 euros¹⁴⁵.

O que se compreende, tendo em consideração as disposições preambulares da Diretiva, que explicitamente identificam o objeto da mesma como sendo os grandes grupos multinacionais, que devido à sua grande mobilidade recorrem a práticas de planeamento fiscal agressivo, deixando de fora da aplicação da mesma as PME.

Dentro de cada um dos grupos multinacionais cabe à entidade-mãe final apresentar uma declaração por país no que diz respeito ao seu Exercício fiscal de relato no prazo de 12 meses com os elementos anteriormente mencionados¹⁴⁶.

¹⁴¹ Cfr. (6) do Preâmbulo da Diretiva 2015/2376/UE e ponto 14 a 17 do artigo 3.º na redação dada pela Diretiva 2015/2376/UE.

¹⁴² Cfr. (2) do Preâmbulo da Diretiva 2016/881/UE, de 25 de maio.

¹⁴³ Cfr. Anexo III, Secção 1, n.º 3, da Diretiva 2016/881/UE, considera-se como grupo de empresas multinacionais “*um Grupo que inclua duas ou mais empresas com residência fiscal em jurisdições diferentes, ou que inclua uma empresa residente para efeitos fiscais numa jurisdição e sujeita a imposto noutra jurisdição relativamente à atividade exercida através de um estabelecimento estável, e que não seja um Grupo de empresas multinacionais excluído*”.

¹⁴⁴ Cfr. (6) do Preâmbulo da Diretiva 2016/881/UE.

¹⁴⁵ Cfr. Anexo III, Secção 1, n.º 4 da Diretiva 2016/881/UE.

¹⁴⁶ Cfr. artigo 8.º-AA na redação dada pela Diretiva 2016/881/UE.

Posteriormente, o Estado-Membro que receber a declaração por país transmite-a, através de troca automática, a qualquer outro Estado-Membro onde seja considerada residente uma das entidades que façam parte do grupo ou cujo Estabelecimento Estável que detenham seja alvo de imposto nesse Estado por aí desenvolver a atividade¹⁴⁷.

As informações daí resultantes são utilizadas para efeitos de avaliação de riscos elevados em matéria de preços de transferência e de outros riscos relacionados com a erosão de base tributável e a transferência de lucros¹⁴⁸.

3.2.3.4. Mecanismos de Planeamento Fiscal Potencialmente Agressivos

Face à crescente dificuldade em proteger as bases tributárias dos vários Estados-Membros, devido a práticas de **planeamento fiscal agressivo** cada vez mais sofisticadas e complexas, que se aproveitam da crescente mobilidade de pessoas e capitais no mercado interno, surgiu a **Diretiva 2018/822/UE**, de 25 de maio¹⁴⁹.

Configura-se como imprescindível os Estados-Membros deterem informação completa e pertinente sobre os mecanismos potencialmente agressivos, sendo a troca de informações crucial tendo em consideração que os mecanismos de planeamento fiscal potencialmente agressivos abrangem mais do que uma jurisdição¹⁵⁰.

A comunicação obrigatória de informações sobre mecanismos potencialmente agressivos está em conformidade com a linha da Ação 12 do BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*)¹⁵¹, que incide sobre a comunicação obrigatória de estratégias de planeamento fiscal agressivo, mais especificamente, sobre as *mandatory disclosure rules*.

Esta alteração funciona tendo por base “características-chave”, ou seja, se um mecanismo transfronteiriço satisfizer uma destas características deve ser automaticamente reportado. Destarte, dentro das características-chave podemos autonomizar dois grupos: as genéricas e as específicas.

As características-chave genéricas¹⁵² apenas podem ser tidas em conta se satisfizerem o teste do benefício principal, ou seja, “*se for possível determinar que a obtenção de uma*

¹⁴⁷ *Idem*.

¹⁴⁸ Cfr. número 6 do artigo 16.º na redação dada pela Diretiva 2016/881/UE.

¹⁴⁹ Cfr. (2) do Preâmbulo da Diretiva 2018/822/UE, de 25 de maio.

¹⁵⁰ *Idem*.

¹⁵¹ Sobre o tema da Ação 12 do BEPS *vide* OECD/G20, *Mandatory Disclosure Rules, Action 12 – 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, Paris, 2015

¹⁵² As características-chave genéricas dizem respeito às situações em que se verifica: (i) um mecanismo em que o contribuinte relevante ou um participante no mecanismo se compromete a respeitar uma condição de confidencialidade que pode exigir que não revele a outros intermediários ou às autoridades fiscais de que

vantagem fiscal é o benefício principal ou um dos benefícios principais que, à luz de todos os factos e circunstâncias pertinentes, uma pessoa pode razoavelmente esperar obter de um mecanismo”¹⁵³.

As características-chave específicas, por sua vez, podem ser agrupadas em quatro grupos:

- as que dependem da verificação do teste do benefício principal¹⁵⁴;
- as que estão relacionadas com operações transfronteiriças¹⁵⁵;
- as que dizem respeito à troca de informações e aos beneficiários efetivos¹⁵⁶;
- e as relativas a preços de transferência¹⁵⁷.

Conforme estabelecido no preâmbulo da Diretiva 2018/822/UE, de 25 de maio, o objetivo principal desta obrigação de comunicação é a de dissuadir os intermediários que concebem e comercializam os esquemas supra referidos¹⁵⁸.

modo o mecanismo poderia assegurar uma vantagem fiscal; (ii) um mecanismo em que o intermediário tem direito a receber honorários pelo mecanismo e esses honorários são fixados por referência ao montante da vantagem fiscal resultante desse mecanismo; (iii) um mecanismo, baseado em documentos normalizados, que esteja disponível para vários contribuintes, sem precisar de ser substancialmente adaptado para ser aplicado; cfr. Anexo IV, Parte II, A, da Diretiva 2018/822/UE, de 25 de maio.

¹⁵³ Cfr. Anexo IV, Parte I, da Diretiva 2018/822/UE, de 25 de maio.

¹⁵⁴ E que dizem respeito às seguintes situações: (i) as perdas são usadas para reduzir os encargos fiscais; (ii) o rendimento é convertido em capital ou outras categorias de rendimentos tributados de forma mais generosa; (iii) são montadas operações circulares através do envolvimento de entidades interpostas sem outra função comercial primária ou de operações que se compensem ou que se anulem mutuamente; cfr. Anexo IV, Parte II, B, da Diretiva 2018/822/UE, de 25 de maio.

¹⁵⁵ Nos termos do disposto no Anexo IV, Parte II, C, da Diretiva 2018/822/UE, de 25 de maio, considera-se que estamos perante uma operação transfronteiriça quando: (i) existe a dedutibilidade de pagamentos transfronteiriços efetuados entre duas ou mais empresas associadas em que a destinatária, ou não é residente para efeitos fiscais em nenhum país ou território; ou sendo-o, aí não se tribute as sociedades ou se o faça, mas a uma taxa muito próxima do zero; ou esse país/território conste de uma lista de sistemas jurídicos que tenham sido considerados como não cooperantes pelos Estados-Membros coletivamente, ou no âmbito da OCDE; (ii) são requeridas em mais do que um ordenamento deduções sobre a mesma depreciação de um ativo ou a eliminação ou atenuação da dupla tributação relativamente à mesma rubrica de rendimentos ou de capital; (iii) existe um mecanismo que inclua transferências de ativos, verificando-se uma diferença material no montante tratado como pagável relativamente a esses ativos nas ordens jurídicas envolvidas.

¹⁵⁶ Tal ocorre quando: (i) se contorna, através de determinado esquema a obrigação de apresentação de informações estabelecidas em qualquer acordo, incluindo, os acordos com países terceiros, sobre a troca automática de informações sobre contas financeiras; (ii) um mecanismo que envolva uma cadeia opaca de propriedade legal ou de beneficiários efetivos, recorrendo a pessoas, mecanismos ou estruturas legais que não prosseguem uma atividade económica substancial; cfr. Anexo IV, Parte II, D, da Diretiva 2018/822/UE, de 25 de maio.

¹⁵⁷ Estão em causa: mecanismos que envolvam a utilização de regras de salvaguarda unilaterais; mecanismos que envolvam a transferência de ativos intangíveis difíceis de avaliar; e; mecanismos que envolvam uma transferência transfronteiriça, intra-grupo, de funções e/ou riscos e/ou ativos, se os resultados anuais projetados antes de juros e impostos (EBIT), durante o período de três anos seguintes à transferência, do cedente ou cedentes, forem inferiores a 50% dos EBIT anuais projetados desse ou desses cedentes se a transferência não tivesse sido efetuada, cfr. Anexo IV, Parte II, D, da Diretiva 2018/822/UE, de 25 de maio.

¹⁵⁸ Cfr. (7), (11), (13) e (15) do Preâmbulo da Diretiva 2018/822/UE, de 25 de maio e RIBEIRO, João Sérgio, *Direito Fiscal da União Europeia (...)*, cit., p. 215.

Nos termos da Diretiva, configura-se como intermediário, qualquer pessoa que conceba, comercialize, organize ou disponibilize para aplicação ou administre a aplicação de um mecanismo transfronteiriço a comunicar, e, adicionalmente, preencha um dos seguintes requisitos¹⁵⁹:

- a) ser residente, para efeitos fiscais, num Estado-Membro;
- b) ter um estabelecimento estável num Estado-Membro através do qual são prestados os serviços relacionados com o mecanismo;
- c) estar constituída num Estado-Membro ou ser regida pela legislação de um Estado-Membro;
- d) estar registada junto de uma associação profissional relacionada com a prestação de serviços de natureza jurídica, fiscal ou de consultoria num Estado-Membro.

3.2.3.5. Plataformas digitais destinadas à venda de bens, alojamento e transporte

A Diretiva DAC foi, mais uma vez alterada a 22 de março de 2021 pela **Diretiva 2021/514/UE**, tendo esta alteração incidido sobre a temática das **plataformas digitais**.

As atividades comerciais realizadas através das plataformas digitais, pela sua natureza, ou seja, por serem uma área propensa a dispositivos de transferência de lucros, leva a que seja difícil perceber o montante de imposto devido, nomeadamente, o imposto sobre o rendimento e o imposto sobre o valor acrescentado (IVA)¹⁶⁰.

Desta forma, esta alteração impôs a obrigação de comunicação por parte dos operadores das plataformas, sendo, assim, considerados as entidades que celebram um contrato com vendedores para lhes disponibilizar a totalidade ou parte de uma plataforma¹⁶¹.

A obrigação de comunicação aplica-se a operadores de plataformas que disponibilizem atividades relevantes, sendo consideradas como tal: (i) o arrendamento de bens imóveis, incluindo imóveis destinados a habitação e destinados a fins comerciais, bem como de quaisquer outros bens imóveis e lugares de estacionamento; (ii) a prestação de um serviço pessoal; (iii) a venda de bens; e (iv) o aluguer de qualquer modo de transporte¹⁶².

A título de exemplo, estão implicadas nesta obrigação de comunicação operadoras como a *Amazon*, o *AliExpress*, o *EBay*, o *Booking*, o *Airbnb*, o *Uber* e a *Bolt*, ou seja, entidades

¹⁵⁹ Cfr. ponto 21 do artigo 3.º na redação dada pela Diretiva 2018/822/UE, de 25 de maio.

¹⁶⁰ Cfr. (5), (6) e (8) do Preâmbulo da Diretiva 2021/514/UE, de 22 de março.

¹⁶¹ Cfr. (9) e (10) do Preâmbulo e Anexo 5, Secção I, A, ponto 2, da Diretiva 2018/822/UE, de 25 de maio.

¹⁶² Cfr. (18) do Preâmbulo e Anexo V, Secção I, ponto 8, da Diretiva 2018/822/UE, de 25 de maio.

que através de uma única plataforma disponibilizam os mais variados produtos, eles mesmos fornecidos por vários vendedores¹⁶³.

Esta obrigação de comunicação tem uma abrangência extraterritorial, na medida em que abrange não só as operadoras de plataformas que exercem atividades comerciais na União, mas também, as que não são consideradas residentes para efeitos fiscais e as que não são constituídas ou geridas nem possuem um Estabelecimento Estável num Estado-Membro¹⁶⁴.

De referir que esta obrigação configura-se como condição essencial para que os operadores das plataformas possam exercer a sua atividade no mercado interno.

Os operadores das plataformas digitais devem comunicar informações (nome, residência, número de identificação, número da conta bancária, taxas aplicadas nas transações) e os rendimentos anuais obtidos através da utilização da plataforma digital, sendo que essa comunicação deve ser feita num único Estado-Membro¹⁶⁵.

3.2.3.6. As novas realidades: criptoativos e moeda eletrónica

A par das novas realidades a nível económico e de transações, foi, novamente, alterada a DAC pela **Diretiva 2023/2226/UE**, de 17 de outubro, de forma a incluir os rendimentos decorrentes de **criptoativos e da moeda eletrónica**.

A natureza descentralizada dos criptoativos¹⁶⁶ faz com que as administrações fiscais dos Estados-Membros tenham dificuldade em garantir que as obrigações fiscais são cumpridas¹⁶⁷.

Cumprido, ademais, questionar se esta nova realidade dos criptoativos já não estaria incluída na obrigação de comunicação da DAC.

¹⁶³ Compreende-se a imposição de comunicação, se tivermos em consideração o exemplo da plataforma *Amazon* ou *AliExpress*.

Numa só encomenda, podem vir bens de vários vendedores, eles mesmos sediados nos mais variados pontos do mundo.

Esta compra, apesar de se materializar num “bem físico” é completamente desmaterializada e sendo extraterritorial torna a atividade de apuramento do imposto devido extremamente complexa, sofisticada e por vezes impossível.

Assim, se os próprios operadores de plataformas forem obrigados a comunicar os rendimentos e outro tipo de informações dos vendedores que utilizam estas plataformas, a atividade destes outrora propensa a mecanismos de transferência de lucros, tem um efeito dissuasor destas práticas.

¹⁶⁴ Cfr. (14) do Preâmbulo da Diretiva 2018/822/UE, de 25 de maio.

¹⁶⁵ Cfr. (13) do Preâmbulo e artigo 8.º-AC na redação dada pela Diretiva 2018/822/UE, de 25 de maio.

¹⁶⁶ Definido como uma “*representação digital de um valor ou de um direito que pode ser transferido e armazenado eletronicamente, recorrendo à tecnologia de registo distribuído ou a uma tecnologia semelhante*”, cfr. (5) do Preâmbulo e Anexo I, Secção VIII, A, ponto 12 na redação dada pela Diretiva 2023/2226/UE, de 17 de outubro que segue a definição dada pelo Regulamento (EU) 2023/1114, de 31 de maio de 2023.

¹⁶⁷ Cfr. (6) do Preâmbulo da Diretiva 2023/2226/UE, de 17 de outubro.

Apesar de as instituições financeiras estarem sujeitas à obrigação de comunicação quando estão em causa contas financeiras, tal facto, não inclui os criptoativos, uma vez que os mesmos não são fundos detidos em contas depósito nem em ativos financeiros¹⁶⁸.

Para além de que os prestadores de serviços de criptoativos e os operadores de criptoativos não são abrangidos pela definição de “instituições financeiras” da DAC¹⁶⁹.

Assim, passam a estar obrigados a esta comunicação, os prestadores de serviços de criptoativos regulamentados e autorizados ao abrigo do Regulamento (UE) 2023/1114, de 31 de maio de 2023 e os operadores de criptoativos que não o são, abrangendo a mesma as transações nacionais e as transfronteiriças¹⁷⁰.

Estão abrangidos por esta obrigação de comunicação os criptoativos, tendo o mesmo uma vasta abrangência uma vez que incluem os que foram emitidos de forma descentralizada, as criptomoedas estáveis (criptofichas de moeda eletrónica, na aceção do Regulamento (UE) 2023/1114) e determinadas criptofichas não fungíveis (NFT), e os criptoativos que possam ser utilizados para fins de pagamento ou investimento¹⁷¹.

Esta obrigação de comunicação passa a abranger, igualmente, a moeda eletrónica (definida na Diretiva 2009/110/CE, de 16 de setembro de 2009), que é utilizada frequentemente na União Europeia e cujo volume e valor das transações não param de aumentar¹⁷².

Outra grande alteração da DAC sofrida neste âmbito foi a inclusão dos rendimentos derivados de dividendos sem custódia¹⁷³ na categoria de rendimentos sujeitos à troca automática de informações.

Por fim, existiram alterações a nível da obrigação de comunicação do NIF e da obrigatoriedade de troca de informações a nível das decisões relativas a pessoas singulares que excedam o valor de 1 500 000 euros¹⁷⁴.

¹⁶⁸ Cfr. (10) do Preâmbulo da Diretiva 2023/2226/UE, de 17 de outubro.

¹⁶⁹ *Idem*.

¹⁷⁰ Cfr. (13) e (14) do Preâmbulo da Diretiva 2023/2226/UE, de 17 de outubro.

¹⁷¹ Cfr. (14) do Preâmbulo da Diretiva 2023/2226/UE, de 17 de outubro.

¹⁷² Cfr. (27) do Preâmbulo da Diretiva 2023/2226/UE, de 17 de outubro.

¹⁷³ Nos termos do ponto 28 do artigo 3.º na redação dada pela Diretiva 2023/2226/UE, de 17 de outubro, que define os mesmos como: “*dividendos ou outros rendimentos equiparados a dividendos no Estado-Membro do ordenante, pagos ou creditados numa conta que não seja uma Conta de custódia na aceção da secção VIII, ponto C, n.º 3, do anexo I*”.

¹⁷⁴ Cfr. (29) e (30) do Preâmbulo e (26) do Preâmbulo conjugado com a alínea a), do n.º 4, do artigo 8.º-A da Diretiva 2023/2226/UE, de 17 de outubro, respetivamente.

3.3. Proposta de Diretiva *Unshell*

Como referido anteriormente, foi identificada a necessidade, no comunicado da Comissão Europeia “*Uma Tributação das Empresas para o Século XXI*”, de uma proposta de Diretiva que visasse a problemática da utilização das empresas de fachada como veículo de elisão e evasão fiscal.

Apesar de a DAC ter sofrido várias alterações, como pudemos ver ao longo do capítulo 3.2.3. da presente dissertação, a nível de regras que visem o combate a empresas de fachada, nada foi feito, sendo a presente proposta pioneira neste âmbito a nível da União Europeia¹⁷⁵.

Assim, a 22 de dezembro de 2021 foi apresentada a proposta de Diretiva *Unshell* ou ATAD III que estabelece regras para prevenir a utilização abusiva de entidades de fachada para fins fiscais e que altera a Diretiva 2011/16/EU, ou seja, a DAC.

A proposta de Diretiva *Unshell* tem um âmbito de aplicação amplo, uma vez que se aplica “*a todas as empresas consideradas residentes fiscais e elegíveis para receber um certificado de residência fiscal num Estado-Membro*”¹⁷⁶, ou seja, as regras da Diretiva aplicam-se a todas as empresas da União que sejam tributáveis num Estado-Membro, independentemente da sua forma jurídica (abrangendo, assim, os centros de interesse coletivos sem personalidade jurídica, como as sociedades de pessoas, *partnerships*, considerados residentes, para efeitos fiscais, num Estado-Membro)¹⁷⁷.

A este respeito cumpre tecer algumas considerações.

Este pressuposto da proposta ATAD III se aplicar a empresas consideradas residentes e elegíveis para receber um certificado de residência fiscal num Estado-Membro tem de ser visto como um requisito *ad probationem* e não como um requisito *ad substantiam*.

O certificado não pode ser visto como um requisito substantivo pois sem o mesmo a empresa não poderia ser considerada como residente; enquanto que, ao ser considerado *ad probationem*, a recusa da emissão do certificado não prejudicará a qualidade de residente de determinada entidade¹⁷⁸.

¹⁷⁵ Vide a título de exemplo o Capítulo 2 “Contexto Pré Unshell”, da presente dissertação que refere algumas medidas levadas a cabo pela União Europeia, previamente à presente proposta e que foram extremamente importantes na luta contra a elisão e evasão fiscal, mas que deixaram muito a desejar a nível da problemática das empresas de fachada.

¹⁷⁶ Cfr. artigo 2.º da ATAD III.

¹⁷⁷ Cfr. p. 9 e (4) do Preâmbulo da ATAD III.

¹⁷⁸ Cfr. MACEDO, João Coelho Lima de, *As consequências fiscais da proposta de diretiva Unshell*, Dissertação de Mestrado, Universidade Católica Portuguesa do Porto, 2023, cit., p. 20.

No mesmo sentido, segue a jurisprudência do TJUE, espelhada nas decisões de vários acórdãos¹⁷⁹, ao considerar que o exercício de um direito ou de uma liberdade europeia não pode ficar dependente de questões de prova, uma vez que existem meios legais a nível da União que permitem às Autoridades Tributárias a obtenção da prova necessária à descoberta da verdade material, *vide* a título de exemplo a DAC¹⁸⁰.

Apesar de a ATAD III ter um âmbito de aplicação alargado, considerou-se que seria conveniente limitar o seu âmbito de aplicação às empresas que apresentem um risco de serem consideradas sem substância mínima e que são utilizadas com o objetivo principal de obter uma vantagem fiscal¹⁸¹.

Para tal, de forma a aferir se uma empresa apresenta um risco suficiente de ser considerada sem substância mínima, a mesma deve preencher três condições indicativas e cumulativas, como critério de partida de limitação do âmbito de aplicação da diretiva, a saber:¹⁸²⁻¹⁸³

- Empresas cujas atividades económicas são geograficamente móveis, ou seja, empresas cujo local onde essas atividades são desempenhadas é de difícil identificação, e cuja natureza da atividade dá origem a um elevado fluxo de rendimentos passivos;¹⁸⁴
- Empresas que exercem atividades transfronteiriças¹⁸⁵;
- Empresas que não dispõem de recursos próprios ou que não dispõem de recursos próprios adequados para realizar as principais atividades de gestão¹⁸⁶.

¹⁷⁹ Processo C-250/95, *Futura*, n.º 28-30 e 43 e Processo C-290/04, *Scorpio*, n.º 56-58 e 61.

¹⁸⁰ *Idem*, e *vide*, igualmente, COURINHA, Gustavo Lopes, *A Residência no Direito Internacional Fiscal (...)*, p. 463-474.

¹⁸¹ Cfr. (5) do Preâmbulo da ATAD III.

¹⁸² Sumariamente explicado, sendo este tema devidamente desenvolvido nos pontos 3.3.2. e 3.3.2.1. da presente dissertação.

¹⁸³ *Idem*.

¹⁸⁴ Nos termos do ponto (5) das disposições preambulares da ATAD III considera-se que as empresas cujo rendimento consistisse essencialmente em elevados fluxos de rendimentos passivos, preencheriam esta condição.

Ainda sobre a primeira condição, a proposta de Diretiva refere que devem ser tidos em conta, igualmente, as empresas que detêm ativos para uso privado, como: bens imóveis, iates, jatos, obras de arte ou apenas capitais próprios, que proporcionam benefícios fiscais significativos através da propriedade desses bens.

¹⁸⁵ Sendo que, deve ser tido em conta, neste âmbito, o carácter transfronteiriço ou não das operações da empresa e, igualmente, os seus bens, uma vez que se considera, no mesmo ponto supra mencionado, que as entidades que apenas detêm os ativos para fins privados e não profissionais podem não realizar operações durante um período significativo, não tendo relevância para a aplicação da diretiva.

¹⁸⁶ Empresas que preencham esta condição tendem a contratar terceiros prestadores de serviços de administração, gestão, correspondência e conformidade jurídica ou a celebrar acordos relevantes com empresas associadas para a prestação desses serviços de forma a criar e a manter uma presença legal e fiscal dessa empresa nesse território, cfr. disposto no (5) do preâmbulo da ATAD III.

Por fim, e antes de prosseguirmos para a análise detalhada da proposta de Diretiva, falta procedermos a uma delimitação dos rendimentos que a mesma considera como sendo relevantes para aplicação da mesma.

Os rendimentos considerados relevantes pela ATAD III são na sua maioria, mas não exclusivamente, rendimentos de natureza passiva, a saber¹⁸⁷:

- (i) Juros ou outros rendimentos gerados por ativos financeiros, incluindo os criptoativos¹⁸⁸;
- (ii) Royalties ou outros rendimentos gerados por uma propriedade intelectual ou intangível ou as licenças negociáveis;
- (iii) Dividendos e rendimentos provenientes da alienação de ações ou quotas;
- (iv) Rendimentos provenientes de locação financeira;
- (v) Rendimentos provenientes de bens imóveis;
- (vi) Rendimentos provenientes de bens móveis, exceto numerário, ações ou valores mobiliários, detidos para fins privados e com um valor contabilístico superior a um milhão de euros;
- (vii) Rendimentos provenientes de atividades de seguros, bancárias e de outras atividades financeiras;
- (viii) Rendimentos provenientes de serviços que a empresa tenha subcontratado a outras empresas associadas.

3.3.1. Empresa Associada

Prima facie, há que identificar o que a ATAD III considera como empresa associada, uma vez que tal delimitação será crucial na compreensão do regime da diretiva.

Nos termos do disposto no artigo 5.º da ATAD III considera-se que estamos perante uma empresa associada quando:

- a) *“Uma pessoa participa no controlo de outra pessoa por estar em posição de exercer uma influência significativa sobre a outra pessoa; ou*
- b) *Uma pessoa participa no controlo de outra pessoa através de uma participação superior a 25% dos direitos de voto; ou*

¹⁸⁷ Cfr. artigo 4.º da ATAD III.

¹⁸⁸ Os criptoativos vêm definidos no ponto 2, número 1, do artigo 3.º, da proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo aos mercados de criptoativos e que altera a Diretiva (UE) 2019/1937.

- c) *Uma pessoa participa no capital de outra pessoa através de um direito de propriedade que, direta ou indiretamente, seja superior a 25% do capital; ou*
- d) *Uma pessoa tem direito a 25% ou mais dos lucros de outra pessoa”.*

O termo “pessoa” usado pela proposta de diretiva abrange tanto pessoas singulares como coletivas¹⁸⁹.

A este respeito cumpre salientar duas particularidades.

A primeira, é o caso em que uma pessoa aja em conjunto com outra pessoa no que concerne aos direitos de voto ou do capital social, nestes casos, é tratada como detendo uma participação na totalidade dos direitos de voto ou do capital social dessa entidade que são detidos por outra pessoa¹⁹⁰.

A segunda, se mais do que uma pessoa ou se as mesmas pessoas participarem na gestão, no controlo do capital ou nos lucros da mesma pessoa, todas essas pessoas são consideradas como empresas associadas¹⁹¹.

Relativamente às participações indiretas, a mesma é determinada multiplicando as percentagens de participação pelos sucessivos níveis, considerando-se que uma pessoa que detenha mais de 50% dos direitos de voto detém 100%¹⁹².

Por fim, ainda a este respeito, considera-se que um indivíduo, o seu conjugue e os seus parentes na linha reta ascendente ou descendente são considerados uma única pessoa¹⁹³.

A título de curiosidade, se comparar-mos esta definição de empresa associada com outras disposições normativas, podemos tecer algumas considerações.

Relativamente ao percentual para se considerar que estamos perante uma empresa associada, o Decreto-Lei n.º 98/2015, de 2 de junho, que procede à transposição da Diretiva 2013/34/UE, de 26 de junho de 2013¹⁹⁴, considera que apenas é necessário os 20% ao contrário do que considera a ATAD III; e o regime das assimetrias híbridas consagrado no ordenamento jurídico português¹⁹⁵ estabelecem os 25% como requisito.

¹⁸⁹ Cfr. 1.ª parte do número 3 do artigo 5.º da ATAD III.

¹⁹⁰ Cfr. 2.ª parte do número 3 do artigo 5.º da ATAD III.

¹⁹¹ Cfr. número 2 do artigo 5.º da ATAD III.

¹⁹² Cfr. número 4 do artigo 5.º da ATAD III.

¹⁹³ *Idem*.

¹⁹⁴ Relativa às demonstrações financeiras anuais, às demonstrações financeiras consolidadas e aos relatórios conexos de certas formas de empresas.

¹⁹⁵ A consagração do regime das Assimétricas Híbridas no ordenamento jurídico português encontra-se patente nos artigos 68.º-A a 68.º-D do CIRC.

Relativamente ao escopo de situações que indicam estarmos perante uma empresa associada, ainda que de elaboração anterior à proposta de Diretiva *Unshell*, consideramos que o regime das assimetrias híbridas, apresenta-se como sendo mais completo, pois compreende, para além das situações da ATAD III, os casos em que as “*entidades que façam parte de um mesmo grupo de entidades integralmente incluídas nas demonstrações financeiras consolidadas, elaboradas de acordo com as normas internacionais de relato financeiro ou com o sistema de normalização contabilística*”¹⁹⁶, o que se compreende, uma vez que adapta o regime da Diretiva ao ordenamento jurídico português.

Todavia, consideramos, que se a ATAD III, eventualmente, não passasse de uma proposta e se já se encontrasse transposta no nosso ordenamento jurídico teria, semelhantemente, uma consagração idêntica ao regime das assimetrias híbridas no que concerne às empresas associadas.

3.3.2. Teste de Substância

A proposta de Diretiva *Unshell*, tal como anteriormente referido visa as entidades de fachada, ou seja, as situações em que se criam empresas que, aparentemente exercem uma atividade económica, mas que na realidade não apresentam qualquer tipo de substância económica servindo apenas como meros veículos de repassagem de certas vantagens fiscais para o beneficiário efetivo ou para o grupo a que pertencem¹⁹⁷.

Estamos perante empresas, que são constituídas apenas visando uma vantagem fiscal que de outro modo não teriam direito, seja ela o aproveitamento de benefícios fiscais, da rede de convenções de certos Estados ou mesmo de uma tributação reduzida face ao Estado onde efetivamente deveriam ter a sua base tributável.

Um exemplo dado pela proposta ATAD III¹⁹⁸ é o de uma companhia financeira que cobra todos os pagamentos das atividades financeiras de empresas de diferentes Estados-Membros da UE, tirando partido das isenções de retenção na fonte ao abrigo da Diretiva *Juros e Royalties*¹⁹⁹.

Posteriormente, essa mesma companhia financeira repercute esses rendimentos numa empresa associada numa jurisdição de um país terceiro com baixa tributação, explorando

¹⁹⁶ Cfr. ponto iii), alínea g), do número 1 do artigo 68.º-A do CIRC.

¹⁹⁷ Cfr. considerações iniciais da ATAD III, cit., p. 9.

¹⁹⁸ *Idem*.

¹⁹⁹ Diretiva 2003/49/CE do Conselho, de 3 de junho de 2003, relativa a um regime fiscal comum aplicável aos pagamentos de juros e *royalties* efetuados entre sociedades associadas de Estados-Membros diferentes.

convenções fiscais favoráveis ou mesmo o próprio direito fiscal nacional de determinado Estado-Membro.

Todavia, é consabido que não é contrário às liberdades europeias, nomeadamente à liberdade de estabelecimento²⁰⁰, a circunstância de uma sociedade ter sido constituída em determinado Estado-Membro com o único propósito de beneficiar de uma legislação fiscal mais vantajosa, sendo este o entendimento do TJUE.

No mesmo sentido do entendimento do TJUE temos a professora Ana Paula Dourado, que refere que “*tirar partido de um direito da União para beneficiar de um sistema jurídico nacional mais favorável, não constitui uma violação do direito comunitário*”²⁰¹⁻²⁰².

Podendo-se mesmo considerar que “*é planeamento fiscal intracomunitário legítimo a deslocação de empresas com o único propósito de pagar menos imposto*”²⁰³.

No entanto, é importante definir fronteiras do que seria planeamento fiscal legítimo do ilegítimo, pelo que a título de exemplo chamamos à colação dois acórdãos do TJUE, o *Cadbury Schweppes*²⁰⁴, Processo C-196/04, e o *Centros*²⁰⁵, Processo C-212/97.

No caso *Cadbury Schweppes* o TJUE considerou que a constituição de uma sucursal noutra Estado-Membro com a finalidade de beneficiar de uma legislação fiscal mais

²⁰⁰ Consagrada no artigo 49.º do TFUE.

²⁰¹ Cfr. DOURADO/Ana Paula, “A Single Principle of Abuse in European Union Law: A Methodological Approach to Rejecting a Different Concept of Abuse in Personal Taxation”, in FERIA/Rita de la and VOGENAUER/Stefan, *Prohibition of Abuse of Law – A New General Principle of EU Law?*, Oxford and Portland, Oregon, CIDEEFF, 2011, cit., p. 469.

²⁰² Tradução nossa.

²⁰³ Cfr. ÁGUAS/Inês Maria Vieira, *O Acórdão Cadbury Schweppes: Liberdade de Estabelecimento vs Implicações Fiscais – Double Standards*, Dissertação de Mestrado, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 2016, cit., p. 6.

²⁰⁴ Estava em causa uma situação em que o grupo *Cadbury Schweppes* criou duas filiais na Irlanda com o único objetivo de beneficiar do regime fiscal desse país relativamente aos lucros relacionados com o financiamento interno do grupo.

No entanto a regra CFC do Reino Unido fez com que se desconsiderasse as filiais da Irlanda consequentemente imputando o lucro tributável diretamente à sociedade do Reino Unido, cfr. Processo C-196/04, de 12 de setembro de 2006.

²⁰⁵ No caso em apreço foi criada a sociedade *Centros* de acordo com o código comercial do Reino Unido. No entanto, a empresa exercia a sua atividade apenas na Dinamarca, tendo sido constituída ao abrigo das leis inglesas apenas para evitar a capitalização mínima aplicável às empresas de responsabilidade limitada dinamarquesas.

Perante esta situação a Dinamarca considerou que se tratava de uma evasão ilegal às regras dinamarquesas tendo recusado o registo da sucursal da empresa no seu país, cfr. Processo C-212797, de 9 de março de 1999.

vantajosa não é por si só suficiente para se concluir pela existência da utilização abusiva dessa liberdade²⁰⁶⁻²⁰⁷.

Porém, se estivessem em causa expedientes meramente artificiais, desprovidos de qualquer realidade económica, ou seja, uma empresa de fachada, tal colocaria em causa os princípios europeus e a própria liberdade de estabelecimento, sendo contrário ao direito comunitário e não sendo, consequentemente, admitido²⁰⁸.

No mesmo sentido, temos o ac. *Marks & Spencer*²⁰⁹⁻²¹⁰ em que o TJUE refere que os Estados-Membros podem excluir de um benefício fiscal os expedientes puramente artificiais que tenham por objetivo contornar ou escapar à legislação fiscal nacional²¹¹.

No caso *Centros* o TJUE considerou que não era constitutiva de abuso a circunstância da sociedade apenas ter sido criada num Estado-membro com o fim de se estabelecer num segundo Estado-Membro, onde seria exercido a quase totalidade das suas atividades económicas, e beneficiando de uma legislação fiscal mais vantajosa²¹².

Em face do exposto, e após a compreensão do que de facto se enquadra no conceito de planeamento fiscal legítimo a nível comunitário (sendo compatível com as liberdades europeias), torna-se crucial identificar as situações que por outro lado não podem ser aceites a nível europeu por serem consideradas abusivas e lesivas das pretensões fiscais legítimas dos vários Estados-Membros.

Estamo-nos a referir às empresas que exercem uma atividade económica, mas que no entanto, não possuem uma substância mínima e que são apenas abusivamente utilizadas com a finalidade de usufruir de vantagens fiscais, que não teriam direito se não fosse pela interposição das mesmas em determinados Estados.

²⁰⁶ *Cadbury Schweppes* n.º 49 – 55.

²⁰⁷ Cfr. NOGUEIRA, João Félix Pinto, “Justificaciones y proporcionalidad. Los dos últimos tramos en la jurisprudencia del TJUE en materia de compatibilidad de normas tributarias internas sobre fiscalidad directa con las libertades fundamentales”, in JIMÉNEZ, Adolfo Martín/GONZÁLEZ, Francisco M. Carrasco, *Impuestos directos y libertades del TJUE: cuestiones fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la EU*, Cap. VI, 2016, cit., p. 273-275.

²⁰⁸ *Cadbury Schweppes* n.º 51 e 55.

²⁰⁹ Processo C-446/03, de 13 de dezembro de 2005.

²¹⁰ O caso incidiu sobre uma disposição britânica que tratava de forma diferente as deduções de prejuízos sofridos por filiais caso as mesmas se situassem no Reino Unido (permitindo a dedução ao lucro tributável) ou se situassem noutro Estado-Membro (em que a dedução era recusada) cfr. Processo C-446/03, de 13 de dezembro de 2005 e SILVA, Ricardo Miguel Simões, *Justificações de Medidas Fiscais restritivas das Liberdades da União Europeia – Análise da Jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia em Matéria de Fiscalidade Direta*, Dissertação de Mestrado, Universidade de Coimbra, 2016, cit., p. 53.

²¹¹ LANG, Michael, “The Marks & Spencer Case – The Open Issues Following the ECJ’s Final Word”, in *European Taxation*, Volume 46, n.º 2, IBFD, 2006, cit., p. 66 e *Marks & Spencer* n.º 57.

²¹² Cfr. *Centros* n.º 17 e 18.

A proposta ATAD III encontra-se estruturada de forma a refletir as sete fases do teste de substância²¹³:

1. Empresas que devem comunicar informações (ou seja, empresas que cumprindo com determinados requisitos apresentam um risco de serem consideradas entidades de fachada);
2. Possibilidade de beneficiar da isenção de comunicação de informações por inexistência de razões de natureza fiscal;
3. Comunicação de informações (ou seja, essas empresas consideradas de “risco” devem proceder à comunicação de determinadas informações que se consubstanciam em indicadores de substância mínimos para efeitos fiscais);
4. Presunção de falta de substância mínima;
5. Possibilidade de ilisão da presunção;
6. Consequências fiscais da falta de substância mínima;
7. Troca de informações.

Apesar de nas considerações iniciais da ATAD III considerarem que o teste de substância se organiza em sete fases, não acompanhamos, *s.m.o.*, tal organização.

Decidimos estruturar a explicitação do teste de substância em apenas 5 fases, uma vez que, consideramos que para aferir da substância ou não de determinada entidade apenas existem cinco fases, sendo as duas remanescentes apenas consequências de se qualificar tal entidade como desprovida de substância mínima.

Assim, decidimos analisar separadamente as fases das consequências fiscais da falta de substância mínima e da obrigação de troca automática de informações.

3.3.2.1. Empresas que devem comunicar informações

Esta primeira fase, permite identificar uma de duas situações: as empresas que apresentam um risco de falta de substância e conseqüente utilização das mesmas de forma abusiva para fins fiscais e as empresas que por apresentarem um baixo risco são automaticamente excluídas do âmbito de aplicação da diretiva.

Começando pelas primeiras, de forma a aferir se uma empresa apresenta um risco de ser considerada sem substância a mesma deve cumprir um conjunto de características,

²¹³ Cfr. considerações iniciais da ATAD III, cit., p. 10.

denominadas de critérios de partida, ou *gateway*, que correspondem às características que por norma estão associadas a empresas que carecem de substância²¹⁴.

Destarte, devem comunicar informações às autoridades competentes dos Estados-Membros as empresas que preencham os seguintes *gateways*:

- a) *“Mais de 75% das receitas auferidas pela empresa nos dois exercícios fiscais anteriores constituem rendimentos relevantes;*
- b) *A empresa exerce uma atividade transfronteiras com base num dos seguintes motivos:*
 - i. *Mais de 60% do valor contabilístico dos ativos da empresa abrangidos (...) por rendimentos provenientes de bens imóveis e de bens móveis, exceto numerário, ações ou valores mobiliários, detidos para fins privados e com um valor contabilístico superior a um milhão de euros²¹⁵ (...) estava localizado fora do Estado-Membro da empresa nos dois exercícios fiscais anteriores,*
 - ii. *Pelo menos 60% dos rendimentos relevantes da empresa são auferidos ou pagos através de operações transfronteiras;*
- c) *Nos dois exercícios fiscais anteriores, a empresa subcontratou a gestão das operações quotidianas e a tomada de decisões sobre funções significativas”²¹⁶.*

Cumpra especificar particularidades existentes relativas ao requisito da alínea a).

Se estivermos perante três tipos de rendimentos específicos, o requisito dos dois exercícios fiscais anteriores deixa-se de aplicar se os rendimentos em causa forem superiores a 75% do valor contabilístico total dos ativos da empresa.

Os rendimentos em causa são os provenientes de: bens imóveis, bens móveis, exceto numerário, ações ou valores mobiliários, detidos para fins privados e com um valor contabilístico superior a um milhão de euros e os dividendos e rendimentos provenientes da alienação de ações ou quotas²¹⁷.

Relativamente aos rendimentos provenientes de bens imóveis, a proposta de Diretiva *Unshell* visa as sociedades imobiliárias, podendo ser feita aqui uma aproximação face ao consagrado no número 4 do artigo 13.º do MC OCDE.

²¹⁴ *Idem.*

²¹⁵ Especificação nossa.

²¹⁶ Cfr. número 1 do artigo 6.º da ATAD III.

²¹⁷ Cfr. parágrafos autónomos da alínea c), do número 1 do artigo 6.º e alíneas c), e) e f) do artigo 4.º da ATAD III.

Sobre a epígrafe das mais-valias, as sociedades imobiliárias no MC OCDE, apresentam particularidades face ao regime da proposta de Diretiva *Unshell* e que poderiam ter sido tidas em conta na elaboração da mesma.

A detenção da percentagem, no MC OCDE pode ser de forma direta ou indireta, uma vez que visam empresas que detêm mais de 50% do seu valor em bens imóveis; já a proposta de ATAD III parece exigir apenas que 75% das receitas sejam provenientes de rendimentos imobiliários, visando, assim as sociedades imobiliárias.

No entanto, consideramos que se a ATAD III tivesse seguido a formulação dada pelo MC OCDE iria fazer com que mais empresas fossem abrangidas por esta proposta de Diretiva, especialmente, quando sabemos, que estas sociedades eram usadas com a finalidade de se subtraírem às regras da tributação do Estado da localização do imóvel, pois ao usarem a “capa” da venda de ações, o Estado da localização do imóvel, não teria direito a tributar a sua “quota-parte”²¹⁸.

Este artigo do MC OCDE, vem repartir a competência como se efetivamente se tratasse de uma venda de bens imóveis, ainda que dissimulada através de uma venda de ações de uma empresa.

Uma pequena nota, relativamente ao disposto na alínea c), do número 1, do artigo 6.º da ATAD III, a subcontratação de certos serviços auxiliares, *e.g.* serviços de contabilidade, enquanto a atividade principal se mantém na empresa, não é motivo suficiente *per se* para que uma empresa preencha essa condição²¹⁹.

No entanto, o preâmbulo da proposta de Diretiva e as considerações iniciais da mesma, nada mais referem a este respeito, o que não deixa de ser um aspeto bastante negativo desta proposta, pela formulação vaga deste *gateway*.

Não existem critérios ou diretrizes que indiquem qual a frequência que é necessária de recurso à subcontratação para que se encontre preenchido este mesmo requisito; para além de que a proposta de Diretiva usa conceitos vagos como “*operações quotidianas*” e “*tomada de decisões sobre funções significativas*”, que poderiam constar explicitados no artigo 3.º da presente proposta juntamente com os outros conceitos merecedores de tal explicitação.

²¹⁸ Uma vez que de acordo com as regras de distribuição de competência, apenas o Estado da Residência tem competência para tributar as mais-valias provenientes da venda de ações, *cfr.* número 5, do artigo 13.º do MC OCDE.

²¹⁹ *Cfr.* (5) do preâmbulo da ATAD III.

No que concerne à “*gestão das operações quotidianas*”, existem autores que defendem que este conceito tem grandes similitudes com o conceito usado para a resolução de conflitos de dupla residência, o “*local da direção efetiva*”, referindo que este é um dos grandes problemas desta proposta de Diretiva que parece, de forma errada, misturar problemas de residência com os das entidades de fachada²²⁰.

A este respeito um último apontamento que incide sobre o papel que devem desempenhar as decisões feitas por algoritmos e por *machine learning*²²¹, e.g. as *fast-trading companies*, que como o nome indica são empresas que negociam a curto prazo operações de grande volume, com o objetivo de por vezes retirar pequenos lucros de cada transação, por e.g. comprar determinado ativo que desceu ligeiramente de preço, para passado umas horas/dias quando o mesmo voltar a subir vender o mesmo²²².

A questão relativamente a estes casos é se o formulado na alínea c) do número 1 do artigo 6.º da proposta de Diretiva vai excluir estas decisões do seu conteúdo ou, se porventura, vai incluir estas decisões?

E, se deve o sítio onde o software foi inventado/sítio onde a decisão que permitiu o software decidir ser tomado em consideração?²²³

Daí que os autores acabem por concluir que este *gateway* devia ser eliminado da proposta de Diretiva²²⁴.

Uma idiossincrasia relativamente às *holdings*, existe doutrina, que diferentemente de outros autores, separa as *holdings* em duas grandes categorias: as *holdings* puras e *holdings* as mistas²²⁵.

²²⁰ PISTONE, Pasquale/NOGUEIRA, João F. P./TURINA, Alessandro/LAZAROV, Ivan, “Abuse, Shell Entities and Right of Establishment: A Plea for Refocusing Current Proposals and Achieving Deeper Coordination within the Internal Market”, in *World Tax Journal*, IBFD, 2022, cit., p. 208, referindo a este respeito que “*in fact paragraph 24.1 of the Commentary on Article 4 of the OECD Model states that, for determining place of effective management, tax authorities should take into account several factors such as “where the senior day-to-day management of the person is carried on”*”.

²²¹ *Machine Learning* encontra-se intrinsecamente ligado à inteligência artificial, funcionando tendo por base a ideia de que os sistemas podem aprender através dos dados, a identificar padrões e a tomar decisões sem necessidade da intervenção humana, ou mesmo que essa intervenção seja necessária que a mesma seja feita de forma residual.

²²² PISTONE, Pasquale/NOGUEIRA, João F. P./TURINA, Alessandro/LAZAROV, Ivan, “Abuse, Shell Entities...”, cit., p. 207.

²²³ *Idem*.

²²⁴ *Idem*, cit., p. 209.

²²⁵ Na senda do defendido por VASCONCELOS, L. Miguel Pestana de, “A oneração de participações sociais por uma SGPS detidas há menos de um ano”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 70, Vol. I/IV, versão online, 2010, que considera que as *holdings* que são sociedades que têm por objeto a detenção

Sendo que, há quem considere que relativamente às primeiras a proposta de Diretiva *Unshell* não se aplica, por entender que o conceito de receitas do número 3 do artigo 3.º da proposta de diretiva exclui do conceito de receitas os dividendos recebidos de empresas coligadas²²⁶.

No entanto, a mesma autora, não afasta a possibilidade de aplicação da proposta de Diretiva *Unshell* às *holdings* mistas, que por força do seu objeto social, auferem de facto “rendimentos relevantes” e podem ter “receitas” de acordo com o estipulado na presente proposta de Diretiva²²⁷.

Apesar desta singularidade, a doutrina²²⁸, ainda que escassa por se tratar de um tema recente, não parece categorizar as *holdings* de forma a excluírem certas *holdings* do âmbito de aplicação da proposta ATAD III, referindo que (i) tanto o *gateway* das atividades transfronteiriças, visam todas as *holdings*, incluindo as empresas não comunitárias que estabelecem a sua sede europeia num determinado Estado-Membro e que a partir daí operam em toda a União e (ii) como os dois últimos parágrafos do artigo 6.º pela sua formulação abrangem um número significativo de sociedades, especialmente nos setores do imobiliário e das *holdings*²²⁹⁻²³⁰.

de participações sociais noutras empresas podem ser divididas em dois grandes grupos tendo por base dois critérios: a exclusividade do objeto e a finalidade da gestão das participações.

Referindo o mesmo que: “*De acordo com o primeiro critério, temos as holdings puras e as holdings mistas, conforme tenham por objecto exclusivo a gestão de participações sociais (holding puras) ou se no seu objecto social estão também incluídas actividades de natureza comercial ou industrial (holding mista). Numa outra classificação, temos aquelas em que o que se visa é a rentabilização do investimento feito nas participações, e as holdings que têm em vista “através do exercício dos direitos sociais inerentes às participações em carteira (“maxime”, direito de voto), assumir o controlo efectivo das sociedades participadas”*”.

²²⁶ Cfr. SOBREIRO, Gabriela Marco, *A proposta de Diretiva Unshell e a sua (des)aplicação às holdings puras*, Dissertação de Mestrado, Universidade Católica Portuguesa do Porto, 2023, cit., p. 15 e 23-35.

²²⁷ *Idem*, cit., p. 25.

²²⁸ Veja-se a este respeito CARLOS, Maria Amélia Barradas, “As Holdings e a Proposta ATAD 3 (ou Diretiva Unshell): Um regime específico para prevenir a utilização abusiva de entidades de fachada para fins fiscais”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 83, Vol. I/II, Jan./jun., 2023, p. 239-253, que orienta todo o seu artigo doutrinário, que incide sobre as disposições da ATAD III, na perspetiva das *holdings*.

²²⁹ Cfr. PISTONE, Pasquale/NOGUEIRA, João F. P./TURINA, Alessandro/ LAZAROV, Ivan, “Abuse, Shell Entities...”, cit., p. 205, 208 e 244.

²³⁰ Não obstante o perfilado pelos autores supra, SOBREIRO, Gabriela Marco, *A proposta de Diretiva Unshell e a sua (des)aplicação...*, cit., p.24, critica a abordagem dos autores referindo que os mesmos incidem a sua análise nos critérios *gateways* individualmente e os conceitos que compõe os mesmos, considerando nessa medida que as *holdings* se enquadram nos mesmos.

O que consideramos que a autora quer dizer é que os autores ao fazerem esta abordagem, como o enfoque dos mesmos não foi especificamente as *holdings*, os mesmos não fazem uma abordagem total e harmoniosa da diretiva, mas sim sectorialmente de requisito em requisito considerando que as mesmas se incluem no espetro das mesmas.

Apesar de se tratar de um ponto de vista interessante, não partilhamos os mesmos ideais, considerando a abordagem seguida pelos autores no *World Tax Journal*, mais coerente, independentemente de considerarmos que a proposta de diretiva *Unshell* poderia ser mais específica em certos pontos, tema este a ser abordado *infra* na dissertação.

Tendo em consideração o exposto, e influenciados por esta última corrente doutrinária, na análise feita ao regime da proposta de Diretiva, não individualizamos a natureza das holdings, aplicando o regime a todo o tipo de holdings.

3.3.2.2. Empresas excluídas da obrigação de comunicação de informações

Apesar da existência da obrigação de declaração por parte de empresas que preenchem os três *gateways*, existem, no entanto, empresas que estão excluídas desta obrigação por apresentarem um baixo risco, considerando a proposta de Diretiva que as atividades que as mesmas desempenham detêm um nível adequado de transparência.

Estas empresas, pelas atividades que desempenham são expressamente excluídas da obrigação de comunicação de informações, uma vez que se trata de empresas que não satisfariam os critérios de partida, ou mesmo que os satisfizessem, seriam consideradas irrelevantes, numa fase posterior do teste de substância.

Pelo que não é preciso avaliar se as mesmas satisfazem ou não os *gateways*²³¹.

As categorias de entidades que são excluídas visam essencialmente três situações: entidades regulamentadas²³²; entidades envolvidas principalmente em transações nacionais²³³ e entidades com um determinado número de funcionários considerados pela proposta de Diretiva como sendo adequados.

Assim, as entidades em causa são as seguintes²³⁴:

- (i) Empresas com um valor mobiliário admitido à negociação ou cotado num mercado regulamentado ou num sistema de negociação multilateral;

²³¹ Cfr. considerações iniciais da ATAD III, cit., p. 10.

²³² Sendo que nesta exclusão prévia de entidades regulamentadas, parece existir uma presunção de que as mesmas pelo simples facto de serem regulamentadas não são passíveis de serem usadas em esquemas de planeamento fiscal agressivo, elisão e evasão fiscal.

²³³ Apesar da proposta de Diretiva considerar que as entidades envolvidas em transações nacionais apresentam um baixo risco e por isso devem ser excluídas do âmbito de aplicação da Diretiva, existem autores que consideram esta visão errada.

Considerando que existem casos, em que existe interesse em criar entidades de fachadas por várias razões, referindo os mesmo *que* “ (i) in many Member States, there are differences in the corporate tax rate depending on where a company is located, so setting up an internal conduit may be beneficial (namely certain regions, special tax zones or special regimes to favour underdeveloped areas); (ii) Member States grant subjective exclusions and exemptions; (iii) there might be cases Involving fiscally transparent entities; and (iv) there are entities that fall outside the scope of the proposed Unshell Directive (namely because their form is not listed on in the annex) and that would benefit from having intermediate receiving its corporate income”, cfr. PISTONE, Pasquale/NOGUEIRA, João F. P./TURINA, Alessandro/LAZAROV, Ivan, “Abuse, Shell Entities...”, cit., p. 211.

²³⁴ Cfr. (6) do preâmbulo e alíneas a), b), c), d) e e), respetivamente, do número 2 do artigo 6.º da ATAD III.

- (ii) Determinadas empresas financeiras, tipificadas na presente proposta e fortemente regulamentadas na União, quer por meio direto ou indireto, e sujeitas a reforçados requisitos de transparência e a supervisão;
- (iii) Sociedades, exclusivamente, gestoras de participações situadas na mesma jurisdição da filial operacional e do seu beneficiário efetivo;
- (iv) Sub-holdings localizadas na mesma jurisdição do seu acionista ou entidade-mãe final;
- (v) Empresas que contratam, pelo menos, cinco funcionários equivalentes a tempo inteiro ou membros do pessoal que exerçam exclusivamente as atividades geradoras dos rendimentos relevantes (considerando-se que embora as mesmas possam não cumprir com os *gateways*, as mesmas devem ser excluídas por razões de segurança jurídica).

Uma pequena nota no que concerne ao ponto (v), ou seja, a exclusão das empresas que têm cinco funcionários a tempo inteiro ou membros do *staff*²³⁵.

Esta proposta de Diretiva permite a não aplicação da mesma a certas entidades tendo por base apenas um elemento: o número de funcionários; ao contrário do que acontece em decisões do TJUE, relativamente a questões de abuso, em que para apurar a existência física de determinada entidade são tidos em conta outros elementos como as instalações, os membros do pessoal e equipamentos, *vide* a este respeito o parágrafo 67 do Ac. *Cadbury Schweppes*²³⁶.

Tendo em consideração a formulação do ponto (v), uma empresa que detenha apenas rendimentos passivos, que subcontrate a administração da mesma e a tomada de todas as suas decisões e que tenha todo o seu valor contabilístico derivado de ações, nunca será abrangida pelo âmbito de aplicação do artigo 6.º, na medida em que satisfaça este critério do ponto (v)²³⁷⁻²³⁸.

²³⁵ Pela formulação do ponto (v) certos autores consideram que este critério parece estar direcionado para questões relativas com a residência da empresa e não verdadeiramente com a sua existência, cfr. PISTONE, Pasquale/NOGUEIRA, João F. P./TURINA, Alessandro/LAZAROV, Ivan, “Abuse, Shell Entities...”, cit., p. 212.

²³⁶ *Idem*, referindo, ainda, sobre este tema que a proposta de Diretiva ao considerar apenas o número de funcionários desconsidera outros fatores relevantes como: o nível salarial; se os funcionários têm experiência e qualificações para as funções que vão desempenhar; se a função relevante é de facto atribuída à empresa ou a um estabelecimento estável; ou se a entidade em causa é de facto o empregador ou se não passa apenas do empregador formal.

²³⁷ Tradução nossa.

²³⁸ Cfr. PISTONE, Pasquale/NOGUEIRA, João F. P./TURINA, Alessandro/LAZAROV, Ivan, “Abuse, Shell Entities...”, cit., p. 212.

A atual formulação do ponto (v) permite que se compre a “substância” de uma empresa, e.g. os gateways do artigo 6.º da proposta ATAD III; no limite, podem ser contornados através do recurso ao mercado internacional laboral para a contratação de cinco trabalhadores numa jurisdição que tenha baixos níveis salariais, desde que estes trabalhadores fossem afetos à atividade que gera o rendimento relevante, que *in casu*, são rendimentos, essencialmente, passivos²³⁹.

3.3.2.3. Indicadores de substância mínima para efeitos fiscais

Se as empresas forem consideradas “entidades de risco”, ou seja, empresas que apresentam um risco de serem consideradas sem substância e utilizadas com a única finalidade de obter uma vantagem fiscal, de acordo com a aplicação dos *gateways*, as mesmas ficam obrigadas a novas exigências de reporte no Estado-Membro em que sejam consideradas residentes, nos termos do artigo 7.º da proposta ATAD III.

A comunicação de informações sobre a substância da entidade²⁴⁰ tem como finalidade avaliar se a empresa dispõe de recursos, se, efetivamente, desempenha uma atividade económica no Estado-Membro da residência fiscal e se existe um nexo suficiente entre os rendimentos ou ativos da empresa e o Estado-Membro onde a mesma é considerada residente²⁴¹.

Na seleção dos mesmos, foram tidos em conta o nível comum de recursos do qual todas as entidades que possuem uma substância mínima de atividade dispõem.

Assim, as empresas que se enquadram no âmbito de aplicação dos *gateways*, e que não se encontram excluídas dos mesmos, devem comunicar se preenchem os seguintes indicadores de substância mínima²⁴²:

- a) *“A empresa dispõe de instalações próprias no Estado-Membro ou de instalações para a sua utilização exclusiva;*
- b) *A empresa tem, pelo menos, uma conta bancária própria ativa na União;*
- c) *Um dos seguintes indicadores:*
 - i) *um ou mais administradores da empresa:*

²³⁹ *Idem.*

²⁴⁰ Estes elementos específicos, de que as mesmas devem ser detentoras, foram selecionados tendo por base a norma internacional relativa a uma atividade económica substancial para efeitos fiscais.

²⁴¹ Cfr. considerações iniciais da ATAD III, cit., p. 10 e 11 e (7) do preâmbulo da ATAD III.

²⁴² Cfr. número 1, do artigo 7.º da ATAD III.

- a) *são residentes para efeitos fiscais no Estado-Membro da empresa, ou residem a uma distância desse Estado-Membro que não prejudique o bom desempenho das suas funções,*
- b) *estão qualificados e autorizados a tomar decisões em relação às atividades que geram rendimentos relevantes para a empresa ou em relação aos ativos da empresa,*
- c) *utilizam regularmente de forma ativa e independente a autorização a que se refere o ponto 2,*
- d) *não são funcionários de uma empresa que não é uma empresa associada e não desempenham a função de diretor ou equivalente de outras empresas que não são empresas associadas,*
- ii) *a maioria dos funcionários equivalentes a tempo inteiro da empresa é residente para efeitos fiscais no Estado-Membro da empresa, ou reside a uma distância desse Estado-Membro que não prejudique o bom desempenho das suas funções, e esses funcionários são qualificados para exercer as atividades que geram rendimentos relevantes para a empresa”.*

No que concerne ao requisito da alínea b) existem autores que criticam a formulação do mesmo em dois pontos: em primeiro lugar, o conceito de “conta ativa na União” pode conferir às autoridades fiscais uma razão válida para aceder a essas contas bancárias e às transações efetuadas pela empresa, o que na opinião dos autores apresenta-se como uma invasão desproporcional à esfera da vida privada dos contribuintes; em segundo lugar, os mesmos consideram que a formulação deste ponto constitui uma violação do direito da União, no que concerne às empresas que tendo por base o direito à livre circulação de capitais decidam abrir uma conta num Estado terceiro²⁴³ (que consideram ser uma restrição injustificada a esta liberdade, ainda que reconheçam a ausência de mecanismos de troca de informação com alguns países terceiros)²⁴⁴.

²⁴³ A liberdade de circulação de capitais vem consagrada no artigo 63.º do TFUE, e é a única liberdade, das várias liberdades europeias, que se aplica não só aos Estados-Membros mas também a países terceiros, fazendo com que, conseqüentemente, sejam proibidas quaisquer restrições a esta liberdade, mesmo que estejam em causa países terceiros.

²⁴⁴ Cfr. PISTONE, Pasquale/NOGUEIRA, João F. P./TURINA, Alessandro/LAZAROV, Ivan, “Abuse, Shell Entities...”, cit., p. 214.

Relativamente ao último indicador, o da alínea c), o mesmo visa dois sub-indicadores autónomos e não cumulativos: (i) um que diz respeito aos administradores da empresa e outro que visa (ii) os funcionários equivalentes a tempo inteiro da empresa.

A respeito deste indicador cumpre destacar algumas particularidades.

Em primeiro lugar, a necessidade de ser “*residente no Estado-Membro da empresa*” ou residir “*a uma distância desse Estado-Membro que não prejudique o bom desempenho das suas funções*” são requisitos que estão ligados à “*brick and mortar economy*”, não tendo em conta o atual processo de desmaterialização das atividades proporcionado pelo crescente e dominante fenómeno da economia digital, que permite que várias funções possam ser legitimamente desempenhadas remotamente²⁴⁵.

Ainda que se compreenda a razão de ser deste critério face aos administradores da empresa (pelas funções que os mesmos desempenham, ainda que com o advento da economia digital seja um argumento frágil), de difícil compreensão torna-se este mesmo requisito para os funcionários a tempo inteiro da empresa.

Tendo em consideração que os rendimentos relevantes para efeitos da proposta de Diretiva são na sua maioria rendimentos passivos, a necessidade da residência no mesmo Estado-Membro da empresa ou a uma distância que não seja incompatível com as funções parece ser desconforme ao escopo da proposta, uma vez que a atividade destes trabalhadores na sua maioria pode ser realizada remotamente.

O teletrabalho é a nova realidade que veio para ficar; no acesso a emprego, que outrora exigia presença física na empresa, torna-se, atualmente, quase impraticável e inconcebível um contrato de trabalho, em que as funções sendo compatíveis, não preveja a possibilidade de teletrabalho.

Assim, não se compreende a formulação deste sub-indicador da proposta de Diretiva que se consubstancia em parâmetros desajustados à realidade económica atual, e cuja implementação, conforme está formulada, se traduziria num requisito extremamente exigente e desproporcional.

Em segundo lugar, ainda relacionado com a exigência de ser residente para efeitos fiscais no Estado-Membro da empresa, este sub-indicador tem como efeito prático garantir que, o administrador ou funcionário enquanto residentes desse Estado cairiam sempre no escopo deste sub-indicador, um trabalhador não residente apenas se

²⁴⁵ *Idem*, cit., p. 215.

qualificaria se a distância entre a sua residência fiscal e a empresa lhe permitisse um “desempenho adequado das suas funções”²⁴⁶.

Este requisito pode levar, no limite, a situações em que os administradores ou funcionários vivem no mesmo Estado-Membro da empresa, mas que, todavia se encontram a uma distância muito maior do que se vivessem noutra Estado-Membro que não o da residência; veja-se a este respeito o exemplo dado pelos autores, de uma empresa situada em Lille, na França e de dois funcionários hipotéticos da empresa em que um reside na Bélgica e o outro reside em Perpignan²⁴⁷⁻²⁴⁸.

Neste caso, o residente na Bélgica, cuja distância de Lille varia entre 25 km a 230km, teria de passar pela segunda parte do sub-indicador, ou seja, residir a uma distância da empresa que lhe permitisse um desempenho adequado das suas funções; enquanto o residente em Perpignan cumpriria automaticamente com o sub-indicador da residência no Estado-Membro da empresa, mesmo estando a mais de 1,000 Km da empresa²⁴⁹.

A formulação desta regra pode levar a situações desproporcionais como a acima retratada. Por fim, cumpre salientar a crítica feita pelos autores que incide sobre o sub-indicador do subponto 4), do ponto i), da alínea c), do número 1, do artigo 7.º da proposta da ATAD III e a problemática das *trust companies*, ou seja, muitas empresas de fachada que estão localizadas em jurisdições de baixa tributação são geridas por um gestor, diretor ou administrador de uma *trust company*, que são igualmente, gestores, diretores ou administradores de outras tantas empresas²⁵⁰.

Nos termos da proposta ATAD III todas essas empresas serão consideradas como empresas associadas, cfr. alínea a), do número 1 do artigo 5.º da ATAD III; ou seja, mesmo que esteja em causa um “*rubber-stamping officer*” de várias empresas, de acordo com a diretiva o mesmo pode ser considerado um diretor adequado (devido ao seu poder de direção) dessas várias empresas que vão ser consideradas como empresas associadas²⁵¹.

A comunicação das informações supra mencionadas deve ser acompanhada das provas documentais exigidas pela proposta de Diretiva de forma que as administrações

²⁴⁶ Cfr. PISTONE, Pasquale/NOGUEIRA, João F. P./TURINA, Alessandro/LAZAROV, Ivan, “Abuse, Shell Entities...”, cit., p. 215.

²⁴⁷ *Idem*.

²⁴⁸ Tradução nossa.

²⁴⁹ PISTONE, Pasquale/NOGUEIRA, João F. P./TURINA, Alessandro/LAZAROV, Ivan, “Abuse, Shell Entities...”, cit., p. 215.

²⁵⁰ *Idem*, cit., p. 216.

²⁵¹ *Idem*.

fiscais verifiquem a veracidade das informações comunicadas e com base nas mesmas determinarem se devem ou não dar início a um procedimento de auditoria²⁵²⁻²⁵³.

Destarte, as provas documentais exigidas pela proposta de Diretiva são as seguintes: o endereço e tipo das instalações; o montante e natureza das receitas brutas; o montante e a natureza das despesas empresariais; o tipo de atividades empresariais realizadas para gerar os rendimentos relevantes; o número de administradores, respetivas qualificações, autorizações e local de residência para efeitos fiscais ou o número de funcionários equivalentes a tempo inteiro que exercem as atividades empresariais que geram os rendimentos relevantes e as respetivas qualificações e local de residência para efeitos fiscais; as atividades empresariais subcontratadas; e o número da conta bancária, quaisquer mandatos concedidos para aceder à conta bancária e para utilizar ou emitir instruções de pagamento e elementos de prova da atividade da conta²⁵⁴.

3.3.2.4. Presunção de substância mínima para efeitos fiscais

O artigo 7.º da proposta ATAD III possui duas presunções no seu articulado, uma de natureza positiva e outra de natureza negativa, ou seja, se cumpridos com determinados parâmetros uma empresa pode ser considerada como tendo substância económica, ou se não cumprir com os mesmos a empresa é considerada como entidade desprovida de substância mínima para efeitos fiscais..

Começando pela presunção de natureza positiva, em que a entidade é considerada como tendo uma “substância mínima para o exercício fiscal”²⁵⁵.

Presume-se que uma empresa tem uma substância mínima para o exercício fiscal, se a mesma, apesar de ser considerada “de risco”, (ou seja, encontra-se dentro do âmbito de aplicação dos *gateways* do artigo 6.º da proposta ATAD III) demonstrou que satisfazia todos os indicadores de substância, através da apresentação de informação pertinente, nomeadamente os elementos de prova documentais que são exigidos nos termos do artigo 7.º da proposta de Diretiva *Unshell*.

²⁵² Cfr. número 2, do artigo 7.º da ATAD III.

²⁵³ Cfr. considerações iniciais da ATAD III, cit., p. 11 e (8) do preâmbulo da ATAD III.

²⁵⁴ Cfr. número 1, do artigo 7.º da ATAD III.

²⁵⁵ Cfr. número 1, do artigo 8.º da ATAD III.

Todavia, apesar de se presumir que a empresa em questão possui substância mínima para o exercício fiscal a proposta de Diretiva refere que tal não exclui a possibilidade de as administrações fiscais considerarem que essa empresa²⁵⁶:

- *“é uma empresa de fachada para efeitos da diretiva, uma vez que as provas documentais apresentadas não confirmam as informações comunicadas; ou*
- *é uma empresa de fachada ou não exerce uma atividade económica substancial ao abrigo de outras regras nacionais que não a presente diretiva, tendo em conta as provas documentais apresentadas e/ou elementos adicionais; ou*
- *não é o beneficiário efetivo de qualquer fluxo de rendimentos que lhe sejam pagos”.*

Relativamente à presunção negativa, ou seja, a empresa em causa é considerada como não tendo uma “substância mínima para o exercício fiscal”²⁵⁷.

Uma empresa que cumpra com os gateways e que, conseqüentemente, seja considerada como uma empresa de risco, e cujas informações comunicadas ao abrigo dos indicadores de substância mínima tenham conduzido à conclusão de que a mesma não dispõe de um dos indicadores de substância; leva a que se presuma que a empresa em causa é uma entidade de fachada, ou seja, é considerada como sendo desprovida de substância e usada, apenas, de forma abusiva para fins fiscais²⁵⁸.

Ressalva-se que a presunção inclui, igualmente, os casos em que a empresa não fornece as provas documentais, exigidas pelo número 2, do artigo 7.º da proposta da ATAD III, ou que mesmo que os forneça as provas fornecidas não conferem um apoio suficiente às informações prestadas, sendo, assim, a entidade considerada como entidade de fachada²⁵⁹.

3.3.2.5. Ilusão da presunção

Uma empresa que, nos termos do número 2, do artigo 8.º da proposta ATAD III, seja considerada como desprovida de uma substância mínima para efeitos fiscais, tem a

²⁵⁶ Cfr. Considerações iniciais da ATAD III, cit., p. 11 e 12.

²⁵⁷ Cfr. número 2, do artigo 8.º da ATAD III.

²⁵⁸ Cfr. Considerações iniciais da ATAD III, cit., p. 11.

²⁵⁹ Cfr. número 2, do artigo 8.º da ATAD III.

possibilidade de ilidir tal presunção; tratando-se, assim, de uma presunção *iuris tantum*, não existindo neste caso uma presunção *iuris et jure*²⁶⁰.

Por se reconhecer, que apesar dos indiciadores, a identificação de uma empresa de fachada e a utilização da mesma para fins de elisão e evasão fiscal ser, ao fim do dia, uma questão de factos e circunstâncias; a Diretiva confere a possibilidade a estas entidades de ilidirem a presunção e de provarem que de facto possuem uma substância económica e que não são utilizadas de forma abusiva para fins fiscais²⁶¹.

Inverte-se, assim, o ónus da prova, tendo a empresa, ao invés da administração fiscal, de provar que, efetivamente, apesar de ser considerada como empresa de fachada, tem substância e que não é utilizada de forma abusiva para fins fiscais, tendo a mesma uma substância económica subjacente.

Sem prejuízo da possibilidade de as empresas apresentarem outros elementos de prova suplementar que atestem a sua posição, a proposta de Diretiva estabeleceu um conjunto de requisitos comuns que considera adequados e que as empresas que desejam ilidir a presunção devem comunicar²⁶².

Esses elementos de prova suplementar são os seguintes²⁶³⁻²⁶⁴:

- a) *“Um documento que permita determinar a lógica comercial subjacente ao estabelecimento da empresa;*
- b) *Informações sobre os perfis dos funcionários, incluindo o seu nível de experiência, o seu poder de decisão na organização global, o papel e o cargo no organograma, o tipo de contrato de trabalho, as qualificações e a duração do emprego;*
- c) *Elementos de prova concretos de que a tomada de decisões relativas à atividade geradora dos rendimentos relevantes tem lugar no Estado-Membro da empresa”.*

²⁶⁰ Sobre o tipo de presunções existentes no direito fiscal vide MARTINEZ, Antonio, Lopo, “Presunções e ficções contábeis no Direito Tributário”, in *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, Ano 31, n.º 158, III TRIM, ABDT, 2023, cit., p. 11-24 e SIQUEIRA, Marcelo, Rodrigues de, *Presunções Fiscais*, Dissertação de Doutoramento, Universidade de Coimbra, 2022, cit..

²⁶¹ Cfr. considerações iniciais, cit., p. 12 e (10) do preâmbulo da ATAD III.

²⁶² *Idem*.

²⁶³ Cfr. número 2, do artigo 9.º da ATAD III.

²⁶⁴ Nas considerações iniciais da proposta ATAD III, considera-se que de forma a ilidir a presunção, de falta de substância mínima, as empresas devem apresentar elementos de prova concretos que consigam atestar as atividades desenvolvidas pela mesma e o modo como as mesmas são desenvolvidas.

Devendo para tal apresentarem informações sobre *“as razões comerciais (ou seja, não fiscais) para a constituição e manutenção de uma empresa que não necessita de instalações próprias e/ou de uma conta bancária e/ou de quadros ou funcionários em regime de exclusividade; (...) os recursos que essa empresa utiliza para exercer efetivamente a sua atividade; (...) se as principais decisões sobre as atividades da empresa geradoras de valor são tomadas nesse país”*, cfr. considerações iniciais da proposta da ATAD III, cit., p. 12.

Posteriormente à apresentação destes elementos de prova suplementares pelas empresas que tentam ilidir a presunção, a administração fiscal do Estado da residência da empresa vai apreciar todas as informações apresentadas pela empresa, e consideram que a mesma ilidiu a presunção se esses elementos demonstrarem dois fatores de extrema importância e que na maioria das empresas de fachada utilizadas para fins fiscais os mesmos não estão presentes²⁶⁵.

Ou seja, tem de demonstrar que a empresa exerceu e manteve continuamente o controlo das atividades empresariais que geraram os rendimentos relevantes ou os ativos da empresa e que a própria empresa suportou os riscos dessas mesmas atividades²⁶⁶.

O suporte dos riscos da atividade da empresa apresenta-se como uma norma antiabuso, basta lembrar a inserção deste critério na regra CFC patente na ATAD I, uma vez que as empresas não suportariam certos riscos se as mesmas não fossem controladas por outra sociedade na qual, aí sim, são exercidas funções de dirigentes e onde é de facto gerida toda a vida/atividade da sociedade.

A mesma linha de raciocínio aplica-se às entidades de fachada, uma vez que as mesmas funcionam como meros instrumentos de obtenção de vantagens fiscais, quer de benefícios fiscais, quer do acesso a certas redes de convenções, quer do acesso a jurisdições com uma tributação mais baixa ou mesmo nula, o que faz com que as empresas, tomem decisões arriscadas, que de outro modo não seriam viáveis e que não as tomariam se as mesmas não pertencessem a grupos de sociedades, essas sim geradoras de avultados rendimentos e que utilizam as entidades de fachada apenas como um mero instrumento fiscal.

Por fim, se a administração fiscal do Estado-Membro em causa considerar que a empresa ilidiu com êxito a presunção, o mesmo deve emitir uma decisão que certifique que a empresa tem um mínimo de substância para efeitos fiscais²⁶⁷.

Sendo que, existe a possibilidade de prorrogação dessa ilisão pelo período de cinco anos, perfazendo um total de seis anos, desde que as circunstâncias de facto e de direito da empresa se mantenham inalteradas durante esse período.

²⁶⁵ Cfr. número 3, do artigo 9.º da ATAD III.

²⁶⁶ *Idem*.

²⁶⁷ Cfr. Considerações iniciais, cit., p. 12, (10) do preâmbulo e número 4, do artigo 9.º da ATAD III.

Uma pequena nota apenas para referir o seguinte: de facto pode parecer que a proposta de Diretiva é confusa, na medida em que considera uma entidade como sendo de fachada, mas, depois, admite um género de cláusula de salvaguarda em que se considera que a mesma afinal possui substância mínima, após a apresentação de provas conformes.

Este percurso meio astucioso compreende-se, uma vez que a proposta de Diretiva estabelece um conjunto de requisitos base que considera estarem presentes em todas as entidades de fachada, no entanto, como previamente explicitado existem *shell entities* que de facto tem razões económicas válidas e como tal têm de ter a possibilidade de ilidir a presunção.

3.3.2.6. Isenção da comunicação de informações por inexistência de razões de natureza fiscal

A proposta de Diretiva reconhece que as empresas que satisfazem os critérios de partida, *gateways*, ou que não cumprem com os requisitos de substância mínima, possam demonstrar que são, de facto, utilizadas para atividades empresariais genuínas sem criar um impacto global e vantajoso, nomeadamente, se a existência da empresa não reduzir a dívida fiscal do grupo de empresas de que faz parte ou do beneficiário efetivo final²⁶⁸.

Deste modo, estas empresas devem poder provar tal facto e solicitar à administração fiscal, do Estado-Membro da sua residência, a emissão de uma decisão que as isente total e claramente das regras propostas²⁶⁹.

Destarte, os elementos de prova apresentados pela sociedade devem incluir informações sobre a estrutura do grupo em que a mesma se insere, as atividades desempenhadas e informações que permitam comparar o montante total do imposto devido pelo beneficiário efetivo ou pelo grupo no seu conjunto com o montante que seria devido nas mesmas circunstâncias na ausência da empresa em questão²⁷⁰.

Estes elementos de prova têm de ser objetivos e suficientes de forma a conseguir-se provar que a interposição desta empresa não conduz a um benefício fiscal para o grupo de sociedades ou para o seu beneficiário efetivo²⁷¹.

²⁶⁸ Cfr. considerações iniciais, cit., p. 12, (11) do preâmbulo e número 1, do artigo 10.º da ATAD III

²⁶⁹ *Idem.*

²⁷⁰ Cfr. número 2, do artigo 10.º da ATAD III.

²⁷¹ *Idem.*

Apesar de esta isenção ser pelo período de um exercício fiscal, a mesma pode ser prorrogada pelo período de 5 anos, perfazendo um total de 6 anos de validade da mesma, desde que as circunstâncias de facto e de direito da empresa, incluindo do beneficiário efetivo ou do grupo se mantenham inalteradas durante o período em causa²⁷².

3.3.3. Tratamento fiscal de empresas que não têm uma substância mínima para efeitos fiscais

Previamente à análise do presente tema, cumpre introduzir uma pequena nota relativamente ao modo como as consequências fiscais da falta de uma substância mínima serão abordadas.

Iremos, *prima facie* e salvo melhor entendimento, analisar as consequências fiscais da falta da substância mínima da empresa no Estado-Membro da mesma, uma vez que é o Estado escolhido pela empresa para obter vantagens fiscais e que é, em todo o caso, o Estado da residência da mesma.

Assim, preferimos começar pelo início (ainda que o artigo surja posteriormente na sistemática da proposta de Diretiva) e depois avançar para o tema mais complexo das consequências da falta de uma substância mínima face aos outros Estados-Membros em que a empresa não tem a sua residência e a problemática de quando estão em causa países terceiros.

3.3.3.1. Consequências fiscais da falta de substância mínima para efeitos fiscais no Estado-Membro da empresa

As consequências de uma empresa ser considerada como entidade de fachada desprovida de substância mínima devem ter como objetivo neutralizar os efeitos fiscais de que a mesma poderia vir a beneficiar.

Sempre que uma empresa seja considerada como não tendo uma substância mínima para efeitos da proposta de Diretiva e quando não consiga ilidir tal presunção, o Estado-Membro em que a empresa é considerada residente deve aplicar uma de duas medidas²⁷³:

- Recusa um pedido de certificado de residência fiscal à empresa para utilização fora da jurisdição desse Estado-Membro; ou

²⁷² Cfr. número 3, do artigo 10.º da ATAD III.

²⁷³ Cfr. artigo 12.º da ATAD III.

- Emite um certificado com uma declaração de advertência.

No que diz respeito à segunda consequência há que desenvolver o significado da mesma.

Nestes casos, a proposta de Diretiva permite que o Estado-Membro da empresa emita um certificado de residência fiscal à empresa, todavia, esse certificado atesta que a empresa não tem direito a vantagens fiscais que a empresa tenha tido ou que pudesse ter tido por meio da empresa²⁷⁴.

Ou seja, tal declaração de advertência atesta que a empresa, desprovida de substância mínima, não tem direito aos benefícios de acordos que preveem a eliminação da dupla tributação dos rendimentos ou do capital; assim, como aos benefícios previstos em acordos internacionais com objetivos ou efeitos semelhantes²⁷⁵.

De acordo com o preceituado da proposta de Diretiva a empresa de fachada também não teria direito aos benefícios da Diretiva 2011/96/UE do Conselho (Diretiva Mãe-Filhas), mais especificamente aos artigos 4.º, 5.º e 6.º da mesma, e da Diretiva 2003/49/CE do Conselho (Diretiva Juros e *Royalties*), ou seja, do artigo 1.º da mesma.

Cumprе realçar que este certificado tem uma finalidade puramente administrativa, uma vez que serve para informar o país de origem de que não pode conceder, aos pagamentos a favor dessa empresa, os benefícios previstos na convenção celebrada com o Estado-Membro da residência dessa entidade²⁷⁶.

3.3.3.2. Consequências fiscais da falta de substância mínima para efeitos fiscais em Estados-Membros que não sejam o Estado-Membro da empresa

No presente subcapítulo serão analisadas as consequências fiscais ao nível dos Estados-Membros que não sejam o Estado-Membro da Empresa.

As entidades que se prumem ser desprovidas de uma substância mínima, ou seja, empresas que reprovaram no teste de substância e que não conseguiram ilidir a presunção de falta de substância mínima não têm direito a que os Estados-Membros que não sejam o Estado-Membro da residência da empresa: (i) tenham em conta quaisquer tipo de acordos ou de convenções em vigor com o Estado-Membro da residência da empresa que prevejam a eliminação da dupla tributação dos rendimentos e do capital; (ii) ou que

²⁷⁴ Cfr. considerações iniciais, cit., p. 13 e alínea b) do artigo 12.º da ATAD III.

²⁷⁵ *Idem*.

²⁷⁶ Cfr. considerações iniciais, cit., p. 13 da ATAD III.

tenham em conta as disposições das Diretivas mãe-filhas e Juros e Royalties, na medida em que as mesmas sejam aplicáveis pelo facto de a empresa ser considerada residente para efeitos fiscais num determinado Estado-Membro²⁷⁷.

A aplicação do regime da proposta de Diretiva *Unshell*, tem como efeito prático a exclusão das vantagens fiscais concedidas à empresa por efeito da residência da mesma em determinado Estado-Membro.

Todavia, este efeito, tem consequências práticas, nomeadamente, saber como devem ser, efetivamente, tributados os fluxos de rendimentos da empresa e os seus ativos, uma vez que desaplicados os regimes de acordos/convenções fiscais e das Diretivas supra mencionadas, há que determinar a jurisdição que tem direito a tributar estes fluxos de rendimentos e/ou ativos²⁷⁸.

De salientar que são várias as jurisdições que podem estar em causa quando estamos perante a interposição de uma empresa de fachada: (i) se estiverem em causa **fluxos de rendimento** está em causa a jurisdição de origem do mesmo ou da localização dos ativos e a jurisdição do acionista da empresa; (ii) se porventura, estiverem em causa **ativos imobiliários**, as jurisdições implicadas, são a jurisdição de origem ou jurisdição da localização do ativo e a jurisdição do proprietário (jurisdição do acionista da empresa); e, por fim, (iii) se estiverem em causa **bens móveis de valor**, está envolvida a jurisdição do proprietário, ou seja, a jurisdição do acionista da empresa²⁷⁹.

De acordo com o estipulado na proposta de Diretiva, se estiverem preenchidos os requisitos previstos na mesma, o Estado-Membro do acionista da empresa tributa os rendimentos relevantes de acordo com as suas disposições nacionais, como se esses rendimentos tivessem sido diretamente auferidos por esse acionista, sendo que esse

²⁷⁷ Cfr. número 1, do artigo 11.º da ATAD III.

²⁷⁸ Cfr. considerações iniciais, cit., p. 13 da ATAD III.

²⁷⁹ Cfr. considerações iniciais, cit., p. 14 da ATAD III.

Estado-Membro deve deduzir qualquer imposto que tenha sido pago sobre esses rendimentos no Estado-Membro da empresa²⁸⁰⁻²⁸¹.

Os requisitos a que nos referimos supra são os seguintes: temos de estar perante (i) um rendimento considerado relevante, nos termos do artigo 4.º, auferido por uma empresa que se presume ser desprovida de substância mínima; (ii) essa mesma empresa não ilidiu a presunção; e (iii) os acionistas e o ordenante da empresa são residentes para efeitos fiscais num Estado-Membro²⁸².

Existem, no entanto, duas particularidades relativamente aos bens referidos no artigo 4.º da proposta de Diretiva:

- “O Estado-Membro onde se localizam os bens²⁸³ referidos no artigo 4.º, alínea e) (ou seja, bens imóveis), tributa esses bens, em conformidade com o seu direito nacional, como se fossem detidos diretamente pelo(s) acionista(s) da empresa, sem prejuízo de qualquer acordo ou convenção em vigor celebrado com a jurisdição do(s) acionista(s) da empresa, que preveja a eliminação da dupla tributação dos rendimentos e, se for caso disso, do capital”²⁸⁴;
- “O Estado-Membro do(s) acionista(s) da empresa tributa esses bens, em conformidade com o seu direito nacional, como se fossem detidos diretamente pelo(s) acionista(s) da empresa, sem prejuízo de qualquer acordo ou convenção em vigor celebrado com a jurisdição em que os bens estão localizados, que preveja a eliminação da dupla tributação dos rendimentos e, se for caso disso, do capital”²⁸⁵.

²⁸⁰ Apesar de estar em causa uma entidade de fachada, criada com a única finalidade de obter uma vantagem fiscal que de outro modo não teria direito, apesar de a mesma se encontrar condicionada, por essa qualidade de ser considerada de fachada, ao acesso à rede de convenções/acordos e diretivas, tal não implica que a mesma seja sujeita a dupla tributação sobre os mesmos tipos de rendimentos.

Daí que na presente proposta de Diretiva se preveja a possibilidade de deduzir o imposto que tenha sido pago no Estado-Membro da empresa de fachada.

A ideia da presente proposta de Diretiva é impedir a entidade de fachada de conseguir benefícios de regimes fiscais, por elas visados, com a interposição da mesma em determinado país, não é, porventura, tributar agravadamente a entidade de fachada.

Sem prejuízo da possibilidade de se prever sanções pecuniárias (tema este que será aprofundado adiante), é crucial reconhecer que, embora condicionar o acesso a certos regimes seja extremamente negativo (dado que o acesso aos mesmos foi a principal razão da interposição destas entidades), há que referir que se constitui, igualmente, como um importante elemento dissuasor deste tipo de práticas a imposição de sanções pecuniárias (uma vez que estas entidades de fachada são criadas com o único propósito de maximizar o valor isento ou sujeito a taxas reduzidas de imposto).

²⁸¹ Cfr. primeira parte, do número 2, do artigo 11.º da ATAD III.

²⁸² *Idem*.

²⁸³ *Lex rei sitae*.

²⁸⁴ Cfr. alínea a), do número 3, do artigo 11.º da ATAD III.

²⁸⁵ Cfr. alínea b), do número 3, do artigo 11.º da ATAD III.

3.3.3.3. E se estiver em causa um país terceiro?

É consabido que a proposta de Diretiva apenas pode ser aplicada a Estados-Membros, uma vez que a mesma é um ato legislativo que fixa objetivos que os países da União Europeia têm de alcançar.

Pelo que a repartição de competências que a proposta de Diretiva faz, como consequência da presunção da entidade em causa como desprovida de substância mínima e de a mesma não conseguir ilidir tal presunção, não pode afetar países terceiros.

Destarte, devem ser respeitados os acordos, em vigor, no que diz respeito à repartição dos poderes de tributar entre esses Estados, devendo, na ausência dos mesmos, ser aplicado o direito nacional do Estado-Membro em causa²⁸⁶.

Nas considerações iniciais da proposta ATAD III são identificadas quatro possíveis cenários que podem suceder aquando da aplicação da proposta de Diretiva e que podem, ou não, envolver, igualmente, países terceiros, a saber²⁸⁷:

1. A jurisdição de origem do **ordenante** está localizada num país terceiro; enquanto as jurisdições da **entidade de fachada** e do(s) **acionista(s)** estão localizadas na União Europeia.

No caso em apreço o país terceiro (que é o país do ordenante), das duas uma: se não possuir nenhum acordo convencional com o Estado de origem do(s) acionista(s), deve aplicar as disposições fiscais nacionais ao pagamento efetuado ao exterior.

Relativamente aos Estados (da U.E.) da empresa de fachada e do(s) acionista(s). Em primeiro lugar, a entidade de fachada ao ser considerada residente num Estado da União tem de cumprir com as obrigações de comunicação do pagamento recebido, de acordo com as disposições nacionais do Estado.

Em segundo lugar, o(s) acionista(s) localizado na U.E. deve(m) incluir no seu rendimento tributável, o pagamento recebido pela empresa de fachada, podendo pedir a dedução de qualquer imposto que tenha sido pago na fonte (em conformidade com a convenção em vigor entre o Estado do(s) acionista(s) e o Estado terceiro).

²⁸⁶ Cfr. considerações iniciais, cit., p. 14 da ATAD III.

²⁸⁷ Cfr. considerações iniciais, cit., p. 14, 15 e 16 da ATAD III.

Sem esquecer a possibilidade que o mesmo tem de, eventualmente, poder pedir a dedução de qualquer imposto que a entidade de fachada tenha pago no Estado-Membro em que a mesma é residente.

2. As jurisdições de origem do **ordenante** e da **entidade de fachada** estão localizadas na União Europeia; enquanto a jurisdição do(s) **acionista(s)** está localizada num país terceiro.

Nesta situação, tal como na anterior, apenas duas jurisdições se encontram vinculadas pela proposta de Diretiva.

Assim, a jurisdição do ordenante deve tributar o pagamento efetuado ao exterior, de acordo com o estipulado na convenção/acordo que tenha celebrado com o país terceiro e, subsidiariamente, na ausência de tais convenções/acordos, de acordo com o seu direito nacional.

A empresa de fachada ao ser considerada como residente num Estado-Membro da U.E. deve cumprir com as mesmas obrigações que foram elencadas supra (relativamente ao pagamento que foi recebido).

Por fim, encontrando-se o acionista num país terceiro e não sendo vinculativa a proposta de Diretiva, pode acontecer, todavia, que seja solicitado a esse Estado a aplicação da convenção/acordo em vigor celebrada entre este e o Estado-Membro do ordenante, de modo a possibilitar a dedução.

3. As jurisdições de origem do **ordenante** e do(s) **acionista(s)** estão localizadas num país terceiro; enquanto a jurisdição da **entidade de fachada** é num Estado-Membro da U.E..

Começando pela jurisdição do ordenante, esta em princípio pode tributar, de acordo com as suas disposições nacionais. o pagamento efetuado ao exterior, sem esquecer a possibilidade de tributar de acordo com o estipulado em convenção/acordo em vigor que tenha celebrado com a jurisdição do(s) acionista(s) (não esquecendo que a mesma também é um país terceiro), isto, se a mesma também quiser abranger a empresa de fachada com residência num Estado-Membro da U.E..

A empresa de fachada, nos termos do que acontecia nos exemplos anteriores deve comunicar que recebeu o pagamento.

Relativamente à jurisdição do(s) acionista, remetemos para o que foi dito acerca do exemplo 2, referido anteriormente.

4. Por fim, pode suceder estarmos perante uma situação em que todas as jurisdições em causa são abrangidas pelo âmbito da proposta de Diretiva, por se localizarem todas num Estado-Membro da U.E., ou seja, tanto a jurisdição de origem do **ordenante**, como da **entidade de fachada**, como do(s) **acionista(s)** da empresa estão localizadas na U.E..

Neste caso, a jurisdição de origem do ordenante não tem direito de tributar o pagamento efetuado ao exterior.

No entanto, a proposta de Diretiva ressalva a hipótese de não se conseguir identificar se o(s) acionista(s) da empresa de fachada se encontra(m) estabelecido(s) na U.E., podendo nestes casos ser aplicado as disposições nacionais fiscais ao pagamento efetuado ao exterior.

A empresa de fachada, tal como em todos os exemplos precedentes, deve comunicar o recebimento do pagamento.

Já o(s) acionista(s) deve(m) incluir o pagamento recebido pela empresa no seu rendimento tributável, de acordo com as disposições nacionais que lhe sejam aplicáveis.

Podendo, igualmente, reclamar a dedução de qualquer imposto pago na fonte (por força da aplicação de Diretivas da U.E..) e pode deduzir qualquer imposto que tenha sido pago pela entidade de fachada.

O que supra desenvolvemos é o que, resumidamente, resulta do disposto no número 2 do, artigo 11.º da proposta de Diretiva, cuja formulação longa (sendo composta por três parágrafos autónomos) e complexa, pode não ter sido a mais adequada.

Porém, ao contrário de outros tópicos que, anteriormente, já tivemos oportunidade de salientar e que iremos, igualmente, referir posteriormente, a proposta ATAD III, nas suas considerações iniciais desenvolveu a explicitação deste ponto de forma clara e concisa, ajudando, bastante na compreensão do articulado.

Consideramos que se a proposta de Diretiva tivesse desenvolvido outros temas nos mesmos termos em que desenvolveu este tópico, a mesma não teria gerado tanta controvérsia e, possivelmente já se encontraria em vigor.

3.3.4. Troca de Informações

Ao longo da apresentação da proposta de Diretiva *Unshell* e do seu regime pudemos constatar que a consagração do mesmo é um avanço crucial no combate à utilização abusiva de entidades de fachada com finalidades puramente fiscais.

No entanto, se não se conciliar o regime da presente proposta com a obrigatoriedade de troca de informações nesta matéria, tal iria obstar ao efeito prático da proposta ATAD III, dado que as entidades sem substância mínima, entidades de fachada, podem ser utilizadas com o objetivo de obter vantagens fiscais em outros Estados-Membros que não o Estado-Membro da residência da entidade de fachada (relembrando relativamente ao referido o que foi dito acerca das assimetrias híbridas, uma vez que as entidades de fachada tal como as primeiras são entidades que envolvem sempre mais do que uma jurisdição (aquela a que se querem evadir ao pagamento do imposto, face àquela que visam para a obtenção de vantagens fiscais que de outro modo não teriam direito))²⁸⁸. Daí que a proposta ATAD III proponha uma nova alteração à DAC com o propósito de serem partilhadas informações pertinentes com as autoridades competentes dos vários Estados-Membros²⁸⁹⁻²⁹⁰.

A proposta ATAD III, contrariamente às suas congéneres Diretivas Antiabuso, precedentes, consagra num só documento legislativo, a vertente substantiva (na medida, em que cria um regime jurídico, estabelecendo quem é que tem direito aos mesmo com as implicações e consequências daí decorrentes) e a vertente de cooperação administrativa (uma vez, que esta proposta de Diretiva se propõe, igualmente a alterar a Diretiva 2011/16/UE)²⁹¹.

Nesta senda, e de acordo com as alterações previstas na proposta de Diretiva *Unshell* que visam a DAC, as autoridades competentes de um Estado-Membro estão sujeitas à troca automática de informações sempre que²⁹²:

- receba a informação que uma empresa apresenta um risco de falta de substância mínima para efeitos fiscais, nos termos do disposto na proposta ATAD III;
- uma empresa ilida a presunção de ser considerada uma entidade de fachada;

²⁸⁸ Cfr. (14) das disposições preambulares da ATAD III.

²⁸⁹ *Idem*.

²⁹⁰ Esta partilha de informações deve ocorrer automaticamente através da rede comum de comunicações (CNN) desenvolvida pela União e registadas num diretório central, cfr. ponto 4), do artigo 13.º da ATAD III.

²⁹¹ Cfr. PISTONE, Pasquale/NOGUEIRA, João F. P./TURINA, Alessandro/LAZAROV, Ivan, “Abuse, Shell Entities...”, cit., p. 226.

²⁹² Cfr. números 1, 2 e 3, do artigo 8.º-AD, na redação dada pelo ponto 2), do artigo 13.º da ATAD III.

- através da realização de uma auditoria, ao abrigo do direito nacional de determinado Estado-Membro, se conclua que uma empresa não cumpre com os indicadores de substância mínima.

Esta informação deve ser disponibilizada pelos Estados-Membro no prazo de 30 dias a contar da data em que a administração fiscal dispuser dessa informação, ou seja, a contar da receção da informação, ou a contar da data da certificação de que tal empresa ilide a presunção ou da data em que os resultados da auditoria se tornem definitivos²⁹³.

A consagração deste prazo de 30 dias pela proposta de Diretiva *Unshell* parece ter como objetivo a disponibilização da informação o mais rapidamente possível, especialmente se fizermos o paralelo com os prazos estabelecidos na Diretiva de Cooperação Administrativa.

O prazo estabelecido pela proposta de ATAD III, é inferior face ao prazo estipulado na DAC, que de acordo com o disposto no número 1 e 2 do artigo 7.º da DAC são 6 meses (prazo máximo, a contar da data da receção do pedido de comunicação de informações) e 2 meses (prazo máximo, aplicável aos casos em que a entidade requerida já dispõe das informações solicitadas), respetivamente.

De facto, a rápida troca de informações, em qualquer tipo de matéria, mas em especial aquando da interposição de entidades sem substância mínima, consagra-se como sendo a forma mais eficaz de combate ao recurso a este tipo de entidades e desempenha, igualmente, um papel de extrema importância na proteção das legítimas pretensões fiscais dos vários Estados-Membros (que detendo a informação em tempo útil, atuam de imediato, não permitindo que determinada entidade continue a aferir dos benefícios fiscais por elas visados aos quais não têm legitimamente direito).

Ainda a respeito deste tema, cumpre salientar duas notas a título final.

As administrações fiscais dos Estados-Membros, sempre que procederem a avaliações das entidades em causa e concluaem que as mesmas ilidem a presunção de que não possuem substância mínima ou que as mesmas beneficiam da isenção de comunicação, quando comunicarem, através do mecanismo de troca de informações, devem fornecer elementos suficientes que permitam compreender as razões dessa avaliação²⁹⁴.

²⁹³ *Idem.*

²⁹⁴ Cfr. considerações iniciais, cit., p. 16, da ATAD III.

Qualquer autoridade competente de um Estado-Membro tem o direito de solicitar à autoridade competente do outro Estado-Membro que realize auditorias fiscais às entidades que não cumpriram com as obrigações que lhes são adstritas por força da proposta ATAD III²⁹⁵.

A autoridade competente do Estado-Membro requerido deve iniciar a auditoria no prazo de um mês a contar da data da receção do pedido, devendo fornecer informações sobre o resultado dessa auditoria à autoridade competente do Estado-Membro requerente no mais breve prazo possível e no prazo máximo de um mês, após ter sido conhecido o resultado da auditoria fiscal²⁹⁶.

3.3.5. Sanções

A proposta ATAD III, incube aos Estados-Membros que estabeleçam um regime de sanções aplicáveis à violação das disposições nacionais referentes à transposição do regime da proposta de Diretiva *Unshell*, ressalvando, que essas sanções devem ser efetivas, proporcionais e tenham um efeito dissuasor²⁹⁷.

Ademais, de forma a garantir a segurança fiscal e um nível mínimo de coordenação entre os Estados-Membros, a proposta de Diretiva fixou uma sanção administrativa pecuniária mínima de pelo menos 5% do volume de negócios da empresa no exercício fiscal em causa²⁹⁸.

Esta sanção administrativa pecuniária tem como incidência subjetiva: (i) as empresas obrigadas a comunicar determinadas informações às autoridades competentes, por preencherem os requisitos dos *gateways*, nos termos do artigo 6.º da proposta ATAD III, e que não tenham cumprido com essa obrigação relativamente a um exercício fiscal no prazo fixado; ou (ii) as empresas que tenham prestado falsas declarações na declaração fiscal prevista no artigo 7.º da proposta de Diretiva *Unshell*²⁹⁹.

Apesar da consagração acima descrita cumpre cogitar se esta sanção é de aplicação positivista ou se tem em conta o espírito da proposta de Diretiva.

Como, anteriormente, referido na presente dissertação, nem sempre a criação de entidades de fachada tem uma finalidade abusiva, existindo casos em que o próprio TJUE³⁰⁰ reconheceu que não colocava em causa a liberdade de estabelecimento a circunstância de

²⁹⁵ Cfr. 1.º parágrafo do artigo 15.º da ATAD III.

²⁹⁶ Cfr. 2.º e 3.º parágrafos do artigo 15.º da ATAD III.

²⁹⁷ Cfr. 1.ª parte, do artigo 14.º da ATAD III.

²⁹⁸ Cfr. (16) do preâmbulo e 2.ª parte, do artigo 14.º da ATAD III.

²⁹⁹ Cfr. 2.ª parte, do artigo 14.º da ATAD III.

³⁰⁰ Veja-se a este respeito o Acórdão *Centros*.

uma certa entidade apenas ter sido constituída com a finalidade de beneficiar de uma legislação mais vantajosa; pelo que é necessário garantir que as sanções apenas devem ser aplicadas a casos de verdadeira elisão e evasão fiscal³⁰¹.

Existem autores que criticam a sanção administrativa pecuniária de 5%, referindo que a proposta de Diretiva deveria ter ficado pela possibilidade de os Estados-Membros estabelecerem sanções “efetivas, proporcionadas e dissuasivas”, deixando o resto ao critério dos Estados-Membros³⁰².

Ademais, referem os mesmos autores, que a consagração desta sanção administrativa pecuniária de 5% para ambos os casos de falta de comunicação de certas informações (quer por atraso na comunicação das mesmas, quer pela verdadeira ausência das mesmas) e de prestação de falsas declarações, se apresenta como sendo desproporcional³⁰³.

Realmente estamos perante duas situações que são completamente dispare (na medida em que o bem jurídico afetado em ambos os casos difere e o grau de afetação dos mesmos em ambos os casos são completamente diferentes) e que em termos sancionatórios não faz sentido que sejam tributados à mesma taxa de 5%, uma vez que prestar falsas declarações é muito mais grave face à falta de comunicação de certas informações.

A própria proposta de Diretiva parece ser incoerente, uma vez que apela aos Estados-Membros o respeito por medidas “proporcionais”, mas acaba por recomendar aos Estados-Membros que sancionem da mesma maneira realidades completamente diferentes.

Assim onde se encontra patente neste caso o princípio da proporcionalidade?

4. Coerência com as políticas da União Europeia

Tal como referido na ficha financeira legislativa, publicada em anexo à proposta de Diretiva *Unshell*, a proposta não tem como objetivo substituir as regras nacionais e internacionais em vigor para combater o uso abusivo de entidades de fachada na União Europeia, mas sim ser um instrumento que visa complementar as medidas que se encontram em vigor³⁰⁴.

³⁰¹ Cfr. PISTONE, Pasquale/NOGUEIRA, João F. P./TURINA, Alessandro/LAZAROV, Ivan, “Abuse, Shell Entities...”, cit., p. 233.

³⁰² *Idem*.

³⁰³ *Idem*, cit., p. 234.

³⁰⁴ Cfr. Ficha Financeira Legislativa, ponto 1.5.2., publicada em anexo à proposta ATAD III, cit., p. 44.

Ainda que, tal como demonstrado no capítulo 2 da presente dissertação, as medidas existentes não fossem suficientes para um combate eficaz e eficiente ao uso abusivo de entidades de fachada para fins fiscais.

Todavia, tal como poderemos concluir com o presente capítulo a proposta ATAD III, vem complementar as medidas em vigor numa aceção de coerência das várias disposições existentes em várias matérias que se coadunam com a temática das entidades desprovidas de substância mínima para efeitos fiscais.

Assim, decidimos incluir um capítulo, na presente dissertação, que explore, algumas medidas em vigor na União Europeia³⁰⁵, de forma a perceber o quadro geral e as várias matérias em torno desta realidade das entidades de fachada.

4.1. Coerência com as disposições existentes da mesma política setorial

Prima facie, chama-se à colação o contexto pré-*Unshell*³⁰⁶, explanado, anteriormente, na presente dissertação para lembrar a necessidade de inserção de um regime de combate à utilização abusiva de entidades de fachada para fins fiscais.

Precedentemente à proposta ATAD III, a nível de medidas de combate à elisão e evasão fiscal no âmbito da União, tinham sido criadas a Recomendação da Comissão de 2012, a Diretiva de Cooperação Administrativa, as Diretivas Antiabuso I e II e a publicação desde 2017 de uma lista de jurisdições não cooperantes em matéria fiscal.

No entanto, apesar de ser inegável que todas estas medidas são medidas de combate à elisão e evasão fiscal, a ATAD III, apresentou-se como uma proposta complementar, uma vez que eram inexistentes as regras que visavam as entidades de fachada utilizadas de forma abusiva.

Tal como pudemos aferir pela leitura do capítulo 3, a proposta de Diretiva *Unshell*, para além de introduzir um regime novo que visa as entidades de fachada, utiliza os meios já existentes a nível da União para melhorar a prossecução do regime da mesma.

Basta para tal lembrar que a proposta de Diretiva utilizará os procedimentos, as modalidades e as ferramentas informáticas já existentes ou a serem desenvolvidas por meio da Diretiva de Cooperação Administrativa³⁰⁷.

³⁰⁵ Por razões conceptuais, apenas serão abordadas algumas medidas em vigor, não pretendendo o presente capítulo ser uma análise exaustiva.

³⁰⁶ Para uma melhor compreensão do contexto que antecede a proposta de Diretiva *Unshell*, vide o capítulo 2 da presente dissertação.

³⁰⁷ Cfr. Ficha Financeira Legislativa, ponto 1.5.4., publicada em anexo à proposta ATAD III, cit., p. 44.

A proposta ATAD III, como consabido, para além de criar um regime, pretende introduzir alterações à DAC de forma a beneficiar do regime, já existente, da mesma, de obrigatoriedade de troca de informações de forma a tornar mais eficiente a prevenção da utilização abusiva de entidades de fachada desprovidas de uma substância mínima.

Relativamente a esta complementaridade de medidas e de coerência das mesmas, achamos, interessante, nesta sede realçar a abordagem feita pela CGAA prevista na ATAD I face à abordagem seguida pela ATAD III, uma vez que sendo a CGAA uma “cláusula geral” consagra-se como sendo, atualmente, o instrumento da União Europeia que consegue “combater” a utilização abusiva das entidades de fachada.

A CGAA tal como o próprio nome indica é uma regra geral que tem como finalidade o combate a práticas fiscais abusivas que ainda não tenham sido objeto de disposições específicas, colmatando, assim, as lacunas dos vários ordenamentos jurídicos, desde a sua consagração com a ATAD I³⁰⁸.

A CGAA, consagrada no artigo 6.º da ATAD I, visa “*uma montagem ou séries de montagens que, tendo sido posta em prática com a finalidade principal ou uma das finalidades principais de obter uma vantagem fiscal que fruste o objeto ou a finalidade do direito fiscal aplicável, não seja genuína tendo em conta os factos e circunstâncias relevantes*”³⁰⁹, considerando o mesmo preceituado que “*uma montagem ou série de montagens não é genuína na medida em que não seja posta em prática por razões comerciais válidas que reflitam a realidade económica*”³¹⁰.

Podendo referir-se que existe na CGAA uma ideia de prevalência da substância sobre a forma, uma vez que a mesma exige a necessidade de existirem razões comerciais válidas, ou seja, a necessidade de existir uma verdadeira substância económica³¹¹.

A CGAA, pode, assim, ser aplicada às entidades de fachada, uma vez que, as mesmas são criadas com o único objetivo de obter uma vantagem fiscal, face ao que seria normalmente aplicado, se não fosse a interposição da entidade de fachada, sendo que esta é completamente desprovida de qualquer razão comercial válida, tendo sido criada apenas por razões fiscais, sendo consequentemente considerada como uma montagem artificial.

³⁰⁸ Ponto (11) das considerações iniciais da ATAD I.

³⁰⁹ Cfr. número 1 do artigo 6.º da ATAD I.

³¹⁰ Cfr. número 2 do artigo 6.º da ATAD I.

³¹¹ Sobre a *Economic Substance Doctrine* vide OLIVEIRA, António Fernandes de, *A legitimidade do planeamento fiscal: as cláusulas gerais anti-abuso e os conflitos de interesse*, Coimbra Editora, 2009, cit., p. 112-122, cujo autor considera ser um desenvolvimento da *Business Purpose Doctrine*, referindo que a primeira absorve a segunda.

Ainda que, a CGAA, possa ser aplicada às entidades de fachada, por se tratar de uma “cláusula geral”, a mesma, tal como referimos, tem como finalidade colmatar lacunas dos vários ordenamentos jurídicos, não sendo uma norma específica que vise o combate à utilização abusiva das entidades de fachada.

Como pudemos ver pela análise da proposta ATAD III, era crucial a consagração de um regime específico que prevenisse o abuso de entidades de fachada para fins fiscais.

O teste de substância e as suas várias, completas, específicas e detalhadas, etapas, especialmente pelos seus *gateways* e indicadores de substância mínima consegue, face à CGAA, alargar o seu âmbito de aplicação a várias entidades que poderiam não cair no escopo da CGAA.

Assim, ainda que se consiga reconduzir tanto à CGAA e à proposta ATAD III um objetivo similar, pois ambas visam o combate ao planeamento fiscal abusivo e às práticas de elisão e evasão fiscais, os mecanismos de atuação das mesmas acabam por corresponder a paradigmas de atuação distintos (por um lado, pela CGAA ser uma regra geral antiabuso e por outro, pela proposta ATAD III, consagrar um teste de substância complexo e completo de prevenção do uso de entidades de fachada para fins fiscais).

Se considerarmos a proposta ATAD III só por si, a mesma consagra-se como uma regra específica antiabuso e por isso prevalece face à aplicação da CGAA.

Isto no que concerne a futuros casos que envolvam a interposição de entidades de fachada com finalidades puramente fiscais, lembrando, que ao estar em causa uma proposta de Diretiva, esta não cria obrigações para os Estados-Membros, não existindo, ainda, uma obrigatoriedade de implementação da mesma nos vários Estados da União Europeia.

Pelo que, até lá, terá aplicação o regime da CGAA, ou, como veremos adiante, a jurisprudência do TJUE.

4.2. Coerência com a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia

O uso abusivo de entidades de fachada para fins fiscais, não é uma realidade que tenha surgido, apenas, com a proposta ATAD III, tendo a jurisprudência do Tribunal de Justiça vindo a considerar de forma inequívoca que é potencialmente abusivo o recurso a entidades de fachada (ou seja, entidades puramente artificiais)³¹².

³¹² PISTONE, Pasquale/NOGUEIRA, João F. P./TURINA, Alessandro/LAZAROV, Ivan, “Abuse through the use of shell companies and arrangements for tax purposes in the EU Feedback to the EU consultation”, in *4 Intl. Tax Stud.* 7, IBFD, 2021, cit., p. 14.

Relembre-se, a este respeito, o que foi dito, anteriormente acerca do Ac. *Cadbury Schweppes*, em que o TJUE reconheceu que uma implementação fictícia de determinada entidade que não exerce nenhuma atividade económica efetiva no Estado-Membro de acolhimento, apresenta um carácter puramente artificial (reconhecendo, para o efeito que no escopo desses casos se incluem as entidades de fachada)³¹³.

Não tendo como objetivo uma análise exaustiva sobre esta temática, iremos abordar um caso jurisprudencial recente do TJUE que consideramos relevante neste âmbito, e que reconhece a existência do princípio geral da proibição do abuso no direito comunitário.

A título de nota introdutória cumpre referir que existem autores que consideram existir um princípio geral de proibição de abuso no direito comunitário, segundo o qual não “*se devem admitir operações artificiais, que não são realizadas no âmbito de transações comerciais normais e sem razões económicas válidas*”³¹⁴.

Assim, cumpre referir a este respeito os Processos C-116/16 (*T Danmark*) e C-117/16 (*Y Danmark*), de 26 de fevereiro de 2019, mais conhecidos, e, doravante denominados, por *Danish cases*³¹⁵.

Em ambos os processos, estava em causa saber se os dividendos pagos pelas sociedades dinamarquesas estavam isentos de tributação na Dinamarca por força da aplicação da Diretiva mãe-filhas³¹⁶.

A grande problemática deveu-se ao facto de que o grupo societário apenas “beneficiária” daquela isenção através da interposição de uma entidade/sociedade entre a sociedade que distribuía os dividendos e o beneficiário efetivo dos mesmos (tendo como resultado o preenchimento, ainda que de forma meramente formal, dos requisitos da Diretiva mãe-filhas); no entanto, tal entidade que servia de intermediária era desprovida de qualquer tipo de substância económica³¹⁷.

O TJUE tendo por base o princípio geral de proibição de abuso do Direito Europeu considerou que tal sociedade (cuja estrutura é meramente formal, desprovida de qualquer justificação económica e comercial e criada com o único objetivo de beneficiar de uma vantagem fiscal que contrarie o objeto ou finalidade do direito aplicável) configurava uma

³¹³ Cfr. *Cadbury Schweppes*, n.º 68.

Tendo a respeito das entidades de fachada o TJUE remetido para o Ac. *Eurofood IFSC*, Processo C-341/04, de 2 de maio de 2006, que denomina como entidades de “caixa de correio”, por estas estarem situadas em determinado Estado-Membro, sem que exerçam no mesmo qualquer tipo de atividade, cfr. n.º 35 do referido acórdão.

³¹⁴ Cfr. ROCHA, Joaquim Freitas da, *Introdução ao Planeamento Fiscal (...)*, cit., p. 81.

³¹⁵ Cfr. Processos C-116/16 (*T Danmark*) e C-117/16 (*Y Danmark*), de 26 de fevereiro de 2019.

³¹⁶ Cfr. *Danish Cases*, n.º 34.

³¹⁷ Cfr. *Danish Cases*, n.º 91.

montagem financeira proibida por se consubstanciar numa prática abusiva, pelo que não poderia beneficiar da isenção em causa³¹⁸.

Tendo o TJUE nos *Danish Cases* elencado um conjunto de índicos a ter em conta para o efeito de despistagem do carácter artificial de determinada entidade, que no entender do Tribunal de Justiça, configuram uma situação de abuso de direito³¹⁹:

- Quando existe a interposição de determinada entidade/sociedade, num grupo de sociedades, com o objetivo de beneficiar de uma isenção, entre a sociedade que transfere os dividendos e a sociedade que os recebe.

Tendo neste caso o TJUE identificado como “*red flag*” a circunstância de os “*referidos dividendos serem transferidos, na totalidade ou quase na totalidade e num prazo muito curto após serem recebidos, pela sociedade que os recebeu para entidades que não preenchem os requisitos de aplicação da Diretiva*” mães-filhas³²⁰;

- A entidade apenas realiza um lucro tributável insignificante quando atua na qualidade de sociedade interposta com a finalidade de apenas permitir o fluxo financeiro entre a sociedade devedora de dividendos para o beneficiário efetivo dos mesmos³²¹;
- A entidade em causa é desprovida de atividade económica efetiva, tendo como única atividade a cobrança de dividendos e a sua transmissão ao beneficiário efetivo dos mesmos³²².

O TJUE, refere que esta inexistência de atividade económica efetiva deve ser deduzida através de um conjunto de elementos, nomeadamente: a gestão da sociedade, o seu balanço contabilístico, a estrutura de custos e despesas efetivamente efetuadas, os recursos humanos da entidade, as instalações da mesma e o equipamento de que dispõe³²³;

- Quando tendo por base os contratos celebrados pelas sociedades envolvidas, que dão origem aos fluxos financeiros intra-grupo, seja possível aferir da

³¹⁸ Cfr. CARLOS, Maria Amélia Barradas, “As Holdings e os dividendos à saída à luz do Direito Europeu”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 82, Vol. III/IV, jul./dez., 2022, cit., p. 575 e 576 e *Danish Cases*, n.º 72, 98 e 100.

³¹⁹ Cfr. CARLOS, Maria Amélia Barradas, “As Holdings e os dividendos...”, cit., p. 576-577.

³²⁰ Cfr. *Danish Cases*, n.º 101.

³²¹ *Idem*, n.º 103.

³²² *Idem*, n.º 104.

³²³ *Idem*.

impossibilidade de a sociedade interposta conseguir usufruir ou dispor dos dividendos recebidos³²⁴;

- Por fim, a existência de coincidências ou proximidades temporais entre a entrada em vigor de novas legislações fiscais pertinentes e a organização de operações financeiras complexas e a concessão de empréstimos no âmbito do mesmo grupo³²⁵.

Os *Danish Cases*, são um excelente exemplo da interposição de uma entidade de fachada com objetivos de poupança fiscal, demonstrando os mesmos a necessidade da existência de uma harmonização nestas matéria da prevenção do uso abusivo de entidades de fachada.

Da análise dos elementos referidos pelo TJUE como indiciadores da existência de uma entidade artificial, conseguimos encontrar pontos de convergência com a proposta ATAD III.

Em primeiro lugar, está em causa uma situação de distribuição de dividendos que são considerados como rendimentos relevantes na aceção da proposta ATAD III, nos termos da alínea c) do artigo 4.º.

Em segundo lugar, estamos perante uma entidade sem substância económica e meramente formal que foi criada com o único objetivo de beneficiar da isenção da distribuição de dividendos à luz da Diretiva juros e *royalties*, servindo a mesma como uma mera entidade interposta entre a sociedade devedora e a sociedade beneficiária.

Este caso acaba por ser um exemplo perfeito da necessidade da criação de uma proposta de Diretiva neste âmbito, uma vez que esta entidade apenas foi criada com o objetivo de beneficiar das disposições da Diretiva mãe-filha que de outra forma não teria direito.

Ao abrigo da proposta de Diretiva, esta entidade, depois de efetivamente ser considerada como entidade de fachada por aplicação do teste de substância e não ilidindo a presunção de que não dispõe de substância mínima para efeitos fiscais, a mesma veria vedada a possibilidade de beneficiar do regime da isenção da distribuição de dividendos, sendo os mesmos tributados diretamente na esfera do beneficiário efetivo, como se o pagamento tivesse sido efetuado diretamente ao mesmo.

³²⁴ *Idem*, n.º 105.

³²⁵ *Idem*, n.º 106.

Todavia, apesar da similitude³²⁶, os elementos considerados pelo TJUE como possíveis indiciadores de uma estrutura puramente artificial, leia-se entidade de fachada, divergem dos apresentados pela proposta de Diretiva *Unshell* aquando da identificação, pela mesma, de um conjunto de indícios que devem estar preenchidos para que se considere que determinada entidade possui substância.

Existem pontos de contacto entre as mesmas: nomeadamente a necessidade da existência de instalações da empresa, os recursos humanos (existindo um aprofundamento desta vertente na proposta de Diretiva, uma vez que a mesma incide sobre questões de residência, de qualificações e autorizações para o trabalho desempenhado) e a gestão da empresa, que se encontra, igualmente, espelhado na proposta de Diretiva, uma vez que é indiciador de falta de substância o facto de o administrador da entidade de fachada fazer parte do mesmo grupo societário da entidade de fachada, sendo considerada uma empresa associada nos termos da proposta, ou se o mesmo administrador desempenhar funções de diretor ou equivalente em outras empresas que são consideradas associadas.

Apesar deste grande avanço com os *Danish Cases*, e não negando a importância do papel do TJUE em áreas em que é inexistente a harmonização de regimes, como no caso em concreto, a verdade é que continuava a subsistir a necessidade de um regime que visasse o combate à utilização abusiva de entidades de fachada para fins fiscais, sendo da maior importância e relevância o regime da proposta ATAD III.

Gostávamos, antes de dar por fechado este subcapítulo, de realçar uma particularidade acerca dos *Danish Cases*, na medida em que foi a primeira vez que o TJUE interpretou o conceito de beneficiário efetivo, tendo estabelecido uma ligação com os comentários do Modelo de Convenção Fiscal da OCDE³²⁷.

³²⁶ Não se conseguindo, na nossa opinião, efetuar uma comparação em pé de igualdade de um regime jurídico e de uma decisão jurisprudencial.

³²⁷ *Vide*, a respeito da interpretação do conceito de beneficiário efetivo feito pelo TJUE, BARREDA, Pablo A. Hernández González, “Holding Companies and Leveraged Buy-Outs in the European Union Following BEPS: Beneficial Ownership, Abuse of Law and the Single Taxation Principle (Danish ECJ Cases C-115/16, 116/16, 117/16, 118/16, 119/16 and 299/16)”, in *European Taxation*, Issue 9, 2019, cit., p. 415-421 e TRACANA, Dinis, LOBITA, João Carmona, “A Soberania Fiscal dos Estados face à coordenação fiscal internacional: enquadramento jurídico dos instrumentos da cooperação fiscal internacional”, in CATARINO, João Ricardo/PEREIRA, Paula Rosado, in *Fiscalidade Internacional: Questões Atuais*, Capítulo IV, Almedina, 2023, cit., p. 232-233.

4.3. Coerência com outras políticas da União Europeia

A proposta de Diretiva em estudo é coerente face a outras medidas da União Europeia implementadas ou por implementar.

Na presente subsecção iremos abordar três grandes temas³²⁸, a saber: a Diretiva de luta contra o branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo, o Organismo Europeu de Luta Antifraude e a proposta de Diretiva relativa à garantia de um nível mínimo de tributação para os grupos multinacionais na União.

A proposta ATAD III completa os progressos alcançados em matéria de transparência das empresas com a introdução, pela Diretiva de luta contra o branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo, de requisitos relativos às informações sobre os beneficiários efetivos³²⁹⁻³³⁰.

A proposta de Diretiva *Unshell*, no seu ponto (6), do artigo 3.º, remete, para a definição de beneficiário efetivo dado pela Diretiva 2015/849/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2015³³¹, sendo coerente com a política que tem vindo a ser seguida pela União.

Uma vez que, apenas, pretendemos demonstrar a coerência da proposta de Diretiva com outras políticas europeias não iremos aprofundar a definição de beneficiário efetivo.

Apesar de a proposta ATAD III, remeter para a Diretiva 2015/849/UE nesta matéria, não pudemos esquecer que o TJUE no Ac. *Danish Cases*, um caso relativamente recente, recorreu aos comentários do Modelo de Convenção Fiscal da OCDE para interpretar a definição de beneficiário efetivo.

³²⁸ Poderíamos ter escolhido outras incidências, no entanto, na nossa opinião, estas foram as que consideramos fazer mais sentido no que concerne ao objeto em estudo da presente dissertação.

Iremos, igualmente, abordar apenas estes três grandes temas, por razões dogmáticas de forma a manter a coesão global de todo o objeto em estudo e para evitar a dispersão para outros temas.

³²⁹ Cfr. (1) do preâmbulo da ATAD III.

³³⁰ Sendo que a mesma aborda situações em que as empresas são criadas para dissimular a propriedade efetiva, quer das próprias empresas, quer dos ativos que detêm/gerem, bem como dos bens imóveis ou bens de elevado valor, cfr. (1) do preâmbulo da ATAD III.

³³¹ Relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo, que altera o Regulamento n.º 648/2012/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, e que revoga a Diretiva 2005/60/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e a Diretiva 2006/70/CE da Comissão.

A proposta ATAD III, na sua ficha financeira legislativa, prevê, no âmbito da estratégia antifraude, uma possível intervenção do Organismo Europeu de Luta Antifraude (OLAF)³³².

Nestes termos, o OLAF pode efetuar inquéritos, incluindo inspeções e verificações no local, nos termos do estabelecido nas disposições e procedimentos do Regulamento (CE) n.º 1073/1999 do Parlamento Europeu e do Conselho³³³ e do Regulamento (Euroatom, CE) n.º 2185/96 do Conselho³³⁴, com a finalidade de verificar a possibilidade de existência de fraude, de corrupção ou de quaisquer outras atividades ilegais lesivas dos interesses financeiros da União relacionadas com convenções de subvenções ou decisões de subvenções ou com contratos financiados ao abrigo do mecanismo.

De referir, que existe a criação de entidades de fachada com a finalidade de beneficiar de fundos comunitários, que de outra forma os sujeitos passivos em causa não teriam direito, pelo que é crucial a articulação da atuação do OLAF com a proposta ATAD III.

Tal como referido anteriormente a proposta de Diretiva *Unshell* surgiu no âmbito da comunicação da Comissão “Uma Tributação das empresas para o século XXI” tendo como objetivo assegurar um sistema de tributação das empresas sólido, eficiente e justo no espaço da comunidade europeia³³⁵.

A proposta ATAD III, complementaria outras iniciativas promovidas em simultâneo pela Comissão, nomeadamente, a proposta de Diretiva relativa à garantia de um nível mínimo de tributação global para os grupos multinacionais na U.E..

Esta proposta teve como origem o projeto BEPS 2.0. da OCDE cuja política assenta em dois pilares³³⁶.

O Pilar 1 tem como objetivo assegurar uma distribuição equitativa dos lucros e dos direitos de tributação entre os vários países no que concerne aos grandes grupos multinacionais; por outro lado, o Pilar 2 visa combater a concorrência fiscal entre os vários Estados, também denominado por “*race to the bottom*”, no que concerne aos

³³² Ficha Financeira Legislativa, ponto 2.3., publicada em anexo à proposta ATAD III, cit., p. 49.

³³³ Relativo aos inquéritos efetuados pela Organização Europeia de Luta Antifraude (OLAF).

³³⁴ Relativo às inspeções e verificações no local efetuadas pela Comissão para proteger os interesses financeiros das Comunidades Europeias contra a fraude e outras irregularidades.

³³⁵ Cfr. exposição de motivos da ATAD III, cit., p. 2.

³³⁶ Para uma compreensão aprofundada do tema em questão vide OECD/G20, *Statement on a Two-Pillar Solution to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalization of the Economy*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, 2021.

impostos sobre os rendimentos das grandes sociedades através da introdução de um imposto mínimo global sobre as sociedades³³⁷.

Destarte, e no seguimento do BEPS 2.0. da OCDE e do G20, com o qual os Estados-Membros se comprometeram, foi aprovada a Diretiva 2022/2523/UE do Conselho, de 14 de dezembro de 2022 (também denominada por Diretiva), que impõe uma tributação mínima de 15% em sede de imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas, em cada uma das jurisdições em que os grupos operam, independentemente de uma tributação efetiva mínima inferior em determinada jurisdição em que o grupo multinacional tenha presença³³⁸⁻³³⁹.

O âmbito subjetivo da Diretiva abrange os grandes grupos empresariais³⁴⁰, quer se trate de grupos nacionais ou multinacionais, desde que tenham um volume de negócios de pelo menos 750 milhões de euros em dois dos últimos quatro períodos fiscais³⁴¹⁻³⁴².

A proposta de Diretiva *Unshell* tem um âmbito de aplicação mais amplo face ao dessa Diretiva, uma vez que a primeira não se encontra restringida por qualquer tipo de limiar estabelecido tendo por base as receitas das empresas.

A proposta ATAD III aplica-se, assim, a qualquer tipo de empresas, sejam elas PME ou empresas multinacionais desde que cumpridos os requisitos de aplicação da mesma.

Ambas as Diretivas acabam por ser coerentes e complementares entre si, uma vez que, apesar de ambas terem sido criadas por motivos de salvaguarda das receitas fiscais dos Estados-Membros da União Europeia, as duas apresentam um âmbito de atuação diferente.

Enquanto o âmbito de atuação da proposta ATAD III incide sobre as entidades de fachada e a falta de substância das mesmas por terem sido criadas com o único objetivo de beneficiar de regimes fiscais que de outra forma não teriam direito; a Diretiva pretende

³³⁷ Cfr. OECD/G20, *Addressing the tax challenges arising from the digitalization of the economy*, Brochure, OCDE Publishing, 2021, cit., p. 3.

³³⁸ Cfr. alínea b), do número 1, do artigo 52.º da Diretiva 2022/2523/UE, de 14 de dezembro de 2022.

³³⁹ Cfr. SILVA, Bruno Aniceto da, “BEPS 2.0.: Os Pilares Um e Dois e a Tributação da Economia Digital”, in CATARINO, João Ricardo/PEREIRA, Paula Rosado, in *Fiscalidade Internacional: Questões Atuais*, Capítulo X, Almedina, 2023, cit., p. 504.

³⁴⁰ Encontram-se excluídas do âmbito de aplicação da Diretiva as entidades públicas, as organizações internacionais, as organizações sem fins lucrativos, os fundos de pensões, os fundos de investimento e veículos de investimento imobiliário e o setor dos transportes marítimos internacionais, cfr. ponto (17) das considerações iniciais, número 2, do artigo 2.º e artigo 17.º da Diretiva.

³⁴¹ Cfr. número 1, do artigo 2.º da Diretiva.

³⁴² O limite mínimo de 750 milhões de euros é idêntico ao estabelecido na Ação 13 do Projeto BEPS (country by country reporting), cfr. OECD/G20, *Transfer Pricing Documentation and Country-by-Country Reporting, Action 13 - 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, 2015.

apaziguar o fenómeno de “*race to the bottom*” implementando uma tributação mínima de 15% em todas as jurisdições da multinacional, independentemente de a mesma se encontrar sujeita a uma taxa efetiva mais baixa.

Assim, ambas as Diretivas se apresentam como cruciais no contexto atual do direito fiscal internacional, face aos desafios atuais com que o mesmo se depara, sendo de importância extrema salvaguardar os regimes fiscais dos vários Estados-Membros e as suas justas pretensões fiscais.

5. Desafios e controvérsias da proposta de Diretiva *Unshell*

Tal como demonstrado ao longo da presente dissertação a proposta de Diretiva *Unshell* consagra-se como uma medida legislativa crucial no combate à utilização abusiva de entidades de fachada para fins fiscais.

Sendo que, seria impossível consagrar um quadro comum e eficaz se estas matérias ficassem a cargo dos vários Estados-Membros e dos seus ordenamentos jurídicos, uma vez que tal, como referido nas propostas das anteriores ATAD’s, apenas iria agravar a fragmentação de medidas já existentes através das ações descoordenadas dos vários Estados-Membros e levaria a um terreno mais fértil ao planeamento fiscal agressivo³⁴³.

Todavia, apesar da necessidade de um regime de combate à utilização abusiva de entidades de fachada para fins fiscais, a formulação/consagração do mesmo não se encontra desprovida de críticas.

Antes de nos debruçarmos sobre este tema, uma nota prévia introdutória.

Ao longo da presente dissertação e da análise do regime da proposta de Diretiva em estudo fomos tecendo várias críticas relativamente ao regime da mesma, que não iremos reproduzir de forma tão detalhada no presente capítulo, pois dogmaticamente a sua inserção nesses subcapítulos é a mais adequada.

Assim, neste presente capítulo iremos debruçarmo-nos sobre outras questões, igualmente importantes e iremos chamar à colação certas críticas anteriormente realizadas pela importância das mesmas.

No entanto, ressaltamos que o presente capítulo não pretende ser uma análise minuciosa do regime da Diretiva, uma vez que essa análise já foi feita.

³⁴³ Uma vez que, seria um terreno próspero a ser utilizado pelos sujeitos passivos “agressivos” de forma a beneficiarem das várias lacunas e da inexistência deste tipo de normas nesses ordenamentos jurídicos.

Em primeiro lugar, consideramos que deveria existir na proposta de Diretiva *Unshell* uma definição do que se entende por “entidades de fachada”, ainda que consigamos perceber que o objetivo da proposta de Diretiva é ter um âmbito de aplicação mais alargado, uma vez que se aplica a todas as empresas consideradas residentes fiscais e elegíveis para receber um certificado de residência fiscal num Estado-Membro.

No entanto, a dúvida persiste do que pode ser considerada uma entidade de fachada, pois apenas depois da aplicação do regime da proposta de Diretiva, dos seus *gateways* e dos indicadores de substância, é que conseguimos, verdadeiramente, aferir se determinada entidade é de fachada e se a mesma é utilizada de forma abusiva com finalidades fiscais (pois relembramos que nem todas as entidades de fachada são criadas com um objetivo abusivo de aferirem de determinada vantagem fiscal³⁴⁴).

Em segundo lugar, ainda na linha de raciocínio do parágrafo anterior, a proposta de Diretiva apresenta várias falhas, uma vez que na análise do regime da proposta de Diretiva *Unshell*, a proposta em si em certos pontos é vaga não fornecendo linhas orientadoras nem explicações detalhadas do que se deve entender do regime em si.

Basta relembrar a este respeito os indicadores de substância mínima, nomeadamente, “a empresa subcontratou a gestão das operações quotidianas e a tomada de decisões sobre funções significativas” e “instalações próprias”.

Relativamente a ambas, a proposta ATAD III, no seu preâmbulo ou nas considerações iniciais da mesma, não confere quaisquer tipo de diretrizes ou de exemplos que visem estas situações em concreto, sendo que seria uma mais-valia a consagração de possíveis explicações.

No que concerne à subcontratação da gestão das operações quotidianas o preâmbulo da proposta de Diretiva apenas refere que a subcontratação de determinados serviços auxiliares não é motivo suficiente para que determinada empresa preencha este indicador de substância, no entanto, não podemos deixar de considerar esta explicitação como vaga, não conferindo diretrizes de aplicação do regime em causa³⁴⁵.

Ademais, o Comité Económico Social e Europeu (CESE), propõe que a Comissão a este respeito do teste de substância emita orientações adequadas, no que concerne ao

³⁴⁴ Vide a este respeito os exemplos dados no subcapítulo 3.1. das Considerações Iniciais da proposta de Diretiva *Unshell*.

³⁴⁵ Cfr. (5) do preâmbulo da ATAD III.

significado de termos específicos como “residência”, “administrador residente” e “instalações”³⁴⁶.

Em terceiro lugar, ainda no que concerne aos indicadores de substância mínima, a exigência que o regime faz relativamente à “residência” não tem em consideração a realidade económica atual, nomeadamente o trabalho remoto, ou teletrabalho, que ainda que se compreenda que não se aplique ao administrador da empresa, não parece ser incompatível com o *staff* da mesma tendo em consideração as atividades a desempenhar pelos mesmos que envolvem “rendimentos relevantes”, que são na sua natureza rendimentos de origem essencialmente passiva.

Em quarto lugar, o CESE “exorta” a Comissão a ter em consideração os novos modelos de negócio digitais, referindo que o mesmo possui reservas quanto ao facto de os requisitos de substância não reconhecerem a vertente digital e de apenas salientarem a importância dos ativos tangíveis³⁴⁷.

Em quinto lugar, na nossa opinião o teste de substância apresenta-se extremamente extenso e complexo, nomeadamente no que concerne aos *gateways* e aos indicadores de substância mínima.

Existem autores que relativamente a este ponto consideram que a proposta de Diretiva *Unshell* é desnecessariamente complexa e que teria sido melhor se a mesma estivesse estruturada de forma mais simples, com um sistema de indicadores de substância unificado (ou seja, os ditos *gateways*, artigo 6.º da proposta e os indicadores de substância, artigo 7.º) com obrigações de reporte para as empresas que, em conformidade, fossem consideradas desprovidas de substância económica³⁴⁸⁻³⁴⁹.

Este sistema unificado, na nossa opinião, e concordando com os autores, seria a melhor opção, uma vez que a sua aplicação seria muito mais simplificada e não colocaria em causa a eficácia do sistema.

Em sexto lugar, o regime da proposta de Diretiva implementa exigentes obrigações declarativas a empresas que cumpram com os requisitos da mesma, que a nosso entender devem ter como limite o princípio da proporcionalidade³⁵⁰.

³⁴⁶ Cfr. Comité Económico e Social Europeu, *Parecer sobre a Proposta de diretiva do Conselho que estabelece regras para prevenir a utilização abusiva de entidades de fachada para fins fiscais e que altera a Diretiva 2011/16/EU*, COM(2021) 565 – 2021/0434 (CNS), 2022/C 290/08, Jornal Oficial da União Europeia, 2022, cit. ponto 5.3.

³⁴⁷ *Idem*, cit., ponto 41.

³⁴⁸ PISTONE, Pasquale/NOGUEIRA, João F. P./TURINA, Alessandro/LAZAROV, Ivan, “Abuse, Shell Entities...”, cit., p. 203.

³⁴⁹ Tradução nossa.

³⁵⁰ Cfr. CARLOS, Maria Amélia Barradas, “As Holdings e a Proposta ATAD 3...”, cit., p. 252.

Em oitavo lugar, na proposta ATAD III, existe uma falta de detalhe do que possa ser considerado como “acionista da empresa”, estando nas mãos das várias administrações tributárias dos vários Estados-Membros, interpretar este conceito; sendo que pode levar a regimes extremamente discrepantes e a situações contrárias aos objetivos prosseguidos pela proposta de Diretiva³⁵¹.

Em nono lugar, a sanção de pelo menos 5% do volume de negócios da empresa, prevista no artigo 14.º da proposta ATAD III apresenta-se como desproporcional se for aplicada a ambos os casos: (i) de falta de comunicação de certas informações e (ii) de prestação de declarações falsas³⁵².

Por fim, o CESE destaca a importância do papel dos “facilitadores profissionais”, que têm como atividade a omissão dos beneficiários efetivos através de várias cadeias de empresas de fachada, geridas por estes profissionais³⁵³.

O CESE destaca, assim, a ausência dos mesmos na presente proposta de Diretiva, recomendando a este respeito a definição de regras que regulem a atividade dos “facilitadores profissionais” em ato legislativo distinto³⁵⁴.

A título final cumpre referir o relatório do ECOFIN (Economic and Financial Affairs Council of the European Union) de 30 de novembro de 2023, que reuniu as conclusões de diferentes reuniões dos Estados-Membros acerca da fiscalidade na U.E. e cuja conclusão foi a de que a proposta de Diretiva *Unshell* possui aspetos técnicos que têm de ser clarificados e aperfeiçoados.

Durante a Presidência Checa, Sueca e Espanhola foram abordados vários aspetos acerca do regime da proposta de Diretiva *Unshell*, nomeadamente, a identificação de entidades sem substância mínima e os critérios de substância mínima, o âmbito de aplicação da ATAD III, o certificado de residência fiscal, as consequências fiscais da

³⁵¹ Vide MACEDO, João Coelho Lima de – *As consequências fiscais (...)*, cit., p. 36, sobre as dificuldades que podem surgir desta indefinição que refere o seguinte exemplo: “*um acionista, com uma participação direta ou indireta, será imputado (e tributado) na sua quota-parte dos rendimentos da shell. Poderá dar-se a situação de tal acionista ser residente num EM e possuir uma única ação num grande grupo empresarial localizado fora do território europeu. Havendo uma entidade e estrutura do grupo que seja residente num EM e não tenha substância, a consequência poderá ser a tributação do acionista da empresa conforme a previsão da proposta*”.

³⁵² Vide sobre este tema o subcapítulo 3.3.5..

³⁵³ Cfr. Comité Económico e Social Europeu, *Parecer sobre a Proposta de diretiva do Conselho (...)*, cit. ponto 4.14 e 5.6.

³⁵⁴ *Idem*.

mesma, as possíveis ligações com as legislações nacionais antiabuso, as entidades excluídas, a ilisão da presunção e a redução dos encargos administrativos³⁵⁵.

Sendo de destacar a particularidade de que na Presidência Espanhola foi sugerida uma abordagem em duas fases, devido às várias divergências que impediram que se chegasse a um acordo.

Numa primeira fase, a Diretiva incluiria uma troca automática de informações com base num número de características previamente acordadas, que teria lugar juntamente com a aplicação das consequências fiscais nacionais, sempre que se considerasse adequado³⁵⁶.

Numa segunda fase, proceder-se-ia ao intercâmbio das melhores práticas sobre a utilização dessas informações de forma a aplicar as consequências fiscais entre os Estados-Membros³⁵⁷.

Destarte, o ECOFIN condensou no relatório de 30 de novembro de 2023 vários elementos que ainda são controversos e que não geram consenso entre os vários Estados-Membros.

Elementos esses que se reconduzem às várias críticas que fomos formulando ao longo da análise do regime da proposta ATAD III e neste presente capítulo.

Parece, portanto, que enquanto aspetos cruciais da proposta de Diretiva *Unshell* não forem alterados, a mesma não entrará em vigor (de relembrar que de acordo com o disposto na proposta a ATAD III deveria ser transporta para os vários ordenamentos jurídicos dos vários Estados-Membros até 1 de janeiro de 2024)³⁵⁸.

Sendo de destacar que a proposta de Diretiva *Unshell* apesar de ser uma proposta cujo regime é crucial para a manutenção e bom funcionamento do mercado interno, ainda tem, por outro lado, vários aspetos que precisam de ser aperfeiçoados.

³⁵⁵ Cfr. Council of the European Union, *Draft Ecofin report to the European Council on tax issues – Approval*, ECOFIN 1294, 16100/23, Brussels, 2023, cit., p. 6.

³⁵⁶ *Idem*.

³⁵⁷ *Idem*.

³⁵⁸ Cfr. disposto no número 1 do artigo 18.º da proposta ATAD III.

CONCLUSÃO

A globalização da economia e o crescente desenvolvimento económico aliado ao fenómeno de desmaterialização de várias atividades económicas, materializado no fenómeno denominado de “capitalismo dos intangíveis”, tem contribuído para a erosão das bases tributárias dos vários Estados-Membros (frustrando as suas pretensões fiscais). Tendo, igualmente, contribuído para uma concorrência desleal entre Estados e tem propiciado novas e mais complexas formas de planeamento fiscal agressivo e práticas de elisão e evasão fiscal.

Sendo de realçar que este contexto, apenas, contribuiu para uma maior fragmentação do mercado único europeu.

De forma a fazer face a estes novos desafios, e, em específico, à grande problemática do planeamento fiscal agressivo e práticas de elisão e evasão fiscal, a União Europeia tem tomado várias iniciativas, nomeadamente, a Recomendação da Comissão de 2012, as Diretivas antiabuso I e II e a publicação desde 2017 de uma lista de jurisdições não cooperantes.

Todavia, apesar de os esforços, traduzidos em grandes e importantes contributos, as medidas implementadas pela União Europeia, não visam em concreto o uso abusivo das entidades de fachada para fins fiscais.

As entidades de fachada, ou seja, as entidades desprovidas de indícios mínimos de substância económica, são entidades que são interpostas em determinadas jurisdições, aferindo, assim, vantagens que de outro modo o beneficiário efetivo dos rendimentos, em causa, não teria direito.

Existia, assim, uma grande necessidade de um regime que prevenisse o uso abusivo de entidades de fachada para fins fiscais, uma vez que esta problemática era resolvida por meio do uso da CGAA ou, então, por meio do TJUE, cujo papel é fundamental em áreas em que não existe harmonização, lembre-se a este respeito os casos, supra mencionados, com posição de destaque para o Ac. *Danish Cases*.

Destarte, a Comissão Europeia, aquando da comunicação “Uma Tributação das Empresas para o século XXI”, anuncia a proposta de Diretiva *Unshell*, consagrando-se esta iniciativa, como sendo uma política a curto prazo por parte da Comissão Europeia. Tal como aconteceu com as outras ATAD’s existia a necessidade de harmonizar as políticas dos vários Estados-Membros no que concerne ao combate ao planeamento fiscal agressivo e às práticas de elisão e evasão fiscais, pelo que esta proposta de Diretiva não

foi diferente, uma vez que a intervenção em áreas tão importantes, como, *in casu*, o combate à interposição de entidades de fachada para obtenção de vantagens fiscais tem de ser realizada através de uma política única para todos os Estados.

É consabido, que nestas matérias existe a necessidade de uma política harmonizada e uniforme de forma a evitar regimes dispares, ou seja, regimes com regras antiabuso muito “apertadas” e regimes com regras antiabuso muito “permissivas” ou, no limite, uma total inexistência de regras antiabuso.

Um contexto, como o descrito, apenas iria proporcionar uma concorrência desleal entre Estados, uma vez que Estados desprovidos de regras antiabuso são muito mais apelativos para as multinacionais, do que aqueles que contém regras antiabuso.

Tal ideia não se coaduna com a existência de um mercado único europeu nem com a própria existência da comunidade europeia e das suas liberdades, pelo que era imprescindível a criação de um regime que visasse as entidades de fachada, de forma a proteger estes grandes pilares europeus.

A proposta ATAD III, é uma proposta com uma natureza dual, uma vez que para além de estabelecer um novo regime jurídico que visa a prevenção da utilização abusiva das entidades de fachada para fins fiscais, a proposta, também altera a DAC, complementando, assim, o regime substantivo com uma obrigatoriedade de troca de informações nesta matéria.

O quadro normativo desta proposta de Diretiva visa implementar um teste de substância que deve ser aplicado a todas as empresas consideradas residentes fiscais e elegíveis para receber um certificado de residência fiscal num Estado-Membro.

A proposta de Diretiva *Unshell*, possui, assim, um âmbito de aplicação muito alargado, ainda que na prática esse âmbito de aplicação acabe por ser restringindo pela condição de a mesma apenas se aplicar a rendimentos de natureza, essencialmente, passiva, por serem os rendimentos que normalmente estão em causa aquando da interposição destas entidades desprovidas de substância económica.

No que concerne ao “teste de substância”, tal como desenvolvido no subcapítulo 3.3.2. da presente dissertação, no nosso entender, e contrariamente ao defendido nas considerações iniciais da proposta ATAD III, é apenas composto por cinco fases, em vez das sete fases previstas, pois consideramos que as duas últimas fases do teste de substância são apenas consequências de certas entidades serem consideradas como desprovidas de substância mínima.

Consideramos que o teste de substância se encontra bem estruturado, na medida em que as entidades consideradas de “risco” por preencherem os requisitos dos *gateways* devem comunicar se possuem os indicadores de substância mínima para efeitos fiscais, e consoante a falta de um indicador, essa mesma empresa é considerada como desprovida de substância económica (com as consequências daí decorrentes), presunção essa que, todavia, pode ser ilidida.

Contudo, ainda que consideremos que o teste de substância se encontra bem estruturado, o mesmo apresenta-se como sendo desnecessariamente complexo, uma vez que se poderia agrupar os *gateways* juntamente com os indicadores de substância mínima, salvaguardando as empresas que não estão obrigadas, pela sua natureza, à obrigação de comunicação de informações.

A presente proposta de Diretiva *Unshell*, pela sua natureza dual, não poderia deixar de ser analisada em conjunto com a DAC, uma vez que se propõe a alterar a mesma.

Daí o destaque que se tenha dado à DAC no subcapítulo 3.2., pois compreendendo a importância e a forma de atuação da mesma seria mais fácil entender a necessidade de uma atualização que inclua a temática das entidades de fachada e a subsequente articulação do regime da ATAD III com a nova atualização da DAC.

A DAC tem um papel extremamente importante na complementaridade do novo regime substantivo introduzido pela proposta ATAD III, uma vez que vem prever a obrigatoriedade da troca automática de informações sempre que: (i) o Estado em causa receba informações de que determinada empresa apresenta um risco de falta de substância mínima para efeitos fiscais; (ii) determinada empresa ilidiu a presunção de ser considerada uma entidade de fachada e (iii) de uma auditoria, ao abrigo do direito nacional de determinado Estado-Membro se conclua que determinada empresa não cumpre com os indicadores de substância mínima.

O regime, proposto, é essencial na prevenção à utilização abusiva de entidades de fachada para fins fiscais, com a salvaguarda das situações em que essas entidades são de facto usadas genuinamente e de forma legítima, sem intenção de beneficiar de determinada vantagem fiscal que de outro modo não teria direito.

Cumprе salientar que este regime da proposta ATAD III é coerente com outras políticas da União Europeia, tal como pudemos analisar no capítulo 4, não só na mesma política setorial, como noutras políticas levadas a cabo na União.

Sendo que a proposta também é coerente com a jurisprudência do TJUE no que diz respeito às entidades de fachada (que tal como referido ao longo da presente dissertação é uma realidade que na ausência deste regime normativo é analisada à luz de cláusulas gerais antiabuso ou através da jurisprudência do TJUE sob a denominação de “entidades puramente artificiais” ou “desprovidas de realidade económica”).

Ao longo da análise da dissertação conseguimos compreender a necessidade de um regime como o que se encontra proposto e todas as suas “micro” e “macro” implicações, quer pela análise do regime proposto e das várias críticas que tecemos ao mesmo, como pelo enaltecer da necessidade de tal regime, pela inexistência de legislação europeia nesta matéria.

Sem, igualmente, esquecer, a coerência deste regime com outras políticas levadas a cabo não só pela União Europeia e pela jurisprudência do seu prestigioso Tribunal de Justiça (relembrando, a este respeito, a comparação que efetuámos das considerações tecidas pelo TJUE no Ac. *Danish Cases* e o próprio regime da proposta de Diretiva ATAD III).

Apesar da necessidade de um regime que incida sobre a problemática do uso abusivo de entidades de fachada para fins fiscais, tal como evidenciado ao longo da análise do regime da proposta de Diretiva *Unshell* e no capítulo 5 da presente dissertação, apesar de os esforços levados a cabo pela Comissão Europeia, ainda cumpre aperfeiçoar o regime da proposta ATAD III, antes que o mesmo entre em vigor e, conseqüentemente, possa ser transposto para os ordenamentos jurídicos dos vários Estados-Membros.

A nosso ver, seria uma grande valia, a concretização de certos conceitos, tal como referido no subcapítulo 3 e capítulo 5, uma vez que a proposta consegue ser vaga em muitos pontos, podendo a interpretação dos mesmos levar a uma aplicação descoordenada pelos vários Estados-Membros do regime proposto.

A título de nota final, apesar de todas as críticas que possam ser feitas à presente proposta de Diretiva, a mesma é indispensável ao bom funcionamento do mercado único europeu, uma vez que a interposição de empresas de fachada para fins fiscais vem ludibriar as legítimas pretensões fiscais dos vários Estados-membros, pelo que aguardaremos pelas necessárias futuras alterações, que esperamos que incidam sobre os pontos “sensíveis” que abordámos ao longo da presente dissertação.

BIBLIOGRAFIA

A

ÁGUAS/Inês Maria Vieira – *O Acórdão Cadbury Schweppes: Liberdade de Estabelecimento vs Implicações Fiscais – Double Standards*, Dissertação de Mestrado, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 2016, disponível em:

<https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/21996/3/TESE%20FINAL%20-%20pdf.pdf>

AZEVEDO, Patrícia Anjos – “Breves notas sobre o planeamento fiscal, as suas fronteiras e as medidas antiabuso”, in *A Fiscalidade como Instrumento de Recuperação Económica*, in MONTEIRO Sónia/COSTA Suzana/PEREIRA Liliana, (Coordenação), Vida Económica, 2011

– *A tributação do rendimento na residência e na fonte – Fatores de conexão à luz do Direito Fiscal europeu e internacional e dos princípios fundamentais de Direito Fiscal*, Novas Edições Académicas, 2020

B

BARREDA, Pablo A. Hernández González, “Holding Companies and Leveraged Buy-Outs in the European Union Following BEPS: Beneficial Ownership, Abuse of Law and the Single Taxation Principle (Danish ECJ Cases C-115/16, 116/16, 117/16, 118/16, 119/16 and 299/16)”, in *European Taxation*, Issue 9, 2019, disponível em:

https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4762548

C

CALDAS, Marta – *O Conceito de Planeamento Fiscal Agressivo: Novos Limites ao Planeamento Fiscal?*, Cadernos IDEFF, n.º 18, Almedina, 2015

Comité Económico e Social Europeu, *Parecer sobre a Proposta de diretiva do Conselho que estabelece regras para prevenir a utilização abusiva de entidades de fachada para fins fiscais e que altera a Diretiva 2011/16/EU*, COM(2021) 565 – 2021/0434 (CNS), 2022/C 290/08, Jornal Oficial da União Europeia, 2022, disponível em:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021AE6494>

CATARINO, João Ricardo/PEREIRA, Paula Rosado – *Fiscalidade Internacional: Questões Atuais*, Almedina, 2023

– “Gestão e Planeamento Fiscal Internacional”, in CATARINO, João Ricardo/PEREIRA, Paula Rosado, in *Fiscalidade Internacional: Questões Atuais*, Capítulo I, Almedina, 2023

CARLOS, Maria Amélia Barradas – “As Holdings e a Proposta ATAD 3 (ou Diretiva Unshell): Um regime específico para prevenir a utilização abusiva de entidades de fachada para fins fiscais”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 83, Vol. I/II, Jan./jun., 2023

– “As Holdings e os dividendos à saída à luz do Direito Europeu”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 82, Vol. III/IV, jul./dez., 2022

Council of the European Union, *Draft Ecofin report to the European Council on tax issues – Approval*, ECOFIN 1294, 16100/23, Brussels, 2023, disponível em:

<https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-16100-2023-INIT/en/pdf>

COURINHA, Gustavo Lopes – *A Cláusula Geral Anti-Abuso no Direito Tributário, Contributos para a sua Compreensão*, Almedina, 2004

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

– “As Diretivas Europeias Anti-abuso”, in CATARINO, João Ricardo/PEREIRA, Paula Rosado, in *Fiscalidade Internacional: Questões Atuais*, Capítulo VIII, Almedina, 2023

– “BEPS e o Sistema Fiscal Português: Uma Primeira Incursão”, in *Estudos de Direito Internacional Fiscal*, Reimpressão, Almedina, 2019

D

D'ALBUQUERQUE, Maria Rebelo Afonso, *A Diretiva Antielisão Fiscal: do Regime Anti-Híbridos em Especial*, Série Monografias, CIDEEEF, n.º1/2022, 2022

DOURADO, Ana Paula – “Aggressive Tax Planning in EU Law and in the Light of BEPS: The EC Recommendation on Aggressive Tax Planning and BEPS Actions 2 and 6”, in *Intertax*, volume 43, issue 1, 2015

– “A Single Principle of Abuse in European Union Law: A Methodological Approach to Rejecting a Different Concept of Abuse in Personal Taxation”, in FERIA/Rita de la, VOGENAUER/Stefan, *Prohibition of Abuse of Law – A New General Principle of EU Law?*, Oxford and Portland, Oregon, CIDEEFF, 2011

– *Direito Fiscal*, Almedina, 2016

– *Governança Fiscal Global*, 2.^a Edição, Almedina, 2018

– *O princípio da legalidade fiscal: Tipicidade, conceitos jurídicos indeterminados e margem de livre apreciação*, Almedina, 2014

– “The EU Anti-Tax Avoidance Package: Moving Ahead of BEPS”, in *Intertax*, Volume 44, Issue 6 & 7, 2016

– “The Meaning of Aggressive Tax Planning and Avoidance in the European Union and the OECD: An Example of Legal Pluralism in International Tax Law”, in *International Tax Law: New Challenges to and from Constitutional and Legal Pluralism*, Editor Joachim Englisch, IBFD, 2016

– “The Interest Limitation Rule in the Anti-Tax Avoidance Directive (ATAD) and the Net Taxation Principle”, *EC Tax Review*, n.º 3, 2017

– “Third States and External Tax Relations”, in TERRA, Ben/WATTEL, Peter, *European Tax Law – Volume 1: General Concepts and Direct Taxation*, 7th Edition, Wolters Kluwer, 2018

E

European Commission – *Commission Recommendation of 6 December 2012 on Aggressive Tax Planning*, Official Journal of the European Union, (2012/772/EU), 2012, disponível em:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32012H0772>

– Communication from the Commission to the European Parliament and the Council: *A Fair and Efficient Corporate Tax System in the European Union: 5 Key Areas for Action*, Official Journal of the European Union, (COM/2015/0302 final), 2015, disponível em:

https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:5e1fd1b0-15b7-11e5-a342-01aa75ed71a1.0003.01/DOC_1&format=PDF

– Communication from the Commission to the European Parliament and the Council: *Business Taxation for the 21st Century*, Official Journal of the European Union, COM (2021) 251 final, 2021, disponível em:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021DC0251>

F

FERREIRA, Rogério M. F./PINTO, Cláudia Saavedra – *Contributos para uma reflexão sobre o fenómeno de Evasão Fiscal e Meios Anti-Evasivos*, IIPF, 2010, disponível em:

https://rfflawyers.com/xms/files/archive-2022-03/KNOW_HOW/Publicacoes/2012/IIPF_Congress2010.pdf

G

GAMA, J. Taborda – “Acto elisivo, acto lesivo. Notas sobre a admissibilidade de combate à elisão fiscal no ordenamento jurídico português”, *Revista da Universidade de Direito da Universidade de Lisboa*, XL, n.º 1 e 2, 1999

GOMES, Nuno Sá – *A criminalização das infrações tributárias*, Ciência e Técnica Fiscal

K

KRISTO, Ivana Kiendl/THIRION, Elodie, *An overview of shell companies in the European Union*, European Parliamentary Research Service, 2018, disponível em:

https://www.europarl.europa.eu/cmsdata/155724/EPRS_STUD_627129_Shell%20companies%20in%20the%20EU.pdf

L

LANG, Michael –“The Marks & Spencer Case – The Open Issues Following the ECJ’s Final Word”, in *European Taxation*, Volume 46, n.º 2, IBFD, 2006

LOBO, Carlos Batista/PALMA, Clotilde Celorico Palma – *Nós e os Impostos II – Um Contributo para o Futuro dos Impostos*, Almedina, 2023

M

MACEDO, João Coelho Lima de – *As consequências fiscais da proposta de diretiva Unshell*, Dissertação de Mestrado, Universidade Católica Portuguesa do Porto, 2023, disponível em:

<https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/41913/1/203332385.pdf>

MACHADO, Jónatas, E., M./COSTA, Paulo Nogueira da – *Curso de Direito Tributário*, Coimbra Editora, 2009

– *Manual de Direito Fiscal – perspectiva multinível*, 2.ª edição, Almedina, 2018

MARTINEZ, Antonio, Lopo – “Presunções e ficções contábeis no Direito Tributário”, in *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, Ano 31, n.º 158, III TRIM, ABDT, 2023, disponível em: <https://rtrib.abdt.org.br/index.php/rftp/article/view/681/345>

N

NABAIS, Casalta – *Por um Estado Fiscal Suportável, Estudos de Direito Fiscal, vol. II*, Almedina, 2008

NOGUEIRA, João Félix Pinto – “Justificaciones y proporcionalidad. Los dos últimos tramos en la jurisprudencia del TJUE en materia de compatibilidad de normas tributarias internas sobre fiscalidad directa con las libertades fundamentales”, in JIMÉNEZ, Adolfo Martín/GONZÁLEZ, Francisco M. Carrasco, in *Impuestos directos y libertades del TJUE: cuestiones fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la EU, Cap. VI, 2016*, disponible en:

https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3644445

NOVOA, César Garcia – *Relatoria General, in Tema I: La Elusión Fiscal y los medios para evitarla*, Memorias, XXIV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario, Venezuela, 2008, disponible en: https://rfflawyers.com/xms/files/archive-2022-03/KNOW_HOW/Publicacoes/2012/Memorias_AEvasaoFiscal.pdf

O

OECD – *Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, 2017, disponible en: <https://www.oecd.org/ctp/treaties/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-condensed-version-20745419.htm>

OECD/G20 – *Addressing the tax challenges arising from the digitalization of the economy*, Brochure, OECD Publishing, 2021, disponible en:

<https://www.oecd.org/tax/beps/brochure-addressing-the-tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy-july-2021.pdf>

– *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3 - 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, 2015, disponible en: <https://www.oecd.org/ctp/designing-effective-controlled-foreign-company-rules-action-3-2015-final-report-9789264241152-en.htm>

– *Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 - 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, 2015, disponível em: <https://www.oecd.org/ctp/limiting-base-erosion-involving-interest-deductions-and-other-financial-payments-action-4-2015-final-report-9789264241176-en.htm>

– *Mandatory Disclosure Rules, Action 12 – 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, Paris, 2015, disponível em: https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/mandatory-disclosure-rules-action-12-2015-final-report_9789264241442-en#page4

– *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, 2015 disponível em: <https://www.oecd.org/ctp/neutralising-the-effects-of-hybrid-mismatch-arrangements-action-2-2015-final-report-9789264241138-en.htm>

– *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, Action 6 - 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, 2015, disponível em: <https://www.oecd.org/tax/preventing-the-granting-of-treaty-benefits-in-inappropriate-circumstances-action-6-2015-final-report-9789264241695-en.htm>

– *Statement on a Two-Pillar Solution to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalization of the Economy*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, 2021, 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.pdf>

– *Transfer Pricing Documentation and Country-by-Country Reporting, Action 13 - 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, 2015, disponível em:

https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/transfer-pricing-documentation-and-country-by-country-reporting-action-13-2015-final-report_9789264241480-en#page1

OLIVEIRA, António Fernandes de – *A legitimidade do planeamento fiscal: as cláusulas gerais anti-abuso e os conflitos de interesse*, Coimbra Editora, 2009

OWENS, Jeffrey – *Abusive Tax Shelters: Weapons of Tax Destruction*, Tax Notes International, 2005

P

PEREIRA, Manuel Henrique de Freitas – *Fiscalidade*, 5.^a ed., Almedina, 2014

PEREIRA, Paula Rosado – *Convenções sobre Dupla Tributação e Direito Comunitário Tributário*, Dissertação de Doutoramento, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2009

– *Convenções sobre Dupla Tributação no Atual Direito Fiscal Internacional*, 2.^a ed., Almedina, Coimbra, 2022

– *Fiscalidade Internacional: Questões Atuais*, Almedina, 2023

– *Princípios do Direito Fiscal Internacional – Do Paradigma Clássico ao Direito Fiscal Europeu*, Dissertação de Doutoramento, Almedina, 2010

– “O futuro da fiscalidade internacional – Algumas reflexões”, in LOBO, Carlos Batista/PALMA, Clotilde Celorico Palma, *Nós e os Impostos II – Um Contributo para o Futuro dos Impostos*, Almedina, 2023

PIRES, Bernardo Ferreira, *O Problema das Assimetrias Híbridas*, Dissertação de Mestrado, Universidade de Coimbra, 2022, disponível em: <https://estudogeral.uc.pt/bitstream/10316/105910/1/A%20Dupla%20Não-Tributação%20-%20O%20Problema%20das%20Assimetrias%20Híbridas.pdf>

PIRES, Manuel – *Direito Fiscal, Apontamentos*, Almedina, 2008

PIRES, Rita Calçada – *Manual de Direito Internacional Fiscal*, Almedina, 2018

PISTONE, Pasquale/NOGUEIRA, João F. P./TURINA, Alessandro/LAZAROV, Ivan –

“Abuse, Shell Entities and Right of Establishment: A Plea for Refocusing Current Proposals and Achieving Deeper Coordination within the Internal Market”, in *World Tax Journal*, IBFD, 2022, disponível em: https://www.ibfd.org/sites/default/files/2023-04/free_article_april_2023_abuse_shell_entities_and_right_of_establishment_ibfd.pdf

– “Abuse through the use of shell companies and arrangements for tax purposes in the EU Feedback to the EU consultation”, in *4 Intl. Tax Stud.* 7, IBFD, 2021, disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3984981

R

REI, Tânia Beatriz Freitas, *A Lista de Jurisdições não Cooperantes e a Proposta de Medidas de Reação: Problemas de Compatibilidade com o Direito da OMC*, Dissertação de Mestrado em Direito, UCP, 2021, disponível em: <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/36762/1/202836924.pdf>

RIBEIRO, João Sérgio – *Direito Fiscal da União Europeia – Tributação Direta*, 2.^a edição, Almedina, 2021

ROCHA, Joaquim Freitas da – *Introdução ao Planeamento Fiscal (Teoria Jurídica)*, Almedina, 2023

S

SANCHES, J. L. Saldanha – *Os Limites do Planeamento Fiscal, Substância e Forma no Direito fiscal português, comunitário e internacional*, Coimbra Editora, 2006

SANTOS, A. Carlos dos – “Planeamento fiscal, evasão fiscal, elisão fiscal: o fiscalista no seu labirinto”, *Revista de Direito e Gestão Fiscal*, Edição do Instituto Superior de Gestão, n.º 38, 2009

SENDETSKA, Olga – “ECJ Case Law on Corporate Exit Taxation: From National Grid Indus to DMC: What Is the Current State of Law?”, in *EC Tax Review*, volume 23, issue 4, pp. 230-237, 2014

SILVA, Bruno Aniceto da – “BEPS 2.0.: Os Pilares Um e Dois e a Tributação da Economia Digital”, in CATARINO, João Ricardo/PEREIRA, Paula Rosado, in *Fiscalidade Internacional: Questões Atuais*, Capítulo X, Almedina, 2023

SILVA, Germano Marques da – *Da Ética, Imposto e Crime ou o Princípio da Moralidade no Direito Penal Tributário*, disponível em: <https://www.afp.pt/Conf3-05.doc>

SILVA, Ricardo Miguel Simões – *Justificações de Medidas Fiscais restritivas das Liberdades da União Europeia – Análise da Jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia em Matéria de Fiscalidade Direta*, Dissertação de Mestrado, Universidade de Coimbra, 2016, disponível em:

<https://estudogeral.uc.pt/bitstream/10316/42464/1/Ricardo%20Silva.pdf>

SIQUEIRA, Marcelo, Rodrigues de – *Presunções Fiscais*, Dissertação de Doutoramento, Universidade de Coimbra, 2022, disponível em:

https://estudogeral.uc.pt/retrieve/272223/As%20presunções%20no%20direito%20tributário_enviada%20para%20FDUC_corrigida.pdf

SMIT, Daniël – “The Anti-Tax-Avoidance Directive (ATAD)”, in TERRA, Ben/WATTEL, Peter, in *European Tax Law, Volume I – General Topics and Direct Taxation*, 7th Editions, Wolters Kluwer, 2019

SOBREIRO, Gabriela Marco – *A proposta de Diretiva Unshell e a sua (des)aplicação às holdings puras*, Dissertação de Mestrado, Universidade Católica Portuguesa do Porto, 2023, disponível em:

<https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/41898/1/203332326.pdf>

T

TABOADA, Carlos Palao – *OECD base erosion and profit shifting Action 6: The general anti-abuse rule*, Bulletin for International Taxation, Volume 69, Issue 10, IBFD, 2015

TERRA, Ben/WATTEL, Peter – *European Tax Law, Volume I – General Topics and Direct Taxation*, 7th Editions, Wolters Kluwer, 2019

TRACANA, Dinis/LOBITA, João Carmona, “A Soberania Fiscal dos Estados face à coordenação fiscal internacional: enquadramento jurídico dos instrumentos da cooperação fiscal internacional”, in CATARINO, João Ricardo/PEREIRA, Paula Rosado, *in Fiscalidade Internacional: Questões Atuais*, Capítulo IV, Almedina, 2023

V

VASCONCELOS, L. Miguel Pestana de – “A oneração de participações sociais por uma SGPS detidas há menos de um ano”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 70, Vol. I/IV, 2010, disponível em: <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista-da-ordem-dos-advogados/ano-2010/ano-70-vol-iiv-2010/doutrina/l-miguel-pestana-de-vasconcelos-a-oneracao-de-participacoes-sociais-por-uma-sgps-detidas-ha-menos-de-um-ano/>

X

XAVIER, Alberto – *Direito Tributário Internacional*, 2.^a edição, Almedina, 2007

– *Direito Tributário Internacional – Tributação das operações internas*, Almedina, 1997

NORMATIVOS LEGAIS

Regulamento (Euroatom, CE) n.º 2185/96 do Conselho, de 11 de novembro de 1996

Diretiva 77/799/CEE do Conselho, de 19 de dezembro de 1977

Regulamento (CE) n.º 1073/1999 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de maio de 1999

Diretiva 2003/49/CE do Conselho, de 3 de junho de 2003

Decreto-Lei n.º 29/2008, de 25 de fevereiro de 2008

Diretiva 2009/110/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de setembro de 2009

Diretiva 2011/16/UE do Conselho, de 15 de fevereiro de 2011

Diretiva 2011/96/UE do Conselho, de 30 de Novembro de 2011

Diretiva 2013/34/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2013

Diretiva 2014/107/UE do Conselho, de 9 de dezembro de 2014

Diretiva 2015/849/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2015

Decreto-Lei n.º 98/2015, de 2 de junho de 2015

Diretiva 2015/2376/UE do Conselho, de 8 de dezembro de 2015

Diretiva 2016/881/UE do Conselho, de 25 de maio de 2016

Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (versão consolidada), de 7 de junho de 2016

Diretiva 2016/1164/UE do Conselho, de 12 de julho de 2016

Diretiva 2017/952/UE do Conselho, de 29 de maio de 2017

Diretiva 2018/822/UE do Conselho, de 25 de maio de 2018

Lei n.º 26/2020, de 21 de julho de 2020

Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo aos mercados de criptoativos e que altera a Diretiva (UE) 2019/1937, COM (2020) 593 final, 2020/0265 (COD), de 24 de setembro de 2020

Diretiva 2021/514/UE do Conselho, de 22 de março de 2021

Proposta de Diretiva do Conselho que estabelece regras para prevenir a utilização abusiva de entidades de fachada para fins fiscais e que altera a Diretiva 2011/16/EU, COM (2021) 565 final, 2021/0434 (CNS), de 22 de dezembro de 2021

Diretiva 2022/2523/UE do Conselho, de 14 de dezembro de 2022

Regulamento (UE) 2023/1114 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de maio de 2023

Diretiva 2023/2226/UE do Conselho, de 17 de outubro de 2023

JURISPRUDÊNCIA DO TJUE

Processo C-250/95, de 15 de maio de 1997, *Futura*, disponível em:

<https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&jur=C,T,F&num=250/95&td=ALL>

Processo C-212/97, de 9 de março de 1999, *Centros*, disponível em:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61997CJ0212>

Processo C-446/03, de 13 de dezembro de 2005, *Marks & Spencer*, disponível em:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX%3A62003CJ0446>

Processo C-341/04, de 2 de maio de 2006, *Eurofood IFSC*, disponível em:

<https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=56604&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2807630>

Processo C-196/04, de 12 de setembro de 2006, *Cadbury Schweppes*, disponível em:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62004CJ0196>

Processo C-290/04, de 3 de outubro de 2006, *Scorpio*, disponível em:

<https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-290/04>

Processo C-371/10, de 29 de novembro de 2011, *National Grid Indus*, disponível em:

https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62010CJ0371_SUM&from=MT

Processo C-164/12, de 23 de janeiro de 2014, *DMC*, disponível em:

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?sessionId=36338A6ADAC6EA0F92E4A02853B2BEF7?text=&docid=146689&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3164467>

Processo C-657/13, de 21 de maio de 2015, *Verder Lab Tec*, disponível em:

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=164355&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3164622>

Processos C-116/16 (T Danmark) e C-117/16 (Y Danmark), de 26 de fevereiro de 2019, *Danish Cases*, disponível em:

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=211047&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2819936>