



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

As consequências fiscais da proposta de diretiva *Unshell*

João Coelho Lima de Macedo

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2023



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

As consequências fiscais da proposta de diretiva *Unshell*

João Coelho Lima de Macedo

Orientador: Professor Doutor João Félix Pinto Nogueira

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2023

Agradecimentos

Ao Professor Doutor João Félix Nogueira, por quem nutro grande admiração, pela exigência, pelo exemplo, e por ter sido mais do que aquilo que a palavra “orientar” exige.

Ao meu pai, pelo exemplo de luta e perseverança, por acreditar em mim mais do que eu mesmo e por todo o amor que nos une.

À minha mãe, pela bondade e compreensão, pela preocupação constante e por todo o amor que nos une.

À minha irmã, pelo amor e apoio infindável.

Aos meus avós, por todo o amor, carinho e valores transmitidos. Em especial, à avó Luz, pela mão amiga nos momentos de maior aflição.

À Margarida, pelo amor e cumplicidade.

À minha família e amigos, pelos laços que nos unem. Em especial, à Catarina, pela amizade, disponibilidade e ajuda constantes. Ao Lopes Pereira, pela partilha do gosto por estas matérias.

RESUMO

A presente tese incide sobre as consequências previstas na proposta da Comissão Europeia para a 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/UE, de 22 de dezembro de 2011.

A proposta situa-se no domínio da luta contra a elisão e evasão fiscais, e tem como finalidade essencial a neutralização das consequências fiscais nocivas associadas ao recurso a entidades que não tenham outro propósito que não o de obter de vantagens fiscais indevidas. Para isso, institui um teste de substância económica centrado na identificação de tais entidades, as quais ficarão sob a alçada da proposta, havendo lugar à aplicação das respetivas consequências.

Começaremos por uma introdução, na qual procedemos a uma contextualização histórica do fenómeno das *shell companies* e elencaremos as motivações que levaram o legislador europeu a redigir a proposta.

Em seguida, faremos uma breve introdução ao regime da proposta, com a referência ao *modus operandi* utilizado para se aferir da substância económica de entidades.

Segue-se uma análise ao regime das consequências previstas pela proposta, onde se centrarão as nossas atenções. Procedemos a um exame crítico autónomo das duas consequências previstas, i) recusa de emissão do certificado de residência fiscal ou emissão condicionada e ii) a desconsideração da personalidade jurídica. Ao longo da análise, identificamos diversos problemas que a aplicação da proposta trará e, à medida que os identificamos, propomos soluções de modo a garantir a efetividade e coerência da proposta com o seu *rationale*.

Palavras-Chave: Planeamento Fiscal; elisão e evasão fiscais; União Europeia; *Unshell*; certificado de residência fiscal; desconsideração da personalidade jurídica; certeza legal; acordos de eliminação de dupla tributação; harmonização legislativa europeia

ABSTRACT

The present dissertation focuses on the European Commission's proposal for a Council Directive laying down rules to prevent the misuse of shell entities for tax purposes and amending Directive 2011/16/EU n.º 2021/0434 (CNS) of 22 December 2021.

The proposal falls within the scope of the fight against tax avoidance and evasion and aims to neutralize the harmful tax consequences of introducing entities created with no other purpose than to obtain tax advantages. It establishes a minimal substance test to identify such entities which will fall within the scope of the proposal and will face the foreseen consequences.

We will start by referring to what paved the way for the *shell companies'* phenomena and what motivated the Commission to draft such a proposal.

Then, we briefly introduce the proposal's regime, referencing the *modus operandi* that allows identifying entities with no substance.

Finally, we will analyze the consequences foreseen by the proposal, where we will focus our attention. We will autonomously examine the two consequences: i) the denial of a tax residence certificate or the issuance of a special one and ii) the disregard of the legal personality. Throughout the analysis, we will identify the main shortcomings of the proposal, and we will propose solutions to ensure the coherence and effectiveness of the proposal with its *rationale*.

Keywords: Tax planning; tax avoidance and evasion; European Union; Unshell; certificate of tax residence; disregard of legal personality; legal certainty; conventions for avoidance of double taxation; European legal harmonization

ÍNDICE

LISTA DE ACRÓNIMOS E ABREVIATURAS.....	9
1. INTRODUÇÃO.....	11
1.1 Contextualização.....	11
1.2 Hipótese de Investigação.....	12
1.3 Objeto.....	12
1.3.1 Delimitação positiva.....	12
1.3.2 Delimitação negativa.....	12
1.4 Metodologia.....	13
1.5 Sequência.....	14
2. O REGIME DA PROPOSTA.....	15
2.1 Critérios de partida e teste de substância económica.....	15
2.2 Possibilidade de ilisão e isenção.....	16
2.3 Consequências fiscais e troca de informações.....	17
3. EFEITOS AO NÍVEL DO CERTIFICADO DE RESIDÊNCIA.....	19
3.1 O regime da proposta no que respeita à residência.....	19
3.2 A diversidade de regimes e a possibilidade de directive shopping.....	21
3.3 Relações com Estados terceiros.....	22
4. A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA.....	26
4.1 O regime da proposta.....	26
4.1.1 Introdução.....	26
4.1.2 Efeitos num cenário europeu.....	27
4.1.3 Efeitos com a interposição de Estados terceiros.....	28
4.1.4 Cenários hipotéticos.....	31
4.2 Identificação de problemas ao nível subjetivo.....	36

4.2.1 A falta de clareza e densificação do conceito de acionista.....	36
4.2.2 Cadeias de participação com mais do que uma shell.....	38
4.3 Identificação de problemas ao nível objetivo.....	41
4.3.1 Rendimentos relevantes e gastos.....	41
4.3.2 A dedução do imposto pago.....	43
4.4 A dupla tributação.....	45
4.4.1 A dedução do imposto pago ao nível da shell: situações internas e situações com Estados terceiros.....	45
4.4.2 Relação do regime em respeito à dedução pelo imposto pago na fonte com as disposições dos acordos de eliminação de dupla tributação.....	46
4.4.3 A possibilidade de não desconsideração da personalidade jurídica (quando perante jurisdição terceira).....	48
5. CONCLUSÕES.....	53
BIBLIOGRAFIA.....	56

LISTA DE ACRÓNIMOS E ABREVIATURAS

§	Parágrafo
Ac.	Acórdão
Art.	Artigo
Arts.	Artigos
AT	Administração Tributária
ATAD	Anti-Tax Avoidance Directive (“Diretiva antielisão fiscal”)
BEPS	Base Erosion and Profit Shifting (“Erosão da Base e Transferência de Lucros”)
CDT	Convenção sobre dupla tributação
CE	Comissão Europeia
Cfr.	Conforme
CIRC	Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas
CM	Convenção Modelo
DI	Direito Internacional
DUE	Direito da União Europeia
EM	Estado-Membro
IRC	Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas
IRD	Interest and Royalties Directive (“Diretiva juros e royalties”)
MLI	Multilateral Instrument (“Instrumento Multilateral”)
n.º	Número
NR	Nota de rodapé
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico

ONU	Organização das Nações Unidas
Pág.	Página
Págs.	Páginas
PPT	Principal Purpose Test (“Teste do objetivo principal”)
PSD	Parent-Subsidiary Directive (“Diretiva sociedades-mães e afiliadas”)
STA	Supremo Tribunal Administrativo
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
UE	União Europeia

1. INTRODUÇÃO

1.1 Contextualização

Ao longo da última década, e no que se refere à fiscalidade direta, a Comissão Europeia (doravante CE) tem centrado os seus esforços na luta contra elisão e evasão fiscais.¹ Hoje, encontramos vários instrumentos – tanto de *hard law* como de *soft law*² – que visam primordialmente pôr cobro a tais práticas. Ainda assim, a CE entende que nenhum dos instrumentos existentes contém disposições que visem especificamente as empresas de fachada, *i.e.*, as que não possuam substância económica. A acrescer a isto, os recentes escândalos financeiros (tais como *Lux Leaks*, *Panama Papers*, *Open Lux* e *Pandora Papers*) fazem com que aumente a pressão, por parte da opinião pública, para a criação de um instrumento legislativo centrado nas *shell companies*.

No contexto da União, a primeira abordagem significativa do fenómeno das entidades sem substância económica no domínio da fiscalidade direta ocorre no acórdão *Cardburry Schweppes*.³ Neste, introduziu-se a referência a entidades “puramente artificiais, desprovidas de realidade económica”.⁴ Em nosso entender, essa decisão – uma das mais importantes em matéria de fiscalidade direta – acaba por ser uma das traves-mestras da presente proposta.⁵

Apesar de a diretiva antielisão fiscal conter disposições que visem combater o abuso através de esquemas artificiais⁶, a verdade é que a UE continua a não possuir medidas legislativas que estabelecessem quais os requisitos de substância económica que deveriam ser

¹O que contrasta com o objetivo central da década de 90 do século passado, que se centrava na remoção de obstáculos fiscais entre as várias jurisdições que compõe o mercado interno.

²A nível de *hard law*, cumpre destacar o papel desempenhado pelas ATAD 1 e ATAD 2, ainda que outros instrumentos que não são pensados para pôr fim ao abuso conterem já disposições anti-abuso como a PSD e a IRD. A nível de *soft law*, temos por exemplo, o Código de conduta da UE sobre Fiscalidade das empresas.

³Acórdão do TJUE de 12 de setembro de 2006, *Cardburry Schweppes* contra Commissioners of Inland Revenue, (C-196/04, ECR 2006 p. I-7995) ECLI:EU:C:2006:544. Isto ainda que no acórdão *Centros*, estivéssemos perante uma situação similar – Cfr. o acórdão do TJUE de 9 de março de 1999, *Centros Ltd* contra *Erhvervs-og Selskabsstyrelsen*, (C212/97, ECR 1999 p. I-01459) ECLI:EU:C:1999:126. No entanto, nesse acórdão, o TJUE não nos dá indicações claras sobre a forma como lidar com a questão da substância das sociedades. Razão pela qual consideramos que o primeiro acórdão a ser referido deva ser o *Cadbury Schweppes*.

⁴Cfr. previsto nos §50, 51, 55 e 75 da decisão do TJUE.

⁵Proposta 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, n.º 2021/0434 de 22 de dezembro de 2021.

⁶Como por exemplo o art. 6.º da Diretiva, regra que desconsidera as montagens fictícias realizadas com o objetivo de obter uma vantagem fiscal.

observados pelas entidades dentro do espaço europeu⁷ e que permitissem, *a priori*, lutar contra as entidades desprovidas de substância.

1.2 Hipótese de Investigação

A presente dissertação visa responder às seguintes questões:

- i) as consequências fiscais previstas pelo legislador são adequadas e necessárias ao *rationale* subjacente à proposta?
- ii) que elementos do regime das consequências poderiam ser clarificados ou modificados, de modo a melhorar a adequação e efetividade da proposta?

1.3 Objeto

1.3.1 Delimitação positiva

A dissertação incide sobre as consequências fiscais previstas na proposta de diretiva n.º 2021/0434, que estabelece regras para prevenir a utilização abusiva de entidades de fachada para fins fiscais.

1.3.2 Delimitação negativa

A dissertação não incidirá sobre quaisquer outros aspetos da proposta de diretiva, para além das consequências que a mesma preconiza. Não serão abordados os requisitos de substância económica, nem os passos procedimentais à qualificação de uma dada entidade. Também não abordaremos o mecanismo de troca de informações que a proposta estipula.

⁷Cfr. decorre da exposição de motivos da proposta, pág.2.

Fica também de fora do nosso escopo qualquer outra iniciativa que incida sobre elisão e evasão fiscais que não seja a *unshell*, nomeadamente a diretiva antielisão fiscal⁸, ou outras iniciativas adotadas a nível global, como as que decorrem do projeto BEPS da OCDE.

A análise centrar-se-á na fiscalidade direta ao nível europeu, pelo que excluirá casos puramente internos ou questões relativas à implementação da proposta em cada um dos Estados Membros.

1.4 Metodologia

Na elaboração da nossa tese partimos de materiais legislativos, jurisprudenciais e bibliográficos. Também nos socorremos de documentos de organizações internacionais como a OCDE e a ONU, para além de documentos emanados pela UE.

Foram ainda tidas em consideração as opiniões de diferentes entidades (documentos de consulta pública), publicadas no *website* da CE⁹, a propósito da proposta *unshell*.

Na redação da tese, seguimos o manual de estilo da Universidade Católica Portuguesa – Centro Regional do Porto.

⁸Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho, de 12 de julho de 2016, que estabelece regras contra as práticas de elisão fiscal que tenham incidência direta no funcionamento do mercado interno.

⁹Disponível em: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12999-Tax-avoidance-fighting-the-use-of-shell-entities-and-arrangements-for-tax-purposes/feedback_en?p_id=27608636.

1.5 Sequência

No capítulo dois faremos uma breve contextualização da nossa tese, referindo brevemente os elementos de regime que permitem a identificação das *shell companies* e que legitimam a aplicação das consequências *sub judice*.

No capítulo três abordaremos a primeira das consequências, relativa certificado de residência fiscal. Explicaremos o regime em detalhe e apresentaremos as nossas reflexões sobre a forma como a proposta se encontra redigida apresentando, quando considerado conveniente, propostas de melhoramento.

No capítulo quatro procedemos de forma idêntica ao capítulo 3, desta vez para a consequência da desconsideração da personalidade jurídica. Após uma breve referência ao regime, procederemos ao enunciado das críticas que, no nosso entender, a atual redação merece, apresentando, para cada uma delas, uma solução alternativa que, no nosso entender, melhoraria o regime.

Por fim, seguem-se as nossas conclusões.

2. O REGIME DA PROPOSTA

A proposta propõe-se a atacar o fenómeno das *shell companies* através de um mecanismo estruturado em sete passos.¹⁰

Por uma questão de economia procedimental, explicaremos tais passos em três subsecções. Na primeira, analisaremos a delimitação das entidades que se presumem sem substância económica¹¹ (*shell*). Numa segunda subsecção, examinaremos os passos que permitem às entidades identificadas como *shell* ilidir a presunção e, ainda, a possibilidade de solicitar uma isenção das obrigações previstas na diretiva. Por fim, abordaremos as consequências previstas para as *shell* que não ilidam a presunção, terminado com uma breve referência ao mecanismo de troca de informações previsto.

2.1 Critérios de partida e teste de substância económica

Em primeiro lugar, é preciso identificar as sociedades cujos indicadores objetivos revelam uma especial perigosidade. Tal objetivo é atingido com a aplicação dos três passos previstos na proposta: i) identificação de “empresas que devem comunicar informações”, ii) obrigação de “comunicação de informações” por parte das empresas e a iii) “presunção de falta de substância mínima e de abuso fiscal”.

No primeiro passo, são previstos três critérios de partida, a aplicar de forma cumulativa.¹² Tais critérios pretendem distinguir, com base em características que são comuns em empresas sem substância, as empresas que possuem risco de serem consideradas como tal ou não.

As empresas que passem por esse crivo passam para o segundo passo, no qual se procede à aplicação de um teste de substância. As entidades com risco são convidadas, na

¹⁰Os passos a seguir estão dispostos na exposição de motivos, na secção 5, no ponto relativo à “explicação pormenorizada das disposições específicas da proposta”, pág. 9.

¹¹A propósito do conceito de substância, e das dificuldades de aplicação do conceito ao contexto societário no âmbito fiscal veja-se PISTONE, PASQUALE, et. al. – “Abuse through the use of shell companies and arrangements for tax purposes in the EU Feedback to the EU consultation by the IBFD task force on EU law”, 4 Intl. Tax Stud. 7, 2021, págs. 16-23.

¹²Cfr. dispõe o art. 4.º da proposta.

respetiva declaração fiscal, a demonstrar a sua substância.¹³ A comunicação de informações que ateste que uma entidade tem substância consiste na apresentação de informações que usualmente já decorrem da declaração fiscal que as entidades se encontram obrigadas a entregar às administrações fiscais, devendo ainda fornecer provas documentais que permitam às administrações fiscais comprovar a veracidade das informações comunicadas nas respetivas declarações.¹⁴

Segue-se o terceiro passo, e é neste momento que se presumirá, com base nos elementos fornecidos pela entidade, se a mesma tem substância ou não. Uma entidade que no primeiro passo seja considerada de risco, e que no segundo passo também não logre, através dos elementos fornecidos, demonstrar a sua substância, deverá ser considerada como uma *shell* para efeitos da diretiva. Então, no terceiro passo, é presumida a falta de substância económica da entidade.¹⁵

2.2 Possibilidade de ilisão e isenção

Ainda assim, a proposta prevê dois passos que permitirão às *shell* evitar a aplicação das consequências que a proposta preconiza.

No quarto passo, a entidade que se presume não ter substância tem a faculdade de ilidir a presunção.¹⁶ Tal se deve, ao facto de “o teste de substância ser baseado em indicadores e, como tal, não pode ter em conta os factos e circunstâncias específicos de cada caso individual”.¹⁷ Para tal, as entidades devem apresentar elementos de prova concretos das atividades exercidas e do modo como são exercidas. Estes elementos assentam em fatores que permitem concluir que a empresa tem motivações comerciais e que desempenha uma atividade cujo propósito principal não será a obtenção de uma vantagem fiscal.¹⁸

¹³Através dos elementos decorrentes do art. 7.º da proposta.

¹⁴A obrigação de juntar provas documentais que atestem a veracidade das informações constantes da declaração fiscal decorre do n.º 2 do art. 7.º.

¹⁵Cfr. previsto no art. 8.º.

¹⁶Cfr. disposto no art. 9.º. Sobre a importância da previsão de um tal procedimento quando perante a aferição de substância numa entidade veja-se PISTONE, PASQUALE, et. al. – “Abuse..”, citado na NR 11, pág. 23.

¹⁷Cfr. disposto na página 12 da exposição de motivos, na subsecção denominada *Ilisão*.

¹⁸Tais elementos poderão ser encontrados no n.º 2 do art. 9.º. A propósito da possibilidade de provar as razões comerciais inerentes à interposição da entidade, NOGUEIRA, JOÃO FÉLIX – “Abuse, proportionality and the burden of proof in CJEU’S case la won direct taxation” em “Taxes Crossing Borders (and Tax Professors Too)”, Maastricht University Press, 1st ed., 2022, págs. 10-11.

No quinto passo, estão previstas isenções para as empresas que após a aplicação dos passos suprarreferidos sejam consideradas sem substância, mas, ainda assim, desempenhem atividades económicas genuínas, ou seja, que a sua constituição tenha outro propósito que não fiscal.¹⁹ Enquanto que no passo anterior se trata de demonstrar que a entidade terá substância (apesar de os passos anteriores da proposta apontarem em sentido contrário), neste passo trata-se de demonstrar que, apesar da falta de substância, a entidade não é utilizada para fins fiscais.²⁰ A isenção é conseguida através da apresentação de elementos que permitam comparar a dívida fiscal da estrutura ou do grupo que a empresa faz parte, com e sem a sua intervenção.²¹ Deste modo, é possível perceber se a interposição da empresa logrou obter um benefício fiscal para si própria, para o grupo de que faz parte ou para o beneficiário efetivo final.²²

2.3 Consequências fiscais e troca de informações

Uma vez considerada sem substância – e não sendo capaz de ilidir tal presunção ou de fazer uso das isenções previstas – segue-se a sexta fase, de aplicação das consequências fiscais. A proposta prevê duas consequências.²³

A primeira incidirá sobre o certificado de residência fiscal, consistindo ou na recusa de emissão de um certificado de residência fiscal ou na emissão de um certificado condicionado, no qual conste que a entidade é uma *shell*.²⁴

A segunda consequência consiste na desconsideração da personalidade jurídica da *shell*, procedendo-se à tributação dos rendimentos recebidos pela mesma como se a entidade não existisse, através de um *look-through approach*.²⁵

¹⁹Veja-se, a título de exemplo, a abordagem e o impacto dos requisitos de substância económica nas estruturas holding cfr. FREIRE, FELIPE THÉ – “Economic Substance for Holding Companies in the Post - BEPS World and After Recent ECJ Case-Law: An Analysis of Developments in Europe”. Intertax, Volume 51, Issue 1, 2022.

²⁰Cfr. previsto em “The “Unshell Directive” under X-rays”, pág.13, disponível em: https://www.gpblex.it/newsletter/GPBL_Alerts_18.pdf a propósito da diferença entre o mecanismo da ilisão e o requerimento de isenção.

²¹Cfr. disposto nos arts. 10º, n.º 1 e n.º 2.

²²A apreciação dos elementos de prova apresentados pela empresa caberá à administração fiscal do local de residência da empresa.

²³Previstas nos arts. 11.º e 12.º.

²⁴Cfr. disposto no art. 12.º.

²⁵Tal entendimento é disposto no art. 11.º. Neste art. são previstas consequências para os EMs da fonte e da residência do acionista, a quem cumpre efetivar a desconsideração da personalidade jurídica da *shell* e operar a repartição do direito ao imposto.

Por fim, o sétimo passo consiste na troca de informações, para que todos os EM estejam em condições de conhecer que entidades poderão ser consideradas sem substância, para efeitos da diretiva (ou que não tenham substância, mas ilidiram a presunção ou estão isentas).²⁶ Adicionalmente, qualquer EM pode requerer a realização de auditorias ao EM no qual determinada empresa é residente, de modo a averiguar se a empresa terá substância ou não, sempre que suspeitem que não a tenha.²⁷

²⁶Disposto no art. 8.º-AD.

²⁷Cfr. dispõe o art. 15.º.

3. EFEITOS AO NÍVEL DO CERTIFICADO DE RESIDÊNCIA

3.1 O regime da proposta no que respeita à residência

O recurso a uma entidade sem substância económica para com isso obter vantagens fiscais indevidas é lograda através do acesso, através da *shell*, às vantagens fiscais de uma determinada jurisdição fiscal (à qual a entidade que a controla normalmente não teria acesso).²⁸ Num contexto internacional, no qual não existe harmonização da tributação directa²⁹, os sujeitos passivos atingem tal desiderato com a interposição de uma entidade, numa determinada jurisdição, para com isso aceder às convenções em matéria de eliminação de dupla tributação (doravante CDTs) e/ou diretivas que essas jurisdições têm para lhes oferecer (fenómeno vulgarmente conhecido por *treaty and directive shopping*).³⁰

Para evitar a obtenção desses benefícios (associados à residência), a proposta determina que o EM de residência de uma entidade considerada como *shell* deverá: i) ou negar-lhe a emissão de um certificado de residência ou, em alternativa; ii) conceder-lhe o mesmo, mas com a indicação de que a entidade não tem substância.³¹

O legislador europeu assume que, uma vez negado o certificado de residência fiscal (ou havendo lugar à emissão condicionada), as *shell* deixariam de ter acesso aos benefícios conferidos tanto pelas CDTs como pelo DUE (incluindo tratados e diretivas). Tal entendimento decorre da exposição de motivos e do preâmbulo³² e é ancorado na premissa de que o certificado constitui um requisito indispensável para o acesso aos benefícios das CDTs

²⁸Ao longo dos anos, os princípios da residência e da fonte foram assumindo um papel preponderante como elementos de conexão entre uma dada jurisdição e o contribuinte, conferindo a tais jurisdições o direito a tributar e auxiliando na determinação da repartição tributária internacional. O princípio da residência é comumente utilizado nos dias de hoje para conferir direitos tributários às jurisdições. Para mais desenvolvimentos ver SAW, RACHEL – “Chapter 2: How Double Taxation Arises – The Role of Domestic Tax Systems” em “Roy Rohatgi on International Taxation: Volume 1 Principles”, O. Ola & B. Obuoforibo eds., IBFD, 2018, págs. 9-17; ROSADO, PAULA PEREIRA – “Princípios do Direito Fiscal Internacional – Do Paradigma Clássico ao Direito Fiscal Europeu”, tese de doutoramento, Almedina, 2020, págs. 98-130.

²⁹Isto deve-se, em grande medida, à capacidade de os Estados imporem a sua soberania no domínio tributário, sendo capazes de implementar a sua própria política fiscal, cfr. prevê ROSADO, PAULA PEREIRA – “Princípios do Direito Fiscal Internacional”, tese de doutoramento, Almedina, 2020, págs. 55-60.

³⁰A propósito da interposição de uma *shell* para beneficiar de tratados que determinadas jurisdições têm para oferecer, veja-se o estudo desenvolvido pelo European Parliamentary Research Service – “An overview of shell companies in the European Union”, págs. 29-30.

³¹Cfr. Art. 12 da proposta.

³²Veja-se a secção 5 da exposição de motivos, mais precisamente a disposição relativa às consequências da proposta, contida na pág. 13. Já no preâmbulo, tal entendimento decorre da secção 13, contida na pág. 23.

e das diretivas.³³ Tal aparenta evidenciar que a CE considera que o certificado é um requisito *ad substantiam*, *i.e.*, requisito substantivo sem o qual não é possível ser-se considerado como residente.

Entendimento diferente, e que aliás perfilhámos,³⁴ é adotado na jurisprudência nacional, nomeadamente pelo nosso STA. Chamado a decidir sobre a natureza do certificado de residência fiscal, este sempre concluiu pela natureza *ad probationem* do mesmo.³⁵ Ou seja, o certificado corresponde a um ato de mero reconhecimento dos requisitos substantivos, e na medida em que os requisitos substantivos estejam verificados e demonstrados por outra via, a recusa de emissão do certificado não prejudicará a qualidade de residente de dada entidade. Nesses termos, o certificado não é nem deve ser visto como único meio de prova ao dispor dos sujeitos para efetivar o direito aos benefícios decorrentes das CDTs e diretivas. O princípio do inquisitório ou princípio da verdade material ficaria gravemente prejudicado se não fosse possível ao contribuinte provar, por outros meios, a sua residência.³⁶

Em nosso entender, idêntico entendimento é seguido ao nível do TJUE. Este último, por diversas vezes, em decisões que respeitam a CDTs e matéria de prova³⁷, tem suportado o entendimento de que o exercício de um direito ou liberdade não podiam ficar dependentes de questões de prova, dado que tanto a diretiva de troca de informações³⁸ e da cobrança³⁹ como a assistência mútua para a liquidação e cobrança decorrentes das CDTs, permitirão às Administrações tributárias obter a prova necessária à descoberta da verdade material.⁴⁰

³³A tributação do rendimento que terá sido enviado para a jurisdição da entidade sem substância económica ficaria resolvida com a outra consequência que a proposta estipula, a desconsideração da personalidade jurídica da entidade sem substância económica, a qual será abordada noutra secção da presente dissertação.

³⁴Tal entendimento, em nosso entender, violaria princípios fundamentais de Direito Fiscal, tais como o princípio de justiça e o princípio da legalidade: isto na medida em que estar-se-ia a impor tributação a uma empresa que não é residente fiscal no EM (em virtude da recusa da emissão de certificado).

³⁵Tal entendimento decorre do ac. do STA, de 22/06/2011, proc. 0283/11, do ac. do STA, de 06/02/2013, proc. 0839/11 e ainda do ac. do STA, de 12-06/2007, proc. 0397/06.

³⁶Sobre o princípio do inquisitório e meios de prova ver MORAIS, RUI – “Manual de procedimento e processo tributário”, Edições Almedina, 2012, págs. 63-77.

³⁷Exemplos deste entendimento perfilhado pelo TJUE são os casos *Futura*, *Vestergaard*, *Comissão v. Bélgica*, *Centro Equestre da Lezíria Grande* e *Scorpio*.

³⁸Diretiva 2011/16/UE do Conselho, de 15 de fevereiro de 2011, relativa à cooperação administrativa no domínio da fiscalidade e que revoga a Diretiva 77/799/CEE.

³⁹Diretiva 2010/24/UE do Conselho, de 16 de março de 2010, relativa à assistência mútua em matéria de cobrança de créditos respeitantes a impostos, direitos e outras medidas.

⁴⁰Este entendimento é desenvolvido em COURINHA, GUSTAVO LOPES – “A residência no Direito Internacional Fiscal – Do Abuso Subjectivo de Convenções” Tese de Doutoramento, Almedina, 2020, págs. 463-474.

A título de exemplo em *Scorpio*⁴¹, tanto o TJUE como o Advogado-Geral concluíram que o certificado exigido para aplicação dum regime da CDT se tratava duma “diligência administrativa” e que “não se prende com a própria definição dos critérios de tributação”.⁴²

Chegados a esta conclusão (de que o certificado de residência é um mero requisito *ad probationem*), é legítimo interrogarmo-nos sobre a eficácia prática da diretiva. Será o objetivo da mesma apenas o de impor um ónus probatório mais elevado aos acionistas ou àqueles que colocam rendimentos à disposição da *shell*? Parece-nos que a consequência lógica eventualmente visada pelo legislador europeu não se concretiza (ou seja, a recusa do acesso pela *shell* aos benefícios derivados de CDTs ou das diretivas), pelo que esta consequência não se mostra adequada à prossecução das finalidades subjacentes à proposta.⁴³

3.2 A diversidade de regimes e a possibilidade de *directive shopping*

Como vimos, os EMs podem escolher entre negar a emissão do certificado de residência fiscal ou emitir um certificado condicionado.

Numa perspetiva comparativa, sempre se poderá questionar se haverá uma opção menos gravosa do que a outra, tanto na perspetiva das entidades sujeitas às disposições da proposta, como na perspetiva dos EMs.

Sem prejuízo do nosso entendimento em relação à natureza do certificado de residência fiscal,⁴⁴ será mais apelativo para as *shell* possuírem um certificado ainda que com a menção de que tal entidade é uma *shell* do que a simples recusa de certificado de residência fiscal. Isto porque a emissão condicionada, ainda que com a devida menção, sempre permitiria aos Estados “da fonte” e do(s) acionista(s) conferir o acesso aos benefícios convencionais e/ou da

⁴¹Acórdão de 3 de outubro de 2006, FKP Scorpio Konzertproduktionen (C-290/04, ECR 2006 p. I-9461) ECLI:EU:C:2006:630.

⁴²Cfr. disposto nos §87-88 das conclusões do advogado-geral Philippe Léger, apresentadas em 16 de maio de 2006, no processo C-290/04, FKP Scorpio Konzertproduktionen.

⁴³Ademais, sempre poderíamos questionar a relação da natureza substantiva do certificado com a permanência de obrigações tributárias no EM em que a *shell* é residente (a permanência de obrigações tributárias decorre dos §12 e 13 do preâmbulo). Parece-nos que o legislador, com tal entendimento, acaba por violar o princípio da justiça, isto porque estar-se-ia a impor tributação a uma *shell* que, sem um certificado, não seria residente. A permanência das obrigações tributárias no EM da *shell*, situação puramente interna e com a qual a proposta não será capaz de interferir (ver ac. Werner v. Finanzamt Aachen-Innenstadt, do TJUE de 26 de janeiro de 1993), não será compatível com a recusa de emissão de um certificado, caso este seja indispensável para se ser residente.

⁴⁴Detalhado na secção anterior.

União, particularmente quando estes são Estados terceiros, nos quais a menção derivada da *unshell* poderá ser considerada irrelevante e incapaz, de um ponto de vista normativo, de despoletar qualquer consequência no plano fiscal.

A dualidade de regimes levará a diferenças de tratamento dentro dum espaço europeu que se pretende único e sem fronteiras, permitindo aos operadores criar distorções e canalizar os seus investimentos conforme o modo como se implementa a proposta de diretiva. O art. 12.º propicia o fenómeno de *tax and directive shopping*,⁴⁵ e a opção pela recusa de emissão do certificado de residência fiscal poderá significar a fuga de entidades para jurisdições que não procedam da mesma forma.

Então, e no que respeita aos EMs – e ainda que dependente da conjuntura política de cada EM –, a opção mais lógica seria a de emitir um certificado condicionado, evitando com isso a dissolução/fuga das entidades sem substância económica, para com isso proteger a sua base tributária.

Pelo entendimento que possuímos em relação ao certificado de residência fiscal, cremos que a permanência de uma alternativa que permita aos EMs negar a emissão do certificado de residência fiscal, acaba por levantar mais problemas e não encontrar as soluções desejadas.

A consequência será, naturalmente e como referimos, que a dualidade de regimes permita uma distorção indesejada, e é nesse sentido que prevemos que a solução deveria passar por um regime único e obrigatório que previsse a emissão de certificados com a menção relativa à falta de substância da entidade.

3.3 Relações com Estados terceiros

A exposição de motivos da proposta é perentória no que toca à interposição de um Estado terceiro numa cadeia com uma entidade sem substância económica: apenas os EMs estão vinculados pela diretiva, não podendo esta afetar Estados terceiros.⁴⁶ Tal entendimento decorre também dos cenários elencados na exposição de motivos,⁴⁷ sendo que quando nos

⁴⁵Para uma abordagem exaustiva do fenómeno, ver POULSEN, MARTIN – “Treaty/Directive Shopping and Abuse of EU Law”, *Intertax*, Vol. 41, Issue 4, 2013.

⁴⁶Atente-se na secção 5 da exposição de motivos. O entendimento é disposto na pág. 14.

⁴⁷Cenários que são expostos imediatamente a seguir ao entendimento de que a proposta só afeta EM, disposto na pág. 14 da exposição de motivos.

deparamos perante um cenário com Estados terceiros, a proposta refere-se sempre a opções e não a obrigações.

O art. 12.º poderá ser entendido como uma tentativa de alargar ao máximo a efetividade da proposta, em face da indispensabilidade, na perspetiva do legislador europeu, do requisito da residência para a obtenção de vantagens decorrentes de CDTs (sem prejuízo, novamente, da nossa opinião em relação à natureza do certificado) também em Estados terceiros.⁴⁸ Repare-se que o fim da recusa de emissão do certificado ou a emissão condicionada é o de impedir o acesso a benefícios fiscais decorrentes das CDTs e diretivas. Tal fim, num contexto europeu, poderia ser atingido com a estipulação de uma consequência que previsse que uma entidade sem substância não estaria habilitada a lograr a obtenção das vantagens fiscais que os instrumentos referidos proporcionam. Mas não, a proposta vai mais além e prevê que tal fim é atingido via residência fiscal.⁴⁹

Está bom de ver que o legislador europeu teve como preocupação abranger o maior número possível de Estados, ou pelo menos condicioná-los, na medida em que confiou nos efeitos relativos ao certificado para garantirem a impossibilidade de utilização de CDTs (isto num contexto global, visto que as diretivas se limitam ao contexto europeu) e, haveria dois entendimentos possíveis após a verificação dos efeitos relativos ao certificado: i) ou o Estado terceiro confiaria nos passos expostos na proposta e a abordagem a seguir seria como se estivéssemos num contexto puramente europeu ou, caso assim não fosse; ii) o Estado terceiro continuaria a considerar a entidade sem substância económica como recetora dos rendimentos, só que agora sem possibilidade de utilização de CDTs para eliminar a dupla tributação.

Deparamo-nos com a possibilidade de a proposta afetar jurisdições terceiras e eventuais CDTs com estas. Tratam-se de consequências que ultrapassam o plano europeu e conflitos emergirão de tal abordagem, dado que as vantagens fiscais decorrentes das CDTs carecem do

⁴⁸ No Feedback da PWC na consulta pública realizada pela CE disponível em: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12999-Tax-avoidance-fighting-the-use-of-shell-entities-and-arrangements-for-tax-purposes/F3017581_en é abordado o impacto que as consequências poderão ter em entidades terceiras e nos acordos que estas entidades possuam.

⁴⁹No nosso entender, a consequência prevista para o certificado de residência fiscal só se encontra prevista na presente proposta porque a desconsideração da personalidade jurídica não é absoluta. Note-se que existem outros instrumentos europeus que preveem, através de normas anti-abuso, a desconsideração completa ou absoluta de uma entidade quando a mesma tenha a finalidade de obter uma vantagem fiscal. Veja-se o exemplo da GAAR contida na ATAD 1. A propósito da necessidade de adoção de uma diretiva que incida sobre as entidades sem substância económica quando já existem outros instrumentos que visem o abuso, R. HOOR, et al. – “Using a Sledgehammer to Crack a Nut: The European Commission’s Draft Directive to Tackle Shell Entities”, Tax notes international, vol. 106, no. 2, abr/2022

preenchimento do conceito de residente e não se encontram dependentes de qualquer requisito de substância. Note-se que estamos no âmbito de acordos que emergem do Direito Internacional, divergem do DUE e ainda que as CDTs possuam mecanismos de prevenção de abuso, o conceito de substância económica não se encontra plasmado nos standards de prevenção de abuso dos regimes das CDTs.⁵⁰

O resultado – e apelamos novamente para a necessidade de ter em conta que dependerá da posição dos Estados relativa à natureza do certificado de residência fiscal – poderá ser a eventual desaplicação de uma CDT que, dando estrito cumprimento às disposições de tais acordos, seria aplicável.

No entanto, os Estados terceiros podem perfilhar do nosso entendimento em relação à natureza do certificado de residência fiscal. Tal entendimento colocaria na disposição dos Estados terceiros a difícil tarefa de decidir se a *shell* seria considerada como residente no EM em que se encontra sediada e, em virtude disso, aplicar a CDT em vigor com tal EM. E, na hipótese de não a aplicar, somos remetidos para o problema abordado *supra*. Sendo o certificado um mero ato de reconhecimento, a não aplicação da CDT em face da recusa de emissão do certificado implicaria a não aplicação de um instrumento de DI, uma fonte normativa reconhecida constitucionalmente, para se dar prevalência a um instrumento europeu, que não vincula Estados terceiros. Tal possibilidade denota o impacto que a proposta poderá ter em jurisdições terceiras, podendo a mesma contribuir para conflitos de direito interno e para o aumento da litigiosidade.⁵¹

Reafirme-se que, e num contexto global, uma eventual solução a adotar não está na disponibilidade do legislador europeu.⁵²

⁵⁰Nem mesmo tendo em conta cláusulas anti-abuso que possam ter sido incluídas no pós-BEPS, em decorrência do Instrumento Multilateral ou de uma negociação ou revisão dos tratados tendo em conta o novo artigo 29 da Convenção Modelo da OCDE de 2017.

⁵¹A propósito da relação entre o DUE e o DI, ver PANZERI, ILARIA – “Tax Treaties versus EU Law: Which Should Prevail?”, *European Taxation 2021* (Volume 61), No. 4, IBFD, mar/2021. No art., é abordada a questão, inclusive a propósito de tratados concluídos entre EMs e Estados terceiros. O autor distingue o resultado final (se prevalece o DUE ou o DI) consoante o momento temporal de conclusão do tratado. Ainda assim, e no que respeita ao direito secundário, o DI prevalecerá sempre que o tratado for concluído antes da adoção de um instrumento de direito europeu secundário.

⁵²Poder-se-ia colocar em causa o conceito de residência tal como consta das CDTs e/ou diretivas. Questão que não nos ocuparemos nesta análise e que muito tem sido discutida na doutrina. Contudo, tal questão depara-se com problemas decorrentes da falta de harmonização no que respeita à tributação direta, dado que cabe a cada Estado definir os critérios para se ser considerado residente, remetendo as CDTs para o direito doméstico dos Estados. Num contexto global, é no âmbito da ação 6 do projeto BEPS que poderemos encontrar a solução para o fenómeno de *treaty shopping*. A ação 6, para atacar tal fenómeno, lança mão do *principle purpose test* contido no parágrafo 9 do art. 29.º da Convenção Modelo da OCDE de 2017 (tendo também sido introduzido no MLI) e que as jurisdições concordaram em adotar nos seus acordos de eliminação de dupla tributação. O teste poderá ser a solução para o problema, visto que permite atacar a utilização de entidades criadas com o propósito de obter

Resta-nos, porque nos deparamos com a fragilidade duma proposta que apenas poderá ser soberana num contexto europeu, adotar o entendimento de que as consequências relativas à emissão do certificado devem indicar, de modo expresso, que os efeitos apenas se produzirão em jurisdições que sejam EM. A consciência de que tal entendimento reduz a efetividade da proposta num contexto global, é contrabalançada com a segurança jurídica e certeza legal que uma tal solução aporta.

vantagens fiscais. Tal objetivo é atingido negando o acesso às CDTs, quando ficar demonstrado que um dos propósitos principais da criação de determinada entidade terá sido a obtenção das vantagens fiscais. Ainda assim, não existe qualquer coordenação entre os requisitos de substância económica da proposta e o PPT, sendo que as soluções poderiam divergir de acordo com o entendimento das ATs que são chamadas a aplicar o teste.

4. A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

4.1 O regime da proposta

4.1.1 Introdução

Como abordado anteriormente, o efeito central da conclusão de que uma dada entidade é uma *shell*, nos termos da proposta da CE, é a desconsideração da sua personalidade jurídica.⁵³

A desconsideração impedirá o acesso da mesma a quaisquer benefícios decorrentes do direito da União e das CDTs celebradas entre EMs. Note-se que não se trata de uma desconsideração “absoluta” ou “completa”⁵⁴ dado que, nos termos da mesma, a *shell* deve continuar a cumprir com as obrigações tributárias do EM no qual é residente.⁵⁵

A desconsideração da *shell* terá também um impacto em pessoas que se encontram a montante e a jusante da mesma, os quais urge examinar com atenção. Isto porque ainda que desconsideremos a *shell*, teremos sempre fluxos de rendimentos recebidos e/ou pagos pela mesma, os quais terão, pelo menos para efeitos tributários, de ser atribuídos a alguém.

Na ausência de maiores indicações na proposta, a nossa dissertação e análise partirá da pré-compreensão que a desconsideração prevista consiste na transposição, para o domínio tributário, do instituto civilístico da desconsideração da personalidade jurídica⁵⁶, através de um *look-through approach*. Assim, consideraremos que – e para efeitos tributários – tudo deve ser tratado como se os rendimentos fossem remetidos do Estado da “fonte” diretamente

⁵³Tal efeito é atingido através do cumprimento das obrigações constantes do art. 11.º.

⁵⁴“(…) o recurso à técnica da “desconsideração da personalidade jurídica” visa determinada finalidade; ou seja, trata-se de uma operação com um alcance relativo, uma vez que a sua aplicação tem em vista a produção de um resultado concreto. Em consequência, se o problema a resolver é um problema tributário, a invocação do “instituto” não afetará toda a vida da sociedade em causa(…)” cfr. prevê RIBEIRO, MARIA DE FÁTIMA – “A tutela dos credores das sociedades por quotas e a “desconsideração da personalidade jurídica”, tese de doutoramento, Almedina, 2016, pág. 71.

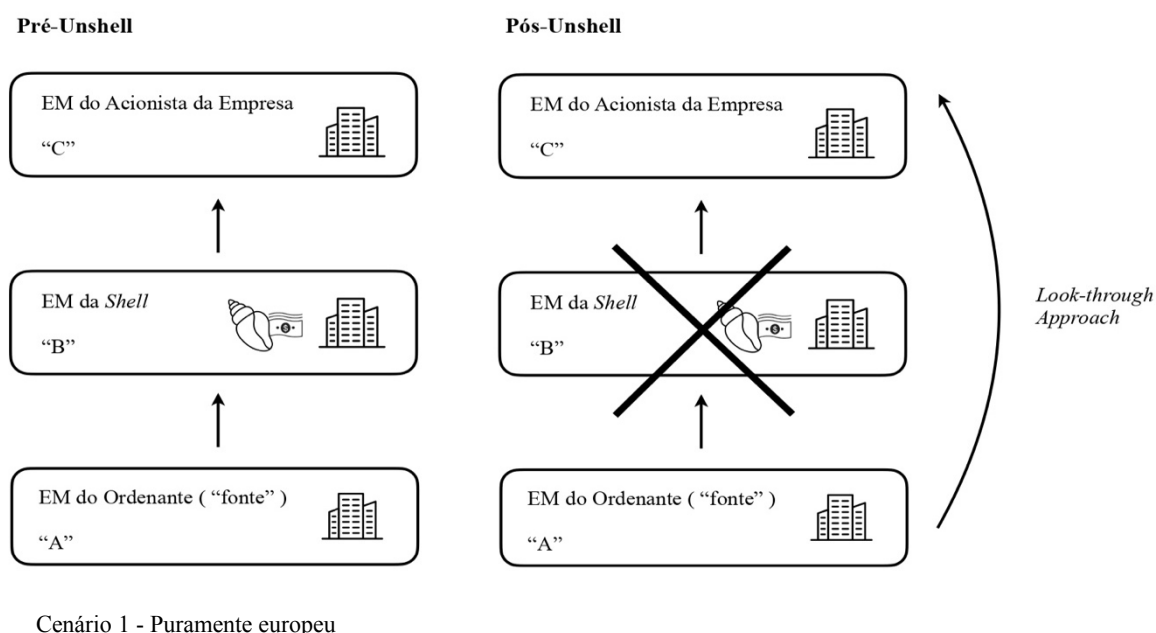
⁵⁵A propósito da crítica suscitada em torno da recusa de emissão do certificado de residência e, ainda assim, a permanência das obrigações tributárias no EM da *shell*, bem como da falta de previsão de tal abordagem no texto da proposta, abordado na secção 3.4 da tese.

⁵⁶A desconsideração da personalidade jurídica é um instituto de direito civil que opera como um mecanismo de proteção contra a utilização da personalidade jurídica para alcançar fins ilegítimos, com a intenção de criar prejuízos a terceiros. O objetivo é então o de “evitar as consequências que decorrem da afirmação da autonomia jurídica da pessoa coletiva, enquanto titular de personalidade jurídica” cfr. prevê RIBEIRO, MARIA DE FÁTIMA – “A tutela dos credores da sociedade por quotas e a “desconsideração da personalidade jurídica”, tese de doutoramento, Almedina, 2016, págs 68-70.

para o Estado do(s) acionista(s) da empresa, cabendo a tais Estados ignorar a interposição da *shell*.

Para uma melhor compreensão e estruturação da nossa dissertação, abordaremos em seguida, de forma autónoma, os diversos cenários (e efeitos correspondentes) que a aplicação das consequências da proposta poderá abranger.⁵⁷ Posteriormente, procederemos a uma análise crítica que terá em consideração os cenários ora descritos.

4.1.2 Efeitos num cenário europeu



Trata-se do caso em que todos os intervenientes na cadeia são residentes na UE (doravante **cenário 1**). A proposta estabelece que tanto os EMs do ordenante (doravante "fonte" ou **A**) como os EMs da residência do(s) acionista(s) da empresa (doravante **C**), deverão negar a aplicação de qualquer benefício previsto em instrumentos (CDTs e/ou diretivas) com o EM no qual a *shell* é residente (doravante **B**).⁵⁸ A proposta prevê que qualquer imposto que haja (eventualmente) sido pago em **B**⁵⁹ deverá ser dedutível na

⁵⁷Utilizaremos as letras **A**, **B** e **C** para nos referirmos aos Estados da "fonte", da *shell* e do(s) acionista(s) da empresa, respetivamente.

⁵⁸Tal decorre do n.º1 do art. 11.º.

⁵⁹Devido ao facto de a desconsideração não ser absoluta, não precludindo a capacidade do EM da residência da *shell* de a considerar como um sujeito passivo *tout court*, e de a tributar em conformidade.

tributação imposta em **C**, desde que preenchidas, cumulativamente, as seguintes condições: “a) o rendimento relevante é auferido por uma empresa que se presume não ter substância mínima”; “b) a empresa não ilide a presunção a que se refere a alínea a)”; e, “c) tanto os acionistas da empresa como o ordenante são residentes para efeitos fiscais num EM”.⁶⁰

Ainda que não decorra do texto da proposta, mas sim da exposição de motivos,⁶¹ **C** deve permitir a dedução de qualquer imposto pago na fonte (em **A**), a acrescer à previsão da possibilidade de dedução do imposto pago em **B**.⁶²

Na desconsideração da personalidade jurídica da *shell*, **A** e **C** terão em conta as CDTs estabelecidas entre eles, de modo a eliminar a dupla tributação.⁶³ Na ausência de tais acordos, aplicar-se-ão as leis domésticas dos referidos Estados.

Através deste *look-through approach*, caberá a **C** tributar os rendimentos recebidos pela *shell*, como se auferidos diretamente.

4.1.3 Efeitos com a interposição de Estados terceiros

4.1.3.1 Cenário com ordenante (“fonte”) residente em país terceiro

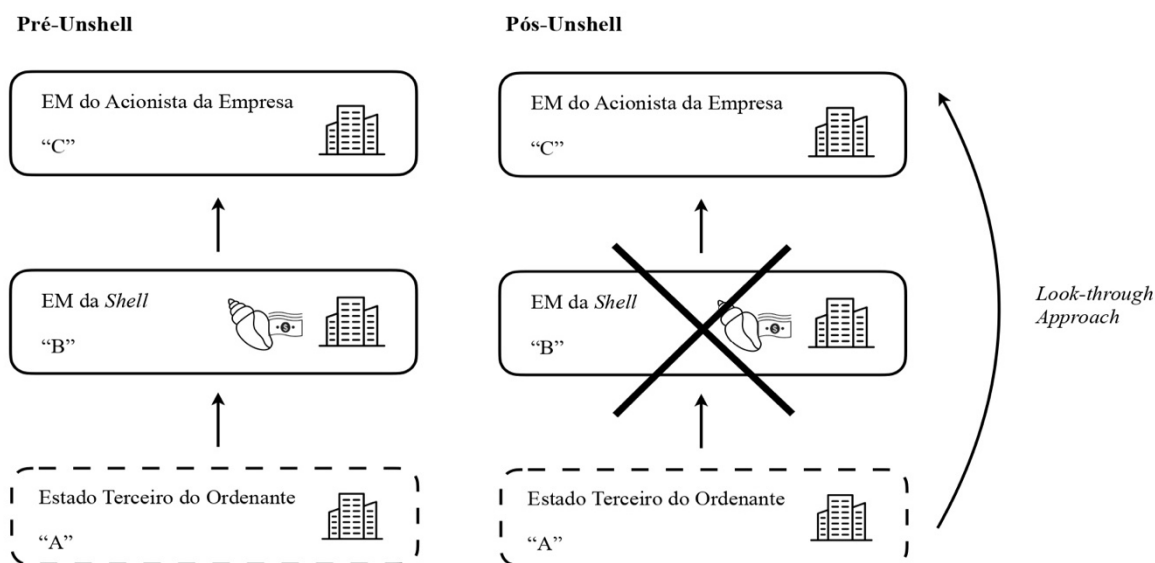
A proposta também regula relações com Estados terceiros, ou seja, casos em que um (ou mais) dos participantes na cadeia, ora o ordenante ora o acionista, não residem num EM. Na presente subsecção abordamos a hipótese de **A** não ser residente na UE (doravante **cenário 2**).

⁶⁰Cfr. disposto no art. 11.º, n.º 2 da proposta.

⁶¹Apelamos novamente para a necessidade de certeza absoluta que no respeita à previsão das consequências para as entidades sem substância. Tal entendimento deveria constar do texto da proposta e não somente da exposição de motivos.

⁶²Tal como previsto nos quatro cenários descritos na exposição de motivos, secção 5, págs. 14 e 15.

⁶³Ainda no art. 11.º, n.º 2.



Cenário 2 - Ordenante ("fonte") residente em Estado terceiro

Dado que se trata de analisar o regime da proposta, apenas curamos de analisar as situações nas quais os Estados terceiros decidirem seguir o regime da proposta de diretiva. A eventualidade da não desconsideração da personalidade jurídica da *shell* por parte de tal Estado, porque a tal não estão obrigados, é analisada numa fase mais avançada da presente dissertação.⁶⁴

A proposta estabelece⁶⁵ que sempre que A não seja residente num EM, C continuará a tributar os rendimentos relevantes da *shell*, como se estes fossem auferidos diretamente (aplicando-se ou o seu direito nacional ou, existindo, a CDT entre A e C, de modo a eliminar a dupla tributação).

A aplicação de uma (eventual) CDT entre A e C permite a dedução do imposto que haja sido pago na "fonte". No que respeita a uma eventual dedução a propósito do imposto pago ao nível de B,⁶⁶ o texto da diretiva não oferece soluções.⁶⁷

⁶⁴Ver secção 4.4.4.

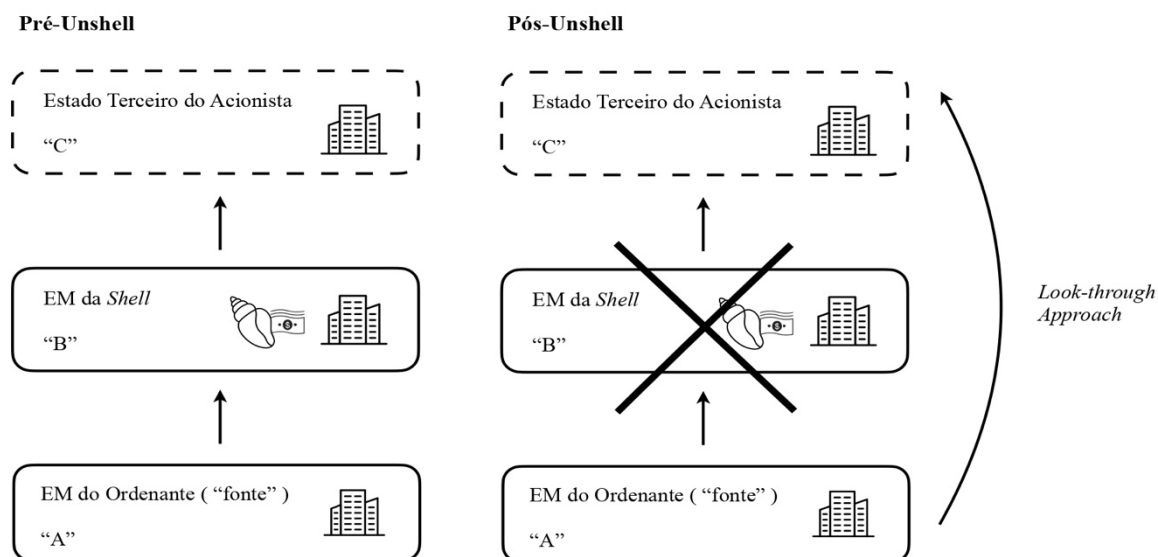
⁶⁵Art. 11.º, n.º2, penúltimo §.

⁶⁶Ver NR 57, *supra*.

⁶⁷Cuidaremos da crítica a tal problema na secção 4.4.2.

4.1.3.2 Cenário com acionista da empresa residente em país terceiro

A presente hipótese cura de definir as consequências aplicáveis quando o acionista da empresa é residente em Estado terceiro (doravante **cenário 3**).



Cenário 3 - Acionista residente em Estado terceiro

A proposta regula este cenário de forma idêntica às hipóteses dos **cenários 1 e 2**, com a tributação na esfera do acionista do rendimento enviado de **A** para **B** (dando cumprimento ao *look-through approach*). A única previsão específica a propósito deste cenário⁶⁸ apenas nos diz que **A** aplicará uma retenção na fonte em conformidade com o seu direito nacional, sem prejuízo da eventual aplicação de CDT celebrado com a jurisdição do Estado terceiro (daqui se retirando que será a **C** que caberá tributar os rendimentos recebidos pela *shell*).⁶⁹ Contudo, e apesar da previsão da possibilidade de aplicação de CDT na relação entre **A** e **C** – que eliminaria a dupla tributação relativamente ao imposto pago em **A** –, o texto da diretiva não regula a possibilidade de dedução do imposto pago ao nível de **B** (tal como descrito no **cenário 2**).

⁶⁸Isto porque a proposta só estabelece consequências, quando perante tal cenário, para os EMs.

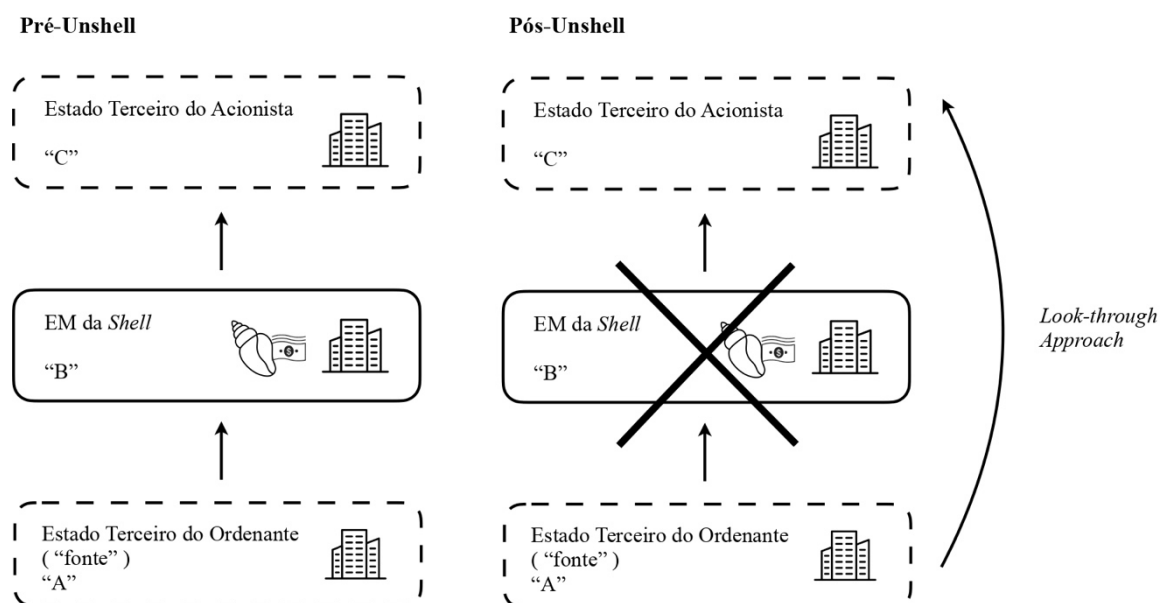
⁶⁹Cfr. previsto no último § do art. 11.º, n.º 2.

4.1.4 Cenários hipotéticos

Na presente subsecção tratamos de analisar cenários que, apesar de não abordados no texto da diretiva, são merecedores de análise. Isto porque acreditamos que muitos dos esquemas nos quais se intercede uma *shell* para com isso obter vantagens fiscais, não se reconduzirão unicamente aos cenários previstos na diretiva.⁷⁰

Dada a limitação própria de uma dissertação desta natureza, abordaremos apenas os cenários em que tanto **A** como **C** são terceiros (mantendo-se apenas a *shell* em EM), em que a *shell* tem mais do que um acionista e, em seguida, um eventual cenário com várias *shell* em cadeia. Tentaremos aplicar as consequências, tal e qual como previstas na proposta, a tais cenários.

4.1.4.1 Cenário com ordenante e acionista residentes em Estados terceiros



Cenário 4 - Ordenante ("fonte") e acionista residentes em Estados terceiros

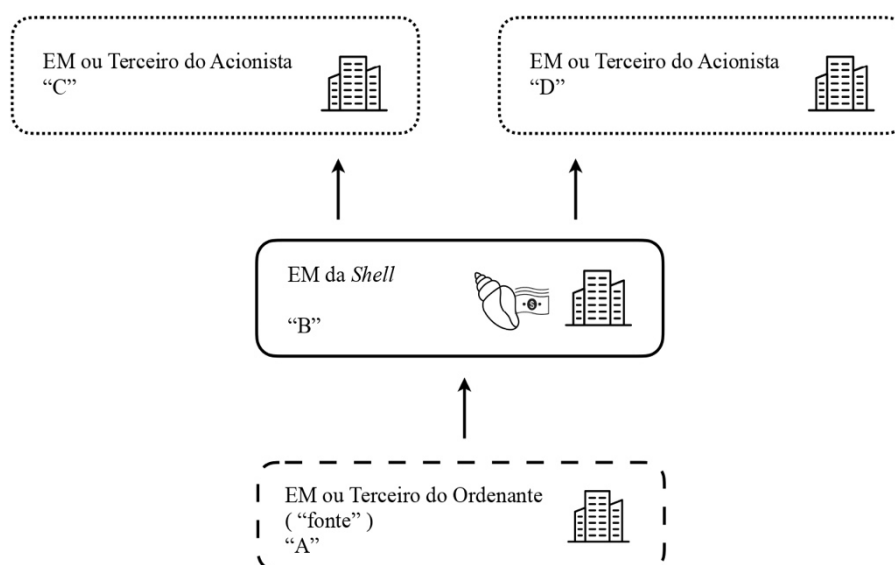
⁷⁰A ausência de vinculação de Estados terceiros à proposta, bem como a existência de esquemas mais sofisticados com mais do que uma *shell* na cadeia e/ou ainda mais do que um acionista na cadeia, serão, porventura, os esquemas com a introdução de *shell companies* mais utilizados, pela menor penetrabilidade que oferecem.

A presente hipótese (doravante **cenário 4**) não é expressamente abordada no texto da proposta mas apenas na exposição de motivos.⁷¹ Contudo, os entendimentos adotados para as situações em que apenas um dos intervenientes na cadeia é residente em Estado terceiro, levam-nos a concluir que também nesta hipótese, e na medida em que os Estados terceiros perfilhem o entendimento da diretiva, o rendimento seria tributado na esfera de **C**, em concretização do *look-through approach*.

A diferença de tratamento para uma situação puramente europeia, tal como nos **cenários 2 e 3** resulta da falta de previsão de dedução do imposto pago ao nível de **B**.

Então, a **A** caberá aplicar a retenção na fonte devida, de acordo com o seu direito nacional, sem prejuízo da aplicação de CDT existente entre **A** e **C**. A **B** competirá tributar a *shell*, porquanto a *shell* continua a residir em **B**. A **C**, cumpre efetivar o *look-through approach*, eliminando a dupla tributação na relação com **A** através da aplicação de CDT (se em vigor). Quanto ao imposto que será pago em **B**, mantém-se o problema dos outros cenários não europeus, com a ausência específica de qualquer mecanismo que permita a eliminação da dupla tributação do rendimento que terá sido tributado ao nível de **B**.

4.1.4.2 Cenário com mais do que um acionista



Cenário 5 - *Shell* com vários acionistas

⁷¹Ver secção 5, págs. 15 e 16.

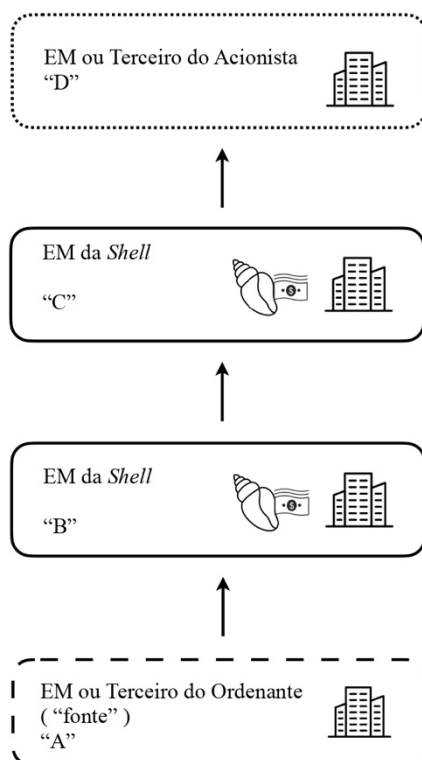
Tal como o cenário transato, o cenário atual (doravante **cenário 5**) não é tido em consideração no texto da diretiva. A proposta apenas prevê que caberá ao(s) acionista(s) da empresa efetivar o *look-through approach*. O recurso à definição de “acionistas da empresa” decorrente do art. 3.º da proposta tão pouco nos esclarece o *modus operandi* quando perante tal cenário.

Uma aplicação dos princípios gerais do Direito fiscal⁷² levar-nos-ia a concluir que cada acionista seria tributado na percentagem das suas participações.

Assim sendo, e tal como nos outros cenários que foram sendo abordados, o seguimento da abordagem da proposta levar-nos-ia a concluir, na iminência de **C** e **D** possuírem participações idênticas e serem os únicos acionistas da *shell*, que a cada um destes acionistas, na efetivação do *look-through approach*, seria imputado 50% do rendimento que teriam sido enviados da “fonte” para a *shell*. Todo o *modus operandi* da proposta, nomeadamente no que respeita às deduções de imposto pago, seria efetuado de forma idêntica aos restantes cenários.

⁷²Pois só desta forma se garante o respeito pelo princípio capacidade contributiva. Para mais desenvolvimentos sobre o princípio, CASALTA NABAIS, JOSÉ – “O Dever Fundamental de Pagar Impostos”, Tese de doutoramento, Almedina, 2020, págs. 435-523.

4.1.4.3 Cenário com mais do que uma *shell* na cadeia



Cenário 6 – *Shell* em cadeia

O cenário abordado na presente subsecção (doravante **cenário 6**) considera estruturas mais complexas, nas quais os fluxos de rendimento, após recebidos pela entidade de fachada, não seriam distribuídos de imediato a acionistas com substância. Ao invés, tais fluxos de rendimentos teriam um circuito mais longo até serem distribuídos a uma entidade com substância, passando por uma ou mais entidades sem substância até que a “distribuição final” ocorra.

Podemos equacionar duas soluções: i) poder-se-á aplicar a proposta em separado para cada uma das entidades sem substância, ou, ao invés; ii) a proposta poderá ser aplicada uma única vez a toda a estrutura, continuando a “escalar” uma cadeia de entidades sem substância até que encontremos o primeiro acionista com substância.

Determinante para perceber qual o entendimento do legislador para tais situações, até porque decorre do preâmbulo a importância de “atacar” cenários idênticos ao exposto⁷³, seria

⁷³Ver secção 12, págs. 22 e 23 do preâmbulo.

conhecer a amplitude da aplicação das consequências, *i.e.*, esgotar-se-ão as consequências ao nível do primeiro acionista e por isso não podemos escalar a cadeia? Ou, ao invés, as consequências terão tantos níveis quantas entidades sem substância a cadeia possua?

Caso as consequências se esgotassem ao nível do primeiro acionista, teríamos que aplicar as consequências tantas vezes quantas *shell* existissem numa cadeia. Na presente hipótese, aplicar-se-ia primeiramente o *look-through approach* entre **A** e **C** e, posteriormente, entre **B** e **D**. Se fosse de seguir o entendimento de que teremos que imputar o rendimento a uma entidade com substância, seria necessário ter em consideração a participação direta que o acionista tem na *shell C*, bem como a participação indireta que terá na *shell B*, de forma a que possa existir uma imputação total e perfeita. Feito isto, os Estados **A** e **D** efetivarão o *look-through approach*.

4.2 Identificação de problemas ao nível subjetivo

4.2.1 A falta de clareza e densificação do conceito de acionista

Tivemos a oportunidade de abordar o modo de tributar os fluxos de rendimentos enviados de e para a *shell* e o novo papel desempenhado pelo acionista: com a proposta, os rendimentos passam a ser tributados na sua esfera, como se tivessem sido auferidos diretamente. É, nas palavras do legislador, “a jurisdição do destino final do fluxo”.⁷⁴

A falta de detalhe no que respeita a quem poderá ser considerado acionista e, conseqüentemente, abrangido pela proposta, cria problemas que não terão sido antecipados pelo legislador. Ainda que possamos deduzir que, no caso de múltiplos acionistas, a cada um será imputado o rendimento na percentagem das suas participações sociais, haverá outras inferências que não poderemos fazer com tanta rapidez, sob pena de violação de princípios jurídicos fundamentais, entre os quais se encontra o princípio da proporcionalidade.⁷⁵

A proteção da proporcionalidade obriga a que questionemos se o legislador terá querido tributar toda e qualquer forma de participação, como se terá de proceder nas hipóteses em que a *shell* tem mais do que um acionista ou, ainda, se será de conferir um tratamento tributário idêntico a acionistas possuidores de participações diretas e a acionistas que possuam participações indiretas.

O seguinte exemplo é ilustrativo de eventuais dificuldades com que os abrangidos se depararão: um acionista, com uma participação direta ou indireta, será imputado (e tributado) na sua quota-parte dos rendimentos relevantes 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 na 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.

⁷⁴Cfr. disposto na secção 5, pág. 14 da exposição de motivos.

⁷⁵Para uma abordagem exaustiva da aplicação da proporcionalidade no âmbito fiscal, e particularmente no domínio do ordenamento jurídico da UE, veja-se NOGUEIRA, JOÃO FÉLIX PINTO, Direito Fiscal Europeu – O paradigma da proporcionalidade: a proporcionalidade como critério central da compatibilidade de normas tributárias internas com as liberdades fundamentais, Wolter Kluwer/Coimbra Editora, 2010.

A falta de clareza e de densificação pode conduzir a situações contrárias aos objetivos prosseguidos pela proposta⁷⁶. Além disso, o entendimento das ATs não será certamente unívoco em todos os EMs abrangidos pela proposta.

Então, e uma vez que estamos no domínio de instrumentos antiabuso (os quais devem ser interpretados de modo restritivo e os quais exigem a maior concretização e clareza possíveis) entendemos que a solução para o problema identificado passará por indicar, de forma detalhada e pormenorizada, nomeadamente com o recurso a percentagens⁷⁷ quem deverá ser considerado acionista para efeitos da imputação do rendimento previsto na proposta (por ser a entidade que se pode considerar que teve um qualquer controlo ou domínio na configuração da sua participada como *shell*. No entanto, teríamos sempre o problema de saber a quem imputar (e em quem tributar) os montantes de rendimento que não sejam capturados por essa imputação, nomeadamente por se encontrarem abaixo dos patamares definidos por uma questão de praticabilidade e de simplicidade.

Em nosso entender, esta proposta enferma de um vício conceptual grave, dado que importa para o fenómeno tributário o conceito de beneficiário efetivo último⁷⁸ quando o mesmo se mostra imprestável para a desconsideração da personalidade jurídico-tributária. Recorrer ao conceito de beneficiário efetivo (último) poderia conduzir à imputação de importantes somas do rendimento de um grupo empresarial à pessoa física que exerce um controlo efetivo sobre o grupo.

Isto parece-nos reprovável a vários níveis. Em primeiro lugar, por se tratar de uma violação grosseira do princípio da capacidade contributiva, na medida que imputaria rendimento (e reclamaria tributação) a um sujeito que – na esmagadora maioria das situações – não tem qualquer disponibilidade sobre o referido rendimento (nomeadamente porque o mesmo nunca lhe foi efetivamente distribuído – e, eventualmente, nunca o será). Em segundo lugar, por dar lugar a estratégias de planeamento fiscal (agressivo), com uma redução da equidade tributária internacional⁷⁹ e poupança fiscal eventualmente mais acentuada do que a

⁷⁶A exposição de motivos, na secção 1, invoca o objetivo de promover um sistema de tributação de empresas sólido, eficiente e justo na União Europeia. Na secção 2, pág. 4, a diretiva socorre-se da previsão da possibilidade de serem aplicáveis CDTs entre EMs e Estados terceiros para justificar uma eventual proporcionalidade da proposta. A presente secção da nossa tese contraria tal entendimento, e pretende demonstrar a falta de proporcionalidade que a falta de densificação do conceito de acionista aporta à proposta.

⁷⁷O que reclamaria um prévio estudo técnico que garantisse a proporcionalidade e justiça de tal abordagem.

⁷⁸A propósito do art. 10.º relativo às isenções.

⁷⁹A propósito do princípio da equidade no âmbito do Direito Fiscal internacional, ROSADO, PAULA PEREIRA – “Princípios do Direito Fiscal Internacional – Do Paradigma Clássico ao Direito Fiscal Europeu”, tese de doutoramento, Almedina, 2020, págs. 60-67.

originalmente conseguida pela *shell*. Com a imputação do rendimento à pessoa jurídica considerada como o beneficiário efetivo último,⁸⁰ bastaria que a mesma deslocasse a sua residência fiscal para uma jurisdição com baixa ou nula tributação⁸¹ para reduzir ou eliminar a tributação sobre os rendimentos *prima facie* obtidos pela *shell*.

Em nosso entender, a Comissão deveria ter mais cuidado com estes chamados transplantes jurídicos (“*legal transplants*”),⁸² uma vez que os mesmos podem introduzir problemas heurísticos e/ou hermenêuticos mais graves do que aqueles que originalmente se destinam a resolver.

4.2.2 Cadeias de participação com mais do que uma *shell*

A possibilidade de existirem várias entidades sem substância é referida no preâmbulo da proposta⁸³. Esta reconhece a importância de se evitar que tais fluxos de rendimentos venham a ser tributados na jurisdição de uma pessoa que seja, ela própria, uma *shell*.

Porém, a proposta não precisa o *modus operandi* na iminência de tal situação ocorrer. Ademais, são vários os entendimentos que decorrem do texto da proposta quando perante uma tal situação e os níveis de certeza e clareza não serão os desejados, como tivemos oportunidade de referir a propósito do **cenário 6**.⁸⁴

Uma interpretação literal do texto da proposta levar-nos-ia a concluir que o regime das consequências se esgota ao nível do primeiro acionista na cadeia⁸⁵ e, sendo este acionista uma *shell*, não é claro o modo como se efetivará a tributação. Segundo o entendimento de que se as consequências se esgotam ao primeiro nível, seria necessário aplicar as consequências separadamente para cada uma das entidades. Contudo, se não for este o entendimento a seguir, e como tivemos oportunidade de referir na abordagem ao **cenário 6**, existe mais do

⁸⁰Tendo em consideração, como referido anteriormente, o conceito proposto no âmbito da diretiva branqueamento de capitais e que é recuperado pela proposta de diretiva *sub judice*.

⁸¹O que poderia ser conseguido tanto selecionando uma jurisdição onde a taxa efetiva da tributação do rendimento das pessoas singulares fosse reduzida ou selecionando uma jurisdição de base territorial, a qual limita a incidência aos fluxos de rendimento com fonte no território da jurisdição.

⁸²Neste caso, a importação de um conceito retirado do domínio do branqueamento de capitais.

⁸³Disposto no parágrafo 12 do preâmbulo, págs. 22 e 23.

⁸⁴No ponto 4.1.4.3.

⁸⁵Isto porque os arts. 11.º e 12.º apenas preveem consequências para o EM do acionista da *shell*, não havendo disposição alguma que nos diga que tal acionista terá que ter substância económica para que se efetive a proposta.

que uma possibilidade (ora se aplica as consequências em separado para cada uma das entidades ou se “escala” a estrutura até ao primeiro acionista com substância).

Ainda assim, não parece ser de adotar o entendimento de que a proposta se refere unicamente ao primeiro nível de acionistas. Isto porque o preâmbulo se refere expressamente à necessidade de atacar as cadeias mais complexas, com mais do que uma *shell*.⁸⁶ Tal requer a desconsideração de todas as *shell* de uma determinada cadeia, e a consequente imputação ao primeiro acionista não *shell*, na percentagem da sua participação indireta.

Porém, uma tal solução apresenta os inconvenientes de forçar-nos a “escalar” a estrutura até que surja o primeiro acionista não *shell*. Muitas das vezes – sendo até o mais provável de acontecer em casos de múltiplos acionistas – os acionistas não *shell* encontrar-se-ão em EMs diferentes, e apesar da previsão de mecanismos de troca de informações, a complexidade de um procedimento que obrigue a aplicar a proposta repetidamente até que se encontre uma pessoa a quem se possa imputar o rendimento, levantará questões acerca da complexidade e dos custos de cumprimento e administrativos associados a uma tal abordagem.

Devemos ainda que reconhecer que a implementação de uma tal abordagem carece de uma densificação e previsão o mais detalhada possível, o que não ocorre com a atual redação. Note-se que numa cadeia com mais do que uma entidade sem substância, e com a imputação dos rendimentos obtidos *prima facie* por tais entidades ao primeiro acionista na cadeia, exige que, sob pena de violação da capacidade contributiva, haja uma imputação total e perfeita ao acionista (não *shell*), e tal só será garantido se este for imputado na percentagem das suas participações. Assim sendo, e existindo uma cadeia com várias entidades sem substância, a complexidade e dificuldade associada ao cálculo de cada participação indireta poderá ser um inconveniente que uma tal solução aporta. Repare-se que, se ao primeiro acionista com substância não lhe for imputada a percentagem de participações indiretas que tem em cada uma das entidades sem substância, uma imputação ora por excesso ora por defeito, levará a problemas de dupla tributação ou dupla não tributação, respetivamente.

⁸⁶Ver NR n.º 77.

4.3 Identificação de problemas ao nível objetivo

4.3.1 Rendimentos relevantes e gastos

A presente proposta é parte de um conjunto de medidas que visa “melhorar o atual sistema de tributação, com especial incidência na garantia de uma tributação justa e eficaz”.⁸⁷

Note-se que estamos no domínio da fiscalidade direta, e que a proposta não visa, pelo menos em primeira linha, lutar contra situações de *transações* sem substância, mas sim de *entidades* sem substância. Note-se ainda que se trata de uma proposta enquadrável no IRC, imposto que incide sobre os lucros das pessoas coletivas. A tributação pelo lucro deve ser entendida como a expressão da justiça na tributação.⁸⁸ Ainda que haja várias abordagens possíveis quanto à noção de lucro, a teoria do rendimento-acréscimo que define rendimento como o acréscimo líquido do poder económico de um sujeito entre dois momentos temporais, é comumente aceite. No quadro dos sistemas tributários construídos com base nesta noção, serão tidos em consideração todos os gastos (de acordo com a lei) e perdas incorridos para a obtenção dos rendimentos.⁸⁹

Numa dissertação com os limites da presente, não nos poderemos ocupar duma análise dogmática do lucro enquanto conceito central do IRC. Neste momento, apenas consideramos importante notar que as pessoas coletivas são tributadas em função do seu lucro, que tem em conta os gastos e perdas incorridos, e não unicamente as receitas auferidas.

A adoção do *look-through approach* e a previsão da tributação do rendimento que é recebido pela *shell* nas mãos do(s) acionista(s), tal como consagrados na proposta, levam-nos a crer que o legislador europeu terá tido um entendimento substancialmente diferente. Já tivemos oportunidade de referir que sendo a entidade sem substância económica ignorada, é na esfera do(s) acionista(s) da empresa que os rendimentos serão tributados. Contudo, a proposta prevê que o EM do(s) acionista(s) tributará os *rendimentos relevantes* da empresa

⁸⁷Cfr. secção 1, pág.1 da exposição de motivos.

⁸⁸Cfr. indica MORAIS, RUI – “Apontamentos ao IRC”, Almedina, 2009, págs. 33-35. Segundo o autor, e apesar da dificuldade em chegarmos a um conceito unívoco de lucro, “a noção utilizada tem de ser apta para traduzir, tão corretamente quanto possível, a capacidade contributiva de um sujeito passivo. A definição da matéria coletável é, nesta medida, uma questão essencial da justiça de um imposto”. Ainda que os rendimentos obtidos sejam elemento de incidência objetiva do imposto, a incidência real remete-nos para a definição de lucro, sendo sobre os lucros que as pessoas coletivas são tributadas.

⁸⁹MORAIS, RUI – “Apontamentos ao IRC”, Almedina, 2009, págs. 34-35; VASQUES, SÉRGIO – “Manual de Direito Fiscal”, Almedina, 2022, pág. 297.

sem substância e não o respetivo *lucro*. Ademais, é ainda previsto que qualquer imposto pago sobre esses rendimentos no EM da *shell*⁹⁰ será alvo de uma dedução no EM do acionista.

Compreendemos o entendimento do legislador. Trata-se de considerar tais rendimentos como rendimentos do(s) acionista(s) (que aliás é consequência da desconsideração da personalidade jurídica) e, nessa medida, caberia ao(s) acionista(s) contrabalançar os rendimentos obtidos com os gastos adstritos à obtenção dos mesmos. Ou seja, tratar-se-á da tributação dos lucros na esfera do(s) acionista(s), e caberá ao EM do(s) acionista(s) determiná-lo. Note-se que não estamos aqui no âmbito da tributação de dividendos na esfera do(s) acionista(s), situação para a qual o lucro já teria sido determinado e tributado *a priori*.

Ao partir do pressuposto de que estamos a lidar com um fenómeno no qual se interpõe uma entidade numa cadeia para com isso beneficiar de regimes que tal interposição será capaz de garantir, e que a entidade é considerada sem substância económica, poder-se-ia presumir que a *shell* não incorre em gastos para a obtenção do rendimento. Não poderemos partilhar de tal entendimento, sob pena de se violar princípios tributários basilares, como o da capacidade contributiva.⁹¹

Não cumpre, na nossa análise, examinar a adequação dos requisitos que estão na base da qualificação de uma entidade como *shell*.⁹² A *shell*, pela falta de substância que lhe é reconhecida, terá eventualmente poucos gastos e/ou perdas. Porém, não poderemos partir de uma probabilidade para uma presunção inilidível de ausência dos mesmos.⁹³ Tal denota a falta de cuidado do legislador em relação a um tema que merecia outra abordagem.⁹⁴

No nosso entendimento, o primeiro parágrafo do art. 11.º, n.º 2 deveria ser alterado, passando a ter em consideração os respetivos gastos adstritos à obtenção das receitas.⁹⁵

⁹⁰Que será um imposto (auto-)liquidado e pago sobre o lucro da *shell*, *i.e.* e de forma muito simplificada com base no rendimento deduzido de despesas.

⁹¹CASALTA NABAIS, JOSÉ – “O dever fundamental de pagar imposto”, tese de doutoramento, Almedina, 2020, págs. 436-526.

⁹²Ainda que a doutrina seja bastante crítica quanto aos mesmos. Neste sentido, ver PASQUALE, PISTONE, et. al – “Abuse, Shell Entities and Right of Establishment: A Plea for Refocusing Current Proposals and Achieving Deeper Coordination within the Internal Market”, *World Tax Journal*, Volume 14, Issue 2, mai/2022.

⁹³Sob pena de violação das ideias de capacidade contributiva e de tributação pelo lucro real. Sobre o recurso a presunções no domínio fiscal, PISTONE, PASQUALE, et. al. – “Abuse..”, citado na NR 11, págs. 21-26.

⁹⁴Tem sido discutido o impacto que tal proposta poderá ter nas estruturas holding, nas quais a presença dos elementos que a proposta estipula para não se ser uma *shell* são bastante ténues ou, por vezes, inexistentes. Ainda assim, não se poderá considerar que tais estruturas estão isentas de gastos ou perdas, de tal modo que todo o rendimento será lucro. A propósito da aplicação dos requisitos de substância económica a estruturas holding e a sujeição destas ao regime da *unshell*, veja-se TOLMAN, CHARLOTTE e MOLENAARS, MICHAEL – “The Unshell Directive and Its Impact On Dutch Holding Structures”. *Tax notes international*, Volume 106, abr/2022.

⁹⁵Curamos de propor uma alteração no fim do próximo ponto, pela necessidade de interligar os problemas descritos em ambos os pontos.

4.3.2 A dedução do imposto pago

Tivemos oportunidade, no ponto transato, de nos referirmos à possibilidade de dedução do imposto pago no EM da *shell*. A utilização da expressão “pago” é, a nosso ver, um obstáculo à efetivação de tal dedução.

A título de exemplo, e revelador das dificuldades que a atual redação comporta, eventuais deduções de prejuízos (perdas de anos transatos), situações que podem ter genuinamente ocorrido, podem não ser tidas em consideração. Note-se que estas deduções são perdas de anos transatos e que são utilizadas para reduzir a carga fiscal da *shell* em determinado período. Na iminência de a *shell* ocorrer em perdas em determinado ano fiscal, não haverá lugar à dedução do imposto pago, porquanto não haverá imposto a pagar. Contudo, havendo lucro tributável nos períodos seguintes e se dê o reporte de prejuízos, a consequência poderá ser o pagamento de um imposto que não corresponde precisamente ao que decorre dos lucros registados pela *shell* desse ano. Então, enquanto que no ano em que as perdas terão ocorrido não haverá lugar à dedução do imposto pago, no ano seguinte haverá lugar à dedução de um montante de imposto que não corresponde à tributação imposta à *shell* (a dedução não será capaz de refletir a tributação pelo lucro). Esta situação acaba por evidenciar todo o entendimento do legislador (e que referimos no ponto transato) em relação à ausência de gastos e/ou perdas por parte da *shell*, o qual fere o princípio da capacidade contributiva.

Caso a proposta não seja alterada, isto poderá ainda levar a esquemas de planificação fiscal indesejada. A *shell* poderá não alegar a dedutibilidade de quaisquer perdas ou custos, levando assim a um nível de tributação superior ao que normalmente incidiria sobre esses rendimentos e, mediante a dedução desse imposto ao nível do acionista, reduzir a tributação que normalmente incidiria sobre o mesmo. Ainda que tal expediente não fosse capaz de reduzir a tributação do grupo (considerado como um todo), a mesma afetaria a alocação da tributação entre os diferentes EMs, num entrave à distribuição das receitas tributárias equilibrada entre os vários Estados envolvidos.

A solução passaria pela eliminação da palavra “pago” e pela introdução da possibilidade de dedução do imposto, substituída agora pela expressão “que incida sobre esses rendimentos”. Estas alterações ao n.º 2 do art. 11.º (as que decorrem deste ponto e do ponto

transato) permitiriam ainda combater o problema abordado no parágrafo anterior, na medida em que apesar de sempre ser possível não alegar a dedutibilidade de perdas ou custos, um tal entendimento também teria o efeito adverso de impor uma maior tributação no EM do acionista.⁹⁶

Por fim, tal entendimento permitiria ainda abstrair-nos do momento financeiro do pagamento do imposto e dirigir o foco para a existência da obrigação do imposto visto que, ainda que não tenha sido efetivamente pago, a obrigação tributária poderá estar cumprida (em face das perdas que tivemos oportunidade de referir).

Propomos então, após a análise dos problemas ao nível objetivo, que o fraseado do primeiro parágrafo do art. 11.º, n.º2 passe a conter a seguinte redação:

“O Estado-Membro do(s) acionista(s) da empresa tributa os rendimentos relevantes da empresa **e tem ainda em consideração os gastos adstritos à sua obtenção**, em conformidade com o seu direito nacional, como se estes tivessem sido diretamente auferidos diretamente pelo(s) acionista(s) da empresa e deduz qualquer imposto **que incida sobre esses rendimentos** no Estado-Membro da empresa (...)”.

⁹⁶Isto porque propusemos, no ponto transato a alteração do art. 11.º, n.º2.

4.4 A dupla tributação

4.4.1 A dedução do imposto pago ao nível da *shell*: situações internas e situações com Estados terceiros

Sem prejuízo da crítica que tivemos oportunidade de adereçar anteriormente a propósito da possibilidade de dedução no EM do acionista ser relativa ao imposto efetivamente pago no EM da *shell*,⁹⁷ a verdade é que a proposta exige, para a efetivação de tal crédito, que estejamos perante uma situação transnacional no quadro da União, *i.e.* entre EMs.⁹⁸

Apesar da previsão de hipóteses nas quais quer o ordenante quer o acionista sejam residentes em Estado terceiro,⁹⁹ e os restantes envolvidos na cadeia sejam residentes em EMs, o texto da diretiva não prevê um tratamento semelhante ao previsto para a situações intra-europeias, em relação ao imposto pago ao nível da *shell*.¹⁰⁰ Não dirigimos a nossa crítica para a falta de previsão, no texto da diretiva, do modo de proceder quando o Estado do acionista seja um Estado terceiro, porque sabemos as limitações inerentes a uma proposta de DUE. No entanto, e de um ponto de vista conceptual ou dogmático, a solução tem de ser equacionada (pelo menos) no momento da implementação da diretiva ao nível do direito doméstico de cada um dos EMs.

A possibilidade de dedução do imposto deve ser prevista ao nível do EM do acionista, o qual deverá ter em conta o imposto pago ao nível do EM da *shell*.

Para a presente secção, importa referir que apenas nos referiremos à diferença de tratamento entre as situações em que o Estado do ordenante (ou seja, “da fonte”) é um EM face aos casos em que este é um Estado terceiro – sendo tanto a *shell* como o acionista residentes num EM. Para a presente consideração, não teremos em conta nem os casos de *shell* nem de acionista residentes num Estado terceiro dado que tal situação não deve ser regulada pelo direito da União.¹⁰¹

⁹⁷Cfr. abordado na secção 4.3.2.

⁹⁸Tal entendimento decorre do art. 11.º n.º2 da proposta, que ao prever as consequências que decorrem para o EM do acionista, condiciona tal abordagem à necessidade de o acionista da empresa e do ordenante serem residentes fiscais em EM.

⁹⁹Cfr. disposto nos dois últimos parágrafos do n.º2 do art. 11.º

¹⁰⁰Veja-se a parte final do art. 11.º, n.º2, nomeadamente o penúltimo parágrafo.

¹⁰¹Repare-se que a proposta é um instrumento europeu, e apesar de prever, nas suas disposições, situações nas quais figuram envolvidos que são Estados terceiros, o *modus operandi* para essas situações é sempre direcionado aos EM, ao modo como deverão proceder quando perante tais situações.

Posto isto, e na medida em que o Estado terceiro adote o entendimento da proposta, não vislumbramos motivos para tratar de forma diferente as situações e não permitir a dedução da tributação imposta ao nível da *shell*. Terá sido intenção do legislador europeu que o EM do acionista permita a dedução nestas situações, até porque decorre da exposição de motivos.¹⁰² Apelamos então para que, e em face da falta de certeza e clareza legais, se proceda a uma revisão da proposta para eliminar os níveis de incerteza que a mesma comporta. Não existe um entendimento unívoco quanto ao modo de efetivar a desconsideração da personalidade jurídica e é lamentável que assim seja.¹⁰³

Note-se que a desconsideração da personalidade jurídica, como tivemos oportunidade de abordar¹⁰⁴, é uma ficção legal e não altera o circuito real dos rendimentos. Por isso mesmo, a previsão da dedução em apreço é vital para que se garanta a efetividade e justiça da proposta, dado que os rendimentos, no seu circuito real, poderão estar sujeitos a tributação no EM da *shell*.

Ainda que dependamos de o entendimento do Estado terceiro da “fonte” ser conivente com a proposta, na iminência de tal acontecer, a adição à proposta de uma previsão idêntica à utilizada para as situações puramente europeias seria capaz de lidar com o problema e garantir a dedução do imposto pago ao nível da *shell*.

4.4.2 Relação do regime em respeito à dedução pelo imposto pago na fonte com as disposições dos acordos de eliminação de dupla tributação

A possibilidade de dedução do imposto pago¹⁰⁵ quer no EM da *shell* quer no EM da “fonte” dos rendimentos da *shell* está consagrada na proposta (apesar de esta última apenas constar da exposição de motivos). Aqui, ao contrário do ponto transato, não trataremos de diferença de tratamento entre situações europeias e situações com Estados terceiros.

¹⁰² Tal entendimento é presente na secção 5 da exposição de motivos, nas págs. 14 e 15, nomeadamente na previsão das indicações dadas aos EMs do acionista.

¹⁰³ A propósito do desalinhamento entre as consequências previstas nos cenários da exposição de motivos e as consequências elencadas no texto da diretiva, ver Feedback da KPMG na consulta pública realizada pela CE disponível em: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12999-Tax-avoidance-fighting-the-use-of-shell-entities-and-arrangements-for-tax-purposes/F3001870_en.

¹⁰⁴ Capítulo 4.1.1.

¹⁰⁵ Utilizaremos, para nos referirmos ao crédito pelo imposto pago na fonte à expressão “dedução do imposto”. Ainda que não concordemos com a utilização de tal expressão, seguiremos as expressões utilizadas pelo legislador na redação da proposta.

A dedução do imposto pago na fonte é-nos dada pela possibilidade de, na efetivação do *look-through approach*, serem chamadas a aplicar as CDTs existentes entre o Estado da “fonte” e o Estado do(s) acionista(s) da empresa.

Contudo, não é concretizado o modo de proceder no que respeita à aplicação das CDTs e a simples previsão (tanto para situações puramente europeias como para situações com Estados terceiros) de que os Estados poderão aplicar as CDTs que tenham em vigor¹⁰⁶ não conferirá a certeza legal que é exigida. Aliás, acreditamos que a aplicação das disposições das CDTs, tal como previstas, poderá conduzir a resultados indesejados.

Isto porque se os mecanismos previstos para a efetivação das deduções tiverem como base o fraseado que consta das Convenções Modelo da OCDE e da ONU, só será garantida a dedução do imposto pago na fonte nas situações em que um residente dum Estado contratante obtiver rendimentos que possam ser tributados noutra Estado contratante.¹⁰⁷ *A contrario sensu*, um Estado contratante não poderá tributar rendimentos que não tenham sido obtidos de um outro Estado contratante (que é o decorre realmente da efetivação da desconsideração da personalidade jurídica visto que o rendimento terá sido recebido, em primeiro plano, pelo EM da *shell*).

Tivemos também oportunidade de abordar, *supra*,¹⁰⁸ que é de extrema importância distinguir a ficção legal que é a personalidade jurídica, bem como a sua desconsideração, do circuito real e efetivo que os fluxos de rendimentos percorrem. Está bom de ver que o rendimento continua a seguir o seu percurso “normal” (e, de um ponto civil, comercial e bancário, esse percurso continuará a ser considerado como válido).¹⁰⁹ Assim, não é a adoção da proposta que fará com que o rendimento siga diretamente para a jurisdição do acionista da empresa. Ficcionámos que assim o é, mas apenas para efeitos de tributação.

A consequência será que a aplicação literal quer do mecanismo de crédito quer do mecanismo de isenção tal como previsto das CDTs não permitirá a dedução do imposto pago na “fonte” ao acionista. Isto será assim porque as disposições respeitantes aos mecanismos de dedução apenas garantem a dedução do imposto quando um Estado obtiver rendimentos. Ora, de facto, o Estado do acionista não terá recebido qualquer rendimento, sendo que o recetor de tais rendimentos terá sido o Estado no qual a entidade sem substância é residente. Estes

¹⁰⁶E que, porventura, eliminaria ou mitigaria a dupla tributação com a devida aplicação do mecanismo de crédito previsto no acordo.

¹⁰⁷Cfr. previsto no art. 23.º-B das CMs OCDE e da ONU.

¹⁰⁸ Ver secção 4.4.1.

¹⁰⁹Ver NR 53.

mecanismos referem-se, nas suas disposições, à jurisdição da *shell* e não à jurisdição do acionista.

Sempre poderíamos apelar, para solucionar tal problema, a uma modificação aos mecanismos previstos nas CDTs relativamente aos métodos de eliminação da dupla tributação. Tais métodos preveem que a eliminação da dupla tributação é garantida quando um Estado contratante receber rendimentos de outro Estado contratante. Uma eventual alteração que permitisse a aplicação dos mecanismos previstos para este tipo de situações implicaria que se operasse uma ficção legal idêntica à que a proposta preconiza para o recetor dos rendimentos. Ou seja, as CDTs, nas disposições relativas aos métodos de eliminação de dupla tributação deveriam ficcionar que o rendimento terá sido pelo acionista e não pela *shell*.

Poder-se-ia acrescentar o seguinte fraseado aos arts. relativos aos métodos: “Sempre que o art. 29(9)¹¹⁰ seja aplicável, e o rendimento possa ser tributado no Estado do seu beneficiário efetivo, será este Estado o Estado contratante que obteve os rendimentos, para efeitos dos números anteriores”.

Desta forma, permitir-se-á ficcionar que o Estado do acionista da empresa terá sido o recetor dos rendimentos, apesar de o circuito real percorrido pelos rendimentos até que cheguem aos acionistas incluir a *shell*.

Ainda assim, a solução encontrada acaba por depender de terceiros, na medida em que coloca o poder de garantir a efetividade da diretiva em organizações terceiras e independentes da UE, como são a OCDE e a ONU.

4.4.3 A possibilidade de não desconsideração da personalidade jurídica (quando perante jurisdição terceira)

Ainda que a proposta tenha a sua eficácia condicionada ao plano europeu, a previsão da possibilidade de Estados terceiros adotarem o entendimento de que estamos na presença duma *shell* e, por conseguinte, ignorarem a interposição desta na cadeia, é abordada especificamente pelo legislador europeu. Acreditamos que seja de aplaudir uma tal possibilidade, ainda que

¹¹⁰PPT criado pela OCDE e agora instituído no contexto das CDTs. A aplicação deste art. permite negar a aplicação dos benefícios decorrentes dos tratados quando ficar demonstrado que o propósito principal da criação determinada estrutura ou transação terá sido a obtenção de uma vantagem fiscal.

também nos deparemos com problemas, tanto para Estados terceiros como para os europeus, de uma tal abordagem.

A possibilidade de os Estados terceiros desconsiderarem a personalidade jurídica da *shell* localizada na União, faria com que, em termos práticos, o tratamento a conferir fosse idêntico ao da proposta. Contudo, o entendimento de que a tributação deverá operar tendo em conta o fluxo real dos rendimentos, *i.e.*, não desconsiderando a personalidade jurídica, trará consequências indesejadas, que vão para além da intenção de neutralizar os efeitos de introduzir uma *shell*.

Iremos socorrer-nos dos cenários anteriormente elencados para abordar os efeitos negativos ao nível da dupla tributação que a interposição de um Estado terceiro e a permanência da obrigação de cumprir com as disposições da proposta para os EM poderá ter.

Cenário 1: O cenário 1 não nos interessa neste momento, dado corresponder a uma situação puramente europeia.¹¹¹

Cenário 2: Neste cenário, apenas **A** é um Estado terceiro. A exposição de motivos prevê duas possibilidades para a tributação a operar no Estado do ordenante, i) ora é “aplicado o imposto nacional ao pagamento efetuado ao exterior”¹¹² (ou seja, estaríamos perante a hipótese na qual o Estado terceiro não adota o entendimento da proposta), ii) ou decide “aplicar a convenção em vigor celebrada com a jurisdição do acionista da empresa” (ou seja, o Estado terceiro replica o modelo da proposta de diretiva para Estados da União). No que respeita aos outros Estados (**B** e **C**), a tributação seguirá os trâmites normais da proposta, independentemente da abordagem do Estado terceiro.

Mesmo que se considere que a recusa do certificado impede completamente a aplicação de CDTs,¹¹³ e considerando que o rendimento deverá ser tributado com base no circuito real dos rendimentos, **A** recorrerá às leis nacionais aplicáveis à situação. Dessa forma, tributará o pagamento como se fosse feito à *shell* e emitirá os certificados de retenção respetivos (a única coisa que não fará será ter em conta a CDT com a *shell*). O acionista não conseguirá deduzir o imposto que terá sido pago pela *shell* na “fonte” porque o Estado terceiro não considera que esse montante foi pago ao acionista, mas sim à *shell*.

¹¹¹Sem prejuízo das críticas feitas ao longo de toda a nossa análise, este cenário será aquele em se conseguirá eliminar ou mitigar a dupla tributação. Esta eliminação é conseguida através da dedução do imposto pago ao nível da *shell* e ao nível da fonte no EM do acionista da empresa.

¹¹²Cfr. disposto na secção 5, pág. 14.

¹¹³Atente-se na opinião que emitimos em relação aos efeitos relativos ao certificado de residência fiscal, na secção 1.1.

A consequência principal será a da não aplicação da CDT entre **A** e **C**. O mesmo rendimento será tributado duas vezes na esfera jurídica de pessoas diferentes. Em **A**, o rendimento será tributado na fonte como rendimento de um não residente (*shell*). Em **C**, o rendimento será tributado no âmbito da tributação pelo rendimento mundial do acionista, e não ocorrerá a dedutibilidade da retenção na fonte ao nível de **A**. Dará lugar a dupla tributação económica (dado que a tributação se efetua, pelo menos formalmente, no âmbito de pessoas jurídicas distintas).

Cenário 3: No cenário em apreço, deparamo-nos com a presença de **A** e **B** na UE, ao passo que **C** é um Estado terceiro.

Na adoção do *look-through approach* **A** aplicará a CDT em vigor com **C** ou, na falta desta ou ausência de adoção de uma tal abordagem por parte de **C**, as suas leis nacionais. **B** adotará, também, as consequências previstas na proposta, *i.e.*, negará acesso a CDTs ou diretivas com outros Estados, mas aplicará as obrigações tributárias nacionais à entidade sem substância.

Já no que toca a **C**, sendo um Estado terceiro, a exposição de motivos reconhece as fragilidades da interposição de tal jurisdição. É-nos dito que poderá ser solicitado a **C** a aplicação da CDT em vigor com **A**.

Das duas uma, ou **C** aplica a CDT em vigor com **A** (“fonte”) e a consequência será a perda de capacidade de tributar dos EM (produzindo um efeito contrário ao pretendido pela proposta, que afirma que a adoção da mesma aumentará as receitas fiscais dos EM), visto que a tributação dos lucros, para efeitos das convenções modelo, será alocada exclusivamente ao Estado do acionista. Ou, em sentido inverso, **C** não desconsidera a personalidade jurídica da entidade. Com a não aplicação das CDT, e com a aplicação das leis domésticas do Estados envolvidos, haverá dupla tributação económica e jurídica, na medida em que o montante retido na fonte não será dedutível em **C**, havendo lugar a dupla tributação económica e jurídica, na esfera do acionista.

Cenário 4: No último cenário, apenas **B** é um EM. As consequências dependerão do tratamento adotado pelos Estados terceiros. Novamente, a exposição de motivos prevê a possibilidade de **A** adotar um entendimento semelhante ao **cenário 2**, ora desconsiderando a personalidade jurídica da *shell*, ora ignorando o entendimento da diretiva e tributando o circuito real dos rendimentos. Em **B** permanecerá a imposição do cumprimento das obrigações nacionais.

Só a adoção do *look-through approach* por parte dos dois Estados terceiros garantiria a efetividade do regime proposto, visto que nem **A** nem **C** estarão legalmente obrigados a adotar mecanismos de eliminação da dupla tributação do rendimento recebido pela *shell* e posteriormente distribuído ao acionista.

A desconsideração da personalidade jurídica por parte apenas de qualquer um dos Estados terceiros, levar-nos-ia a consequências idênticas às dos **cenários 2 e 3**. Mais desastrosa ainda será a não desconsideração da personalidade jurídica por ambos os Estados, *i.e.*, a tributação de acordo com o circuito real dos rendimentos. Partindo da premissa de que, efetivamente, o certificado de residência fiscal impediria a aplicação das CDTs com os Estados envolvidos, a consequência será a aplicação das leis nacionais de todos os Estados envolvidos na situação, sem recurso a mecanismos que visem eliminar a dupla tributação. Nesta hipótese, o mesmo rendimento será tributado três vezes (retenção na fonte em **A**, tributação ao nível de **B** e posterior tributação em **C**) e a *shell* será tributada duas vezes, em face da retenção na fonte que, à partida, não será dedutível e da tributação imposta ao nível do EM.

4.4.4 Uma possível solução para Estados terceiros

Não nos compete, nesta dissertação, analisar a necessidade de implementar a presente proposta. Também não nos é possível avaliar o impacto que a redução da proposta a um contexto europeu teria.¹¹⁴

Somos da opinião que, sem prejuízo dos outros problemas abordados, a efetividade da proposta melhoraria a sua efetividade se as soluções propostas fossem adotadas a nível global. Tal poderia fazer-se através da combinação de dois instrumentos normativos: i) um

¹¹⁴Ainda que, em primeira linha, possamos admitir que poderá implicar uma “fuga” de *shell* para jurisdições terceiras, que não procedam da mesma forma. O que, naturalmente, reduzirá as receitas fiscais da União.

instrumento multilateral,¹¹⁵ no quadro da OCDE, aberto à subscrição de quaisquer Estados, e;
ii) um modelo de regras internas com linhas orientadoras.

O instrumento multilateral conduziria uma modificação automática de algumas regras das CDTs celebradas entre os signatários, impedindo a obtenção das vantagens decorrentes das CDTs quando um dos beneficiários fosse considerado uma *shell*.

O modelo de regras internas com linhas orientadoras estabeleceria o *modus operandi* de aplicação do instrumento multilateral, com normas que, seguindo a abordagem da proposta *unshell*, apresentaria soluções idênticas às que o legislador europeu prevê para os EMs.

¹¹⁵Repare-se que muitos dos problemas que abordamos prendem-se com a incapacidade do legislador de vincular Estados terceiros. Inclusive, através do que cremos ser uma tentativa frustrada de mitigar tal incapacidade, através do certificado de residência fiscal, como referimos *supra*. Com um instrumento multilateral, lograr-se-ia negar o acesso a CDTs (sendo o acesso a diretivas negado pela *unshell*), aumentando com isso a efetividade da proposta, ainda que condicionada à adesão por parte dos Estados. Ver ainda, para mais desenvolvimentos, HOOR, OLIVER R., et. al. – “Using a Sledgehammer to Crack a Nut: The European Commission’s Draft Directive to Tackle Shell Entities”, Tax notes international, vol. 106, no. 2, abr/2022; “Is the Unshell Directive proposal really necessary?”, disponível em: <https://globtaxgov.weblog.leidenuniv.nl/2022/05/19/is-the-unshell-directive-proposal-really-necessary/>

5. CONCLUSÕES

- I. A proposta de diretiva n.º 2021/0434 visa pôr cobro à prática, de algumas multinacionais, de interposição de entidades fictícias para com isso beneficiar do acesso a vantagens tributárias conferidas por acordos em matéria de eliminação da dupla tributação e/ou diretivas. Fá-lo através da exigência de requisitos de substância económica mínima os quais, não se encontrando verificados, despoletam uma presunção ilidível de substância e podem determinar consequências no plano tributário. A presente dissertação centra-se no exame crítico e reflexivo dessas consequências.
- II. As consequências previstas apresentam diversos elementos de regime que acabam por afastar a proposta do seu *rationale*, colocando ainda diversos problemas de compatibilidade com princípios fundamentais do Direito fiscal.
- III. Uma das consequências refere-se ao certificado de residência fiscal. Não sendo ilidida a presunção, o EM de residência da *shell* deve ou recusar a sua emissão ou emitir um certificado com a menção de que a entidade é uma *shell*.
- IV. Os objetivos visados ficam desde logo comprometidos, pela natureza *ad probatorium* do certificado. Nesses termos, e mesmo face à recusa ou emissão condicionada, será sempre possível ao ente provar a sua residência através de outros elementos probatórios, acedendo aos benefícios das CDTs e/ou das diretivas.
- V. A previsão de duas alternativas no que se refere ao certificado de residência, levanta problemas de segurança jurídica e diferenças de tratamento no contexto de um mercado interno que se pretende único. Propomos, por isso, a modificação da proposta e a adoção de um regime único.
- VI. Por fim, e ainda no que toca ao certificado de residência fiscal, os países terceiros terão ainda de decidir qual o valor a atribuir ao certificado com a menção ou à ausência de certificado. Tais Estados ver-se-ão confrontados com problemas ao nível doméstico, na medida em que a adoção da abordagem prevista na diretiva, sem mais,

implica violar um instrumento normativo internacional (a CDT) ao qual se encontram vinculados, sem que concorrentemente se aplique um instrumento normativo com primazia (direito da União Europeia). Em nome da certeza legal e segurança jurídica, cremos ser de propor a restrição da aplicação da consequência relativa ao certificado a um contexto europeu, permitindo a emissão dos certificados sem qualquer condição quando a prova de residência seja dirigida a um Estado terceiro (devidamente mencionado no certificado).

- VII. No que respeita à consequência da desconsideração da personalidade jurídica, trata-se essencialmente de “ignorar” a *shell*, o que deve ser feito por todos os Estados nos quais se encontre a *shell*, os seus acionistas ou os seus agentes pagadores. Nesses casos, a tributação ocorre como se os rendimentos tivessem sido auferidos diretamente pelo acionista da empresa, na esfera do qual serão tributados os rendimentos efetivamente recebidos pela *shell*.
- VIII. Ao nível subjetivo, identificamos problemas relacionados com a falta de clareza e densificação do conceito de acionista e com a interposição de mais do que uma *shell*.
- IX. O regime melhoraria bastante com a densificação do conceito de acionista, nomeadamente através do recurso a percentagens para delimitar com precisão aqueles que seriam afetados pela proposta, retirando da mesma aqueles que por não possuírem qualquer influência ou impacto na estrutura, se encontram fora do *rationale* subjacente à proposta.
- X. Apesar de prever a necessidade de atacar estruturas mais complexas, a proposta não prevê qual o *modus operandi* da mesma nos casos de estruturas com mais do que uma *shell*.
- XI. Em nosso entender, e apesar dos custos de cumprimento e dificuldades associadas, que o cumprimento do *rationale* da proposta implica que se escale na estrutura, até que o rendimento possa ser imputado ao primeiro acionista *não-shell*.
- XII. Identificamos várias situações que, ao contrário dos objetivos da proposta, conduzirão efetivamente a dupla tributação. No que respeita à dedução do imposto pago ao nível

da *shell*, é inconcebível a diferença de tratamento quando perante uma situação terceira.

- XIII. Nestas, não se encontra prevista a possibilidade de dedução pelo imposto pago ao nível da *shell*, quando o acionista resida em Estado terceiro.
- XIV. A dedução do imposto pago ao nível da fonte (*i.e.*, do montante retido tendo em conta o pagamento à *shell*) e a dedução do imposto pago ao nível da *shell*, ambos no Estado Membro do acionista da *shell* são essenciais para garantir a efetividade da proposta. A dedução do imposto pago ao nível da fonte é garantida por recurso às CDTs.
- XV. Contudo, é preciso ter presente que o circuito real dos rendimentos não é alterado e que a aplicação dos preceitos legais das CDTs, nos termos do fraseado atual das mesmas não garantirá a dedução do imposto pago ao nível da fonte. Isto porque as CDTs se referem sempre à possibilidade de eliminar a dupla tributação, mas sempre por referência à *shell*, que é a recetora efetiva dos rendimentos. Apesar de a solução não estar na disponibilidade do legislador europeu, consideramos ser importante introduzir uma alteração ao fraseado das CDTs, de modo a incluir a possibilidade de eliminação da dupla tributação também nestas situações.
- XVI. Por fim, a demonstração dos efeitos que ocorrerão na iminência de nos depararmos com uma estrutura terceira, na qual os Estados terceiros não adotem o entendimento diretiva, faz-nos crer que dificilmente se atingirá os objetivos pretendidos com a implementação de um instrumento legislativo europeu que pretenda produzir efeitos a nível global.
- XVII. Cremos por isso, que em coordenação de esforços com uma organização internacional como a OCDE, deveria ser criado um instrumento multilateral, aberto à adesão dos Estados, que alterasse as CDTs e impedisse o acesso aos benefícios decorrentes das mesmas quando na presença duma *shell*. Tal seria complementado com regras modelo a implementar domesticamente pelos Estados terceiros interessados em introduzir as soluções previstas na diretiva nas suas relações com EMs da UE e Estados terceiros que também o queiram.

BIBLIOGRAFIA

I. Livros e artigos científicos

B

BÆRENTZEN, SUSI HJORTH, et al. – “*Limitation of holding structures for intra-EU dividends: A blow to tax avoidance?*”. CPB Netherlands Bureau for Economic Policy Analysis, CPB Discussion Paper, dec/2019

BORGES, RICARDO DA PALMA e CARMO, MARTA – “*The EU Directive against tax avoidance and its possible impact on the Portuguese Controlled Foreign Companies regime*” em “*International Taxation: new challenges*”. Universidade do Minho, 2017

C

CALDERÓN, JOSÉ e RIBEIRO, JOÃO SÉRGIO – “*The complex situation of intermediary holding companies in the EU after the CJEU landmark decisions on the “Danish cases”*”. UNIO – EU Law Journal, Vol. 6, No.1, jan/2020

CASADEVALL, JORDI DE JUAN – “*La responsabilidad subsidiaria del artículo 43.1.h) de la Ley General Tributaria: “sociedad refugio” y levantamiento del velo*”. Crónica Tributaria, Núm. 184/2022 (11-28), mai/2022

CASALTA NABAIS, JOSÉ – “Direito Fiscal”, Almedina, 10^a ed., 2017

NABAIS, CASALTA – “O Dever Fundamental de Pagar Impostos”, Almedina, Reimpressão 2020, 2020

COURINHA, GUSTAVO LOPES – “*A residência no Direito Internacional Fiscal – Do Abuso Subjetivo de Convenções*” Tese de Doutoramento, Almedina, 2020

D

DANON, ROBERT, et al. – “*The Prohibition of Abuse of Rights After the ECJ Danish Cases*”. Intertax, Volume 49, Issue 6 & 7, 2021

DINE, JANET e KOURSIAS, MARIO – “*The Three Shades of Tax Avoidance of Corporate Groups: Company Law, Ethics and the Multiplicity of Jurisdictions Involved*”. *European Business Law Review*, Volume 30, Issue 1, 2019

E

ELEFThERIOU, ANTONIA - “*The Proposal for ATAD-3 and the economic substance under EU law*” – Tese de mestrado em “*International Business Tax Economics*”. *Tilburg School of Economics and Management, Tilburg University*, jun/2022

ELLIFFE, CRAIG – “*The lesser of two evils: double tax treaty override or treaty abuse?*”. *British Tax Review*, No 1, mar/2016

F

FINDLEY, MICHAEL, et. al. – “*Global Shell Games: Testing Money Launderers’ and Terrorist Financiers’ Access to Shell Companies*”. *Griffith University Centre for Governance and Public Policy*, 2012

FREIRE, FELIPE THÉ – “*Economic Substance for Holding Companies in the Post - BEPS World and After Recent ECJ Case-Law: An Analysis of Developments in Europe*”. *Intertax*, Volume 51, Issue 1, 2022

G

GREENBANK, ASHLEY e LING SARAH – “*ATAD 3: what are the consequences of being a shell?*”. *Tax Journal*, Issue 1576, mai/2022

H

HOOR, OLIVER R., et. al. – “*Using a Sledgehammer to Crack a Nut: The European Commission’s Draft Directive to Tackle Shell Entities*”. *Tax notes international*, vol. 106, no. 2, abr/2022

K

KUŻNIACKI, BŁAŻEJ – “*European Union Law and Global Investment Regime: Unshell Proposal as a Next (Mis)step of the EU Against Investment Treaty Arbitration?*”. *Intertax*, Volume 50, Issue 11, 2022

L

LANG, MICHAEL – “Introduction to the Law of Double Taxation Conventions”, IBFD, 2nd edition, 2013

LEJOUR, ARJAN e VAN’T RIET, MARTEN – “*A common withholding tax on dividend, interest and royalties in the European Union*”. *Foundation for European progressive studies*, set/2020

M

MARAIS, ALBERTUS JOHANNES – “*Piercing the corporate veil as remedy in case of the abuse of legal personality for tax purposes*”, Tese de Doutoramento em Direito. *Faculty of Law, Stellenbosch University*, apr/2019

MORAIS, RUI – “Apontamentos ao IRC”, Almedina, Reimpressão da edição de Nov./2007, 2009

MORAIS, RUI – “Manuel de Procedimento e Processo Tributário”, Almedina, 2012

N

NOGUEIRA, JOÃO FÉLIX PINTO – “*Abuse, proportionality and the burden of proof in CJEU’s case law on direct taxation*”. *Maastricht University Press*, out/2022

NOGUEIRA, JOÃO FÉLIX PINTO – “*Direito Fiscal Europeu – O paradigma da proporcionalidade: a proporcionalidade como critério central da compatibilidade de normas tributárias internas com as liberdades fundamentais*”. *Wolter Kluwer/Coimbra Editora*, 2010

O

OFFERMANN, RENÉ – “*The Proposed Unshell Directive – The Luxembourg and Netherlands Approach*”. *European Taxation*, Volume 62, No. 6, 2022

P

PALMITESSA, ELIO ANDREA – “*Interplay Between the Principal Purpose Test in the Multilateral BEPS Convention and the Beneficial Ownership Clause as Treaty Anti-Avoidance Tool Targeting Holding Structures*”. *Intertax*, Volume 46, Issue 1, 2018

PANZERI, ILARIA – “Tax Treaties versus EU Law: Which Should Prevail?”, *European Taxation* 2021 (Volume 61), No. 4, IBFD, mar/2021

PEREIRA, ROBERTO CODORNIZ LEITE – “*The Brazilian Case Law on the Single Tax Principle: A Case of Tax Treaty Override*”. *Intertax*, Volume 50, Issue 3, 2022

PISTONE, PASQUALE, et. al. – “*Abuse, Shell Entities and Right of Establishment: A Plea for Refocusing Current Proposals and Achieving Deeper Coordination within the Internal Market*”. *World Tax Journal*, Volume 14, Issue 2, mai/2022

PISTONE, PASQUALE, et. al. – “Abuse through the use of shell companies and arrangements for tax purposes in the EU to the EU consultation by the IBFD task force on EU law”, 4 *Intl. Tax Stud.* 7, 2021

PISTONE, PASQUALE – “*The Impact of European Law on the Relations with Third Countries in the Field of Direct Taxation*”. *Intertax*, Volume 34, Issue 5, 2006

POULSEN, MARTIN – “*Treaty/Directive Shopping and Abuse of EU Law*”. *Intertax*, Volume 41, Issue 4, 2013

R

RIBEIRO, JOÃO SÉRGIO – “*Treaty abuse and BEPS*” em “*International Taxation: new challenges*”. Universidade do Minho, 2017

RIBEIRO, MARIA DE FÁTIMA – “A Tutela dos Credores da Sociedade por Quotas e a “Desconsideração da Personalidade Jurídica”, Tese de Doutoramento, Almedina, Reimpressão, 2016

ROSADO PEREIRA, PAULA – “Princípios do Direito Fiscal Internacional – Do Paradigma Clássico ao Direito Fiscal Europeu”, Tese de Doutoramento, Almedina, 2010

RUST, ALEXANDER – “*CFC Legislation and EC Law*”. *Intertax*, Volume 36, Issue 11, 2008

S

SCHWARZ, JONATHAN – “*Schwarz on Tax Treaties*”. 5th edition, Wolters Kluwer, Kluwer Law International, 2018

SHARMAN, J. C. – “*Shopping for Anonymous Shell Companies: An Audit Study of Anonymity and Crime in the International Financial System*”. *Journal of Economic Perspectives*, Volume 24, No. 4, 2010

SØRENSEN, K. E – “*The fight against letterbox companies in the internal market*”. *Common Market Law Review*, Volume 52, Issue 1, 2015

T

TARSITANO, ALBERTO – “*La Prohibición de abuso de convenio para evitar la doble imposición internacional*”. *Revista Análisis Tributario* (ISSN 2074-1111), Nº 12, 2014

TOLMAN, CHARLOTTE e MOLENAARS, MICHAEL – “*The Unshell Directive and Its Impact on Dutch Holding Structures*”. *Tax notes international*, Volume 106, abr/2022

V

VAN HULTEN, L. C. e KORVING, J. J. A. M – “*Svig og Misbrug: The Danish Anti-Abuse Cases*”. *Intertax*, Volume 47, Issue 8 & 9, 2019

VAN’T RIET, MAARTEN e LEJOUR ARJAN – “*Optimal Tax Routing: Network Analysis of FDI diversion*”. *International Tax and Public Finance*, Volume 25, Issue 5, No. 8, 2018

VASQUES, SÉRGIO – “*Manuel de Direito Fiscal*”, Almedina, 2ª edição, 2022

Z

ZIEGLER, KATJA – “*The Relationship between EU Law and International Law*”, University of Leicester School of Law Research Paper No. 15-04, jan/2015

II. Documentos eletrónicos e outros

CMS Law-Now – “*ATAD 3 amendments: Are you ready for the changes?*”, 15/jun/2022, disponível em: https://www.cms-lawnow.com/ealerts/2022/06/atad-3-amendments-are-you-ready-for-the-changes?cc_lang=en

Feedback da AFME na consulta pública realizada pela CE – “*Feedback to the European Commission proposal for a directive laying down rules to prevent the misuse of shell entities for tax purposes*”, 06/abr/2022, disponível em: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12999-Tax-avoidance-fighting-the-use-of-shell-entities-and-arrangements-for-tax-purposes/F3027085_en

Feedback da Association of Luxembourg Fund Industry na consulta pública realizada pela CE – “*Draft Unshell Directive - Fighting the use of shell entities and arrangements for tax purposes*”, 06/abr/2022, disponível em: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12999-Tax-avoidance-fighting-the-use-of-shell-entities-and-arrangements-for-tax-purposes/F3019049_en

Feedback da Baker McKenzie na consulta pública realizada pela CE – “*Proposal for a Council Directive laying down rules to prevent the misuse of shell entities for tax purposes and amending Directive 2011/16/EU*”, 06/abr/2022, disponível em: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12999-Tax-avoidance-fighting-the-use-of-shell-entities-and-arrangements-for-tax-purposes/F3029353_en

Feedback da CFE Tax Advisers Europe na consulta pública realizada pela CE – “*Opinion Statement FC 2/2022 on the EU Commission Proposal for a Directive on the Use of Shell Entities in the EU (“Unshell or ATAD3”)*”, 06/abr/202, disponível em: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12999-Tax-avoidance-fighting-the-use-of-shell-entities-and-arrangements-for-tax-purposes/F3024149_en

Feedback da Deloitte na consulta pública realizada pela CE – “*Response to European Commission Public Consultation on the Proposal for a Council Directive laying down rules to prevent the misuse of shell entities for tax purposes and amending Directive 2011/16/EU*”, 06/abr/2022, disponível em:

https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12999-Tax-avoidance-fighting-the-use-of-shell-entities-and-arrangements-for-tax-purposes/F3029990_en

Feedback da EFAMA na consulta pública realizada pela CE – “*EFAMA COMMENTS ON THE EUROPEAN COMMISSION’S UN-SHELL ENTITIES PROPOSAL - FIGHTING THE USE OF SHELL ENTITIES AND ARRANGEMENTS FOR TAX PURPOSES*”, 06/abr/2022, disponível em: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12999-Tax-avoidance-fighting-the-use-of-shell-entities-and-arrangements-for-tax-purposes/F3023860_en

Feedback da France Invest na consulta pública realizada pela CE – “*France Invest’s response to the proposal directive consultation laying down rules to prevent the misuse of shell entities for tax purposes*”, 06/abr/2022, disponível em: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12999-Tax-avoidance-fighting-the-use-of-shell-entities-and-arrangements-for-tax-purposes/F3025310_en

Feedback dos Irish Funds na consulta pública realizada pela CE – “*Initiative - Fighting the use of shell entities and arrangements for tax purposes*”, 06/abr/2022, disponível em: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12999-Tax-avoidance-fighting-the-use-of-shell-entities-and-arrangements-for-tax-purposes/F3033463_en

Feedback do Irish Tax Institute na consulta pública realizada pela CE – “*Response to the European Commission’s call for feedback on the proposed Directive laying down rules to prevent the misuse of shell entities for tax purposes*”, 06/abr/2022, disponível em: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12999-Tax-avoidance-fighting-the-use-of-shell-entities-and-arrangements-for-tax-purposes/F3029361_en

Feedback da KPMG na consulta pública realizada pela CE – “*KPMG contribution in response to the European Commission public consultation on the proposed Council Directive laying down rules to prevent the misuse of shell entities for tax purposes and amending Directive 2011/16/EU*”, 05/abr/2022, disponível em: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12999-Tax-avoidance-fighting-the-use-of-shell-entities-and-arrangements-for-tax-purposes/F3001870_en

Feedback da Pirola Pennuto Zei & Associati na consulta pública realizada pela CE – “*Comments on the Proposal for a Council Directive laying down rules to prevent the misuse of shell entities for tax purposes and amending Directive 2011/16/EU (COM(2021) 565 final)*”, 06/abr/2022, disponível em: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12999-Tax-avoidance-fighting-the-use-of-shell-entities-and-arrangements-for-tax-purposes/F3036360_en

Feedback da PWC na consulta pública realizada pela CE – “*Comments on the Proposal for a COUNCIL DIRECTIVE laying down rules to prevent the misuse of shell entities and arrangements for tax purposes and amending Directive 2011/16/EU (“ATAD3”)*”, 06/abr/2022, disponível em: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12999-Tax-avoidance-fighting-the-use-of-shell-entities-and-arrangements-for-tax-purposes/F3017581_en

Feedback da STEP na consulta pública realizada pela CE – “*STEP Comment: Proposal for a council directive laying down rules to prevent the misuse of shell entities for tax purposes and amending Directive 2011/16/EU*”, 06/abr/2022, disponível em: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12999-Tax-avoidance-fighting-the-use-of-shell-entities-and-arrangements-for-tax-purposes/F3029381_en

Gatti Pavesi Bianchi Ludovici – “*The “Unshell Directive” under X-rays*”, jun/2022, disponível em: <https://www.gpblex.it/eu-and-international-tax-policy-the-unshell-directive-under-x-rayss-june-2022/>

KRAAN, PAUL e GRAHAM JOHN – “*Use it or Lose it – ATAD 3 and the use of shell companies*”, ITSG 2022 Spring European Conference, 20/mai/2022

Moran Harari “*Intervention at EU Parliament on the Unshell Directive*” disponível em: <https://taxjustice.net/2022/08/04/intervention-at-eu-parliament-on-the-unshell-directive-full-text/>

III. Jurisprudência

Acórdãos do Tribunal Central Administrativo:

Ac. do TCA do Sul, de 22/10/2020, proc. 522/05.7BELSB

Acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo:

Ac. do STA, de 22/06/2011, proc. 0283/11

Ac. do STA, de 06/02/2013, proc. 0839/11

Ac. do STA, de 12-06/2007, proc. 0397/06

Acórdãos do Tribunal de Justiça da União Europeia

Ac. do TJUE, 12/09/2006, C-196/04, Cardburry Schweppes contra Commissioners of Inland Revenue

Ac. do TJUE, 25/02/2016, C-115/16, N Luxembourg 1 contra Skatteministeriet

Ac. do TJUE, 25/02/2016, C-116/16, Skatteministeriet contra T Danmark

Ac. do TJUE, 25/02/2016, C-117/16, Skatteministeriet contra Y Danmark Aps

Ac. do TJUE 25/02/2016, C-118/16, X Denmark A/S contra Skatteministeriet

Ac. do TJUE 25/02/2016, C-119/16, C Danmark I contra Skatteministeriet

Ac. do TJUE, 26/03/2016, C-299/16, Z Denmark ApS contra Skatteministeriet

Ac. do TJUE, 03/10/2006, C-290/04, FKP Scorpio Konzertproduktionen contra Finanzamt Hamburg-Eimbsbüttel

Ac. do TJUE, 09/03/1999, C-212/97, Centros Ltd contra Erhvervs - og Selskabsstyrelsen

Ac. do TJUE, 26/01/1993, C-112/91, Werner contra Finanzamt Aachen-Innenstadt

Ac. do TJUE, 15/05/1997, C-250/95, Futura Participations SA and Singer contra Administration des contributions

Ac. do TJUE, 28/10/1999, C-55/98, Skatterministeriet contra Bent Vestergaard

Ac. do TJUE, 09/11/2006, C-433/04, Comissão contra Bélgica

Ac. do TJUE, 15/02/2007, C-345/04, Centro Equestre da Lezíria Grande, Lda. contra Bundesamt für Finanzen

Conclusões de Advogados Gerais:

Conclusões do Advogado-Geral Philippe Léger, apresentadas em 16 de maio de 2006, no processo C-290/04, FKP Scorpio Konzertproduktionen