



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

Requisitos de Substância nos Critérios de Determinação da Residência Fiscal

Pedro Maria Guedes de Oliveira Quintas e Sousa

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto
2022



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

Requisitos de Substância nos Critérios de Determinação da Residência Fiscal

Pedro Maria Guedes de Oliveira Quintas e Sousa

Mestrado em Direito

Orientador: Professor Doutor Tomás Cantista Tavares

Faculdade de Direito | Escola do Porto
2022

Resumo

Com a recente proposta de diretiva da Comissão Europeia que estabelece regras para prevenir a utilização abusiva de *shell companies* para fins fiscais consideramos que seria necessária a análise das condições mínimas de substância que uma entidade deve assegurar de forma a que se previna a evasão e elisão fiscais. Consideramos que os critérios de determinação da residência fiscal, tal como a *direção efetiva*, necessitam de densificação dos seus conceitos. Para esse propósito, a introdução de *requisitos de substância* nesses critérios levaria a uma harmonização das suas definições, assegurando o princípio fundamental da liberdade de estabelecimento.

Palavras-chave: *Shell Companies*, Requisitos de substância, Direção efetiva

Abstract

Further to the recent directive proposal from the European Commission which lays down rules preventing abusive use of shell companies for tax matters, we consider as necessary the analysis of the minimum substance conditions that an entity must ensure in order to prevent tax avoidance and tax evasion. We believe that the connecting factors of tax residence, like the place of effective management, need a densification of their concepts. For that purpose, the introduction of substance requirements on those connecting factors would lead to a harmonization on their definitions, ensuring the fundamental freedom of establishment principle.

Key-words: *Shell Companies, Substance Requirements, Place of effective management*

ÍNDICE

Resumo:	4
Abstract:	5
Lista de Abreviaturas	8
§ 1. Introdução	9
§ 2. A direção efetiva enquanto critério de determinação da residência fiscal das empresas em Portugal e na UE	10
§ 2.1. A residência fiscal e a liberdade de estabelecimento das empresas na União Europeia: a necessidade de harmonização dos critérios de determinação da residência fiscal.....	10
§ 2.2. Critérios de determinação da residência fiscal das empresas na UE	11
§ 2.3. Critérios de determinação da residência fiscal em Portugal	13
§ 3. A evolução do conceito de direção efetiva na Convenção Modelo da OCDE sobre o rendimento e património	14
§ 3.1. Enquadramento	14
§ 3.2. Versão de 1977	16
§ 3.3. Versão de 2000	17
§ 3.4. Versão de 2017 e o Procedimento Amigável.....	17
§ 4. Substância económica	20
§ 4.1. O Acórdão <i>Cadbury Schweppes</i>	20
§ 4.2. Proposta de Diretiva “<i>Unshell</i>”	22

§ 4.2.1. Empresas declarantes	24
§ 4.2.2. Indicadores de substância mínima.....	25
§ 4.2.3. Presunção de falta de substância mínima.....	27
§ 4.2.4. Possibilidade de ilisão	28
§ 4.2.5. Isenção.....	29
§ 4.2.6. Consequências fiscais.....	29
§ 4.2.7. Troca de informações	31
§ 4.2.8. Sanções.....	33
§ 4.3. Substância económica na legislação fiscal portuguesa.....	34
§ 5. Conclusão	36
Bibliografia.....	38

Lista de Abreviaturas

Al.	Alínea
Art.	Artigo
BEPS	Base Erosion and Profit Shifting
CIRC	Código do Imposto sobre as Pessoas Coletivas
ed.	Edição
IBFD	International Bureau of Fiscal Documentation
Intertax	International Tax Review (Kluwer International)
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimentos Económicos
Nº	Número
p.	Página
TJ	Tribunal de Justiça da União Europeia
UE	União Europeia
Vol.	Volume

§ 1. Introdução

No âmbito da tributação do rendimento das pessoas coletivas, os ordenamentos jurídicos e as diretrizes da OCDE em matéria fiscal servem-se do conceito de direção efetiva para determinar a existência de conexão entre os rendimentos obtidos por uma entidade e a jurisdição tributária de um Estado¹. Com este conceito procurou-se suprir a insuficiência que o elemento sede estatutária mostrava nas situações em que os locais da sede e da direção efetiva não coincidiam. Não sendo um conceito formal, como o de “sede”, mas antes substancial, o conceito de direção efetiva revela-se de difícil concretização.

O conceito de *direção efetiva* é utilizado nas legislações de vários Estados em todo o mundo. É de extrema importância estabelecer o local onde uma entidade é efetivamente administrada uma vez que um grande número de Estados recorre à direção efetiva como um dos critérios para determinar a residência fiscal de acordo com as suas legislações nacionais.

Além do mais, este conceito ainda é relevante em vários tratados sobre a dupla tributação, mesmo após ter havido alterações à Convenção Modelo da OCDE sobre o Rendimento e o Património e à Convenção Multilateral para a Aplicação das Medidas relativas às Convenções Fiscais destinadas a prevenir a Erosão da Base Tributária e a Transferência de Lucros.

Iremos iniciar este trabalho como uma introdução à determinação da residência fiscal das pessoas coletivas em Portugal e na União Europeia, analisando diversos critérios possíveis na determinação da residência fiscal.

De seguida, debruçar-nos-emos sobre o papel do conceito de direção efetiva nos tratados sobre a dupla tributação, assim como do comentário da OCDE à Convenção Modelo sobre o Rendimento e Património respeitante a esta questão. A referência às diversas versões da Convenção são importantes, pois auxiliam na compreensão da função que o critério tem vindo a desempenhar.

Por último, falaremos de requisitos de substância. Inicialmente, com a referência ao Acórdão *Cadbury Schweppes*, procuraremos perceber a razão pela qual não é possível a criação de estabelecimentos secundários noutros Estados-Membros se estiver em causa uma entidade sem substância, isto é, um expediente puramente artificial. Com a recente proposta de diretiva que estabelece regras para prevenir a utilização abusiva de entidades de fachada, importa ter em atenção as condições mínimas de substância de uma entidade previstas na proposta. Recorreremos ao estudo do IBFD sobre esta matéria para uma melhor interpretação da proposta de diretiva. Faremos, naturalmente uma referência a certa legislação portuguesa que comporta condições mínimas de substância.

Terminaremos com as habituais conclusões.

¹ PATRÍCIA ANJOS AZEVEDO, «A determinação das competências tributárias entre os Estados: análise do critério de residência», *Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas*, 28 (2017), pág. 136.

§ 2. A direção efetiva enquanto critério de determinação da residência fiscal das empresas em Portugal e na UE

§ 2.1. A residência fiscal e a liberdade de estabelecimento das empresas na União Europeia: a necessidade de harmonização dos critérios de determinação da residência fiscal

A crescente internacionalização do negócio resultante da globalização tem levado a um aumento significativo de mobilidade das empresas. Apesar do esforço da União Europeia (doravante, abreviadamente “UE”) em garantir a integração económica, a determinação da residência fiscal presente nas legislações fiscais nacionais tem sido criticada por consistir num obstáculo à liberdade de estabelecimento das empresas.²

A possibilidade de se harmonizar os critérios de determinação da residência fiscal aplicados pelos Estados-Membros da UE é especialmente convincente no ramo da tributação das empresas³, uma vez que o conceito da residência fiscal é interpretado e determinado individualmente por cada Estado Membro. O exercício autónomo desta competência por cada Estado-Membro origina uma causa de conflito, já que a liberdade de estabelecimento das empresas pode ser distorcida em virtude da falta de coordenação dos diferentes ordenamentos jurídicos domésticos. A diversidade dos critérios de determinação da residência fiscal causa incerteza perante os agentes económicos, não esquecendo a possibilidade de existência do fenómeno de dupla tributação internacional ou do risco de evasão fiscal.

Na UE existem dois diferentes modelos no que toca aos critérios da determinação da residência fiscal das empresas: a teoria do local da incorporação (*incorporation theory*) e a teoria da gestão efetiva (*real seat theory*).⁴

² AURORA RIBES RIBES, «Tax Residence and the Mobility of Companies in the European Union: The Desirable Harmonization of the Tax Connecting Factors», INTERTAX, vol. 40, pág. 606.

³ AURORA RIBES RIBES, «Tax Residence and the Mobility...», cit., pág. 606.

⁴ GUGLIELMO MAISTO, «Residence of Companies under Tax Treaties and EC Law» in: *EC and International Tax Series*, 5.^a ed., IBFD, 2009, págs. 95-120.

De acordo com o primeiro modelo, a residência de uma empresa é determinada pelo local onde a mesma é incorporada ou formalmente registada. Reino Unido, Dinamarca, Grécia, Holanda, Suécia entre outros, são exemplos de Estados que adotam este modelo que se apoia numa circunstância jurídica. Esta doutrina formal apresenta a vantagem de o seu critério assegurar certeza jurídica. De facto, o mero registo de uma empresa poder determinar automaticamente a lei aplicável traduz-se num modelo de grande simplicidade. É de referir que o TJ (doravante, “TJ”) se pronunciou a favor desta doutrina no acórdão *Inspire Art*.⁵

Por outro lado, a teoria da gestão efetiva baseia-se em circunstâncias de facto. Uma empresa é residente no Estado-Membro onde se localiza o seu centro vital de interesses e as atividades de gestão. Também este modelo foi apoiado pelo TJ no acórdão *Comissão Europeia vs França*.⁶ Podemos questionar-nos sobre a maneira como é interpretado o termo “gestão efetiva”, uma vez que os Estados adotam diferentes critérios para estabelecer as circunstâncias de facto que originam a gestão efetiva. O local da direção efetiva, o local da administração e controlo centrais ou o local da direção são alguns desses critérios.

O local da direção efetiva é adotado como um dos principais critérios de determinação da residência fiscal apesar de alguma indefinição sobre o seu conteúdo. Tema que iremos abordar posteriormente.

§ 2.2. Critérios de determinação da residência fiscal das empresas na UE

Consideramos pertinente a análise dos critérios de determinação da residência fiscal de alguns Estados-Membros de acordo com as suas legislações fiscais domésticas.

Começando com a Áustria, os critérios aplicáveis para a determinação da residência fiscal são o local da direção efetiva e a sede.⁷ No caso de uma empresa ter a sua sede e a sua direção efetiva em Estados distintos, o critério da direção efetiva prevalece na determinação

⁵ Acórdão C-167/01 do TJ de 30 de setembro de 2003, *Kamer vn Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam v. Inspire Art Ltd*.

⁶ Acórdão 270/83 do TJ, 28 janeiro de 1986, parágrafo 18.

⁷ K. SIMANDER, «Residence of Companies under Tax Treaties and EC Law» in: *EC and International Tax Series*, 5.^a ed., IBFD, 2009, *Country Report: Austria*, págs. 339-374.

da residência fiscal da empresa. A sede pode ser determinada por lei, contrato ou pelos estatutos. Regra geral, o local da direção efetiva será o mesmo local da sede, contudo não têm necessariamente de coincidir.

Na Bélgica, por exemplo, os critérios de determinação da residência fiscal aplicáveis são o *registered office* (local da sede), o *principal establishment* (local onde a empresa é gerida) e a *seat of management or administration*.⁸ Em relação ao primeiro critério, estamos perante um conceito formal: local da sede. No que toca ao segundo critério, importa referir que os elementos a ter em conta na determinação da residência fiscal com base neste conceito são: os locais onde se encontram os escritórios; o local onde se reúnem os acionistas; o local onde se reúne o conselho de administração; entre outros... Existem dúvidas em relação ao terceiro critério, pois não é perceptível o porquê de o legislador o ter incluído, uma vez que se assemelha ao segundo critério.⁹

Já em Itália, para que uma empresa seja considerada residente para efeitos fiscais é necessário que a sua sede, o local de direção ou que a sua atividade principal se verifiquem em território italiano durante grande parte do ano fiscal.¹⁰

Como se vê, o local de direção, o local onde se desenvolve a atividade da empresa, o local de administração e controlo centrais, o local da sede, o local do *head office*, o local da direção efetiva, o local da residência dos diretores executivos, o local onde se reúne o conselho de administração, o local da residência dos acionistas, o local do registo da empresa são alguns dos diferentes critérios utilizados pelos Estados-Membros.

Apesar da multiplicidade de critérios de determinação da residência fiscal, podemos agrupá-los em três diferentes categorias: o critério legal, que deve englobar o local de incorporação e o local da sede; o critério económico, em que nos referimos ao local onde a atividade é desenvolvida; e o critério relacionado com o controlo, que abrange o local da administração e controlo centrais e o local da direção efetiva.¹¹

⁸ N. BAMMENS, «Residence of Companies under Tax Treaties and EC Law» in: *EC and International Tax Series*, 5.ª ed., IBFD, 2009, *Country Report: Belgium*, págs. 375-406.

⁹ N. BAMMENS, «Residence of Companies...», cit., , págs. 375-406

¹⁰ M. TENORE, «Residence of Companies under Tax Treaties and EC Law» in: *EC and International Tax Series*, 5.ª ed., IBFD, 2009, *Country Report: Italy*, págs. 519-550.

¹¹ AURORA RIBES RIBES, «Tax Residence and the Mobility...», cit., pág. 613.

§ 2.3. Critérios de determinação da residência fiscal em Portugal

Diz-nos o artigo 2.º nr. 3, do Código do IRC, que “para efeitos deste Código, consideram-se residentes as pessoas coletivas e outras entidades que tenham sede ou direção efetiva em território português.”

Estamos perante dois elementos de conexão alternativos: a *sede* e o local da *direção efetiva*. Uma entidade apenas necessita de preencher um dos elementos para que possa ser considerada residente, uma vez que se tratam de requisitos não cumulativos. Em relação ao critério da sede, está em causa o local indicado como tal no contrato de sociedade. Trata-se de um critério meramente formal, que pode ser facilmente manipulável, o que leva a que seja necessário considerar, alternativamente, um outro critério.¹²

Em relação ao critério da direção efetiva, importa frisar que a mesma é determinada em função do local onde decorre a gestão da empresa, onde se reúnem os seus órgãos sociais, onde convergem as instruções de gestão corrente e onde se concretizam, no plano administrativo, as decisões de gestão.¹³ Nem sempre é possível definir, em abstrato, critérios para a localização da direção efetiva de uma sociedade, devendo tal definição ser efetuada através de uma ponderação casuística e ponderada¹⁴. Sabendo que existem várias sociedades que são governadas a partir do exterior, levará à ocorrência de situações em que a sede efetiva não coincida com a sede estatutária. A estrutura de grupos multinacionais, dada a sua complexidade, torna a tarefa de determinação do local da direção efetiva de cada uma das sociedades numa missão extremamente complicada.

¹² Neste sentido, cfr. RUI MORAIS, *Apontamentos ao IRC*, Almedina, Coimbra, 2007, pág. 15.

¹³ PATRÍCIA ANJOS DE AZEVEDO, «Questões próprias da determinação da residência das pessoas coletivas na legislação portuguesa e o critério da residência nas convenções internacionais», *Cadernos de Direito Actual*, 8 (2018), pág. 84.

¹⁴ RUI MORAIS, *Imputação de lucros de sociedades não residentes sujeitas a um regime fiscal privilegiado*, Universidade Católica Editora, Porto, 2005, pág. 5.

§ 3. A evolução do conceito de direção efetiva na Convenção Modelo da OCDE sobre o rendimento e património.

§ 3.1. Enquadramento

Após termos abordado o conceito de direção efetiva enquanto critério de determinação da residência fiscal no ordenamento jurídico português e a nível europeu, consideramos pertinente analisar a sua evolução no âmbito da Convenção Modelo da OCDE sobre o Rendimento e Património. A Convenção Modelo consiste num tratado fiscal que é adaptado pelos Estados, tendo como objetivo principal eliminar a dupla tributação e a evasão fiscal. Visa também combater a elisão e a fraude fiscal, evitar a discriminação fiscal, e assegurar a troca de informações.

Na sequência da revisão do sistema fiscal internacional resultante da implementação do plano BEPS da OCDE, a regra de desempate existente para entidades consideradas residentes em mais que um Estado foi profundamente alterada. Em vez de se determinar a residência das entidades com base no critério do local da direção efetiva, esta nova abordagem estipula que tais casos devem ser decididos recorrendo à aplicação do procedimento amigável entre as autoridades competentes dos Estados Contratantes relevantes. Resumindo, até 2017, o artigo 4.º, nr. 3, da Convenção, estipulava que o local da direção efetiva era o critério a utilizar enquanto regra de desempate de uma situação de dupla tributação. Após a alteração, situações de *dual residence* passariam a ser resolvidas com o recurso ao *procedimento amigável*. Com as tecnologias de informação em constante mudança, é inevitável que haja dificuldades na determinação e interpretação do local da direção efetiva num caso específico.¹⁵

A residência é o conceito que permite estabelecer e delimitar o âmbito do direito de tributação dos rendimentos obtidos por um residente¹⁶. Devido ao facto de a residência para

¹⁵ PATRÍCIA ANJOS AZEVEDO «A determinação das competências...», cit., pág. 137.

¹⁶ Cfr. FRANCISCO DE SOUSA DA CÂMARA, «A dupla residência das sociedades à luz das Convenções de Dupla Tributação», in AA.VV., *Planeamento e Concorrência Fiscal Internacional – Associação Portuguesa de Consultores Fiscais – Fisco*, Lex, 2003, pág. 35 e ss.

efeitos de aplicação de um *tax treaty* estar dependente da definição de residente estipulada pelas legislações fiscais nacionais dos Estados Contratantes em questão, é possível que um sujeito passivo seja considerado residente em ambos os Estados Contratantes simultaneamente.

Não existe um conceito convencional de residência, uma vez que a Convenção limita-se a remeter para o conceito de residência constante do direito nacional de cada Estado Contratante. Pretende-se validar qualquer conexão existente no direito interno que origine uma tributação base a nível mundial.

Com o desenvolvimento das tecnologias de informação e o aumento da complexidade das estruturas organizacionais das entidades, a eficácia do critério do local da direção efetiva enquanto regra de desempate começou a ser colocada em causa.¹⁷ Isto porque já não é necessário que as pessoas responsáveis pela condução dos destinos de uma entidade estejam fisicamente presentes numa local próprio para esse propósito.

Importa frisar que o local da direção efetiva tem a função de *tie-breaker* (regra de desempate) nas situações em que uma sociedade seja considerada residente em mais do que um Estado.

O facto de a maioria das jurisdições fazer apelo aos elementos de conexão “sede” e “direção efetiva”, em simultâneo, pode gerar situações de dupla residência e, conseqüentemente, a uma situação de dupla tributação internacional.¹⁸ Nestas condições, recorre-se às convenções celebradas entre os dois Estados em causa para se poder aplicar uma “regra de desempate” que permita por fim à dupla tributação.

¹⁷ EVA BURGSTALLER «Place of Effective Management as a Tie-Breaker Rule – Concept, Developments and Prospects», INTERTAX, vol. 32, pág. 377.

¹⁸ PATRÍCIA ANJOS AZEVEDO «A determinação das competências tributárias...», cit., pág.136.

§ 3.2. Versão de 1977

O artigo 4.º, nr. 3, da Convenção Modelo da OCDE de 1977, estipulava a regra de desempate da seguinte forma: “Quando, em virtude do disposto no n.º 1, uma pessoa, que não seja uma pessoa singular, for residente de ambos os Estados contratantes, será considerada residente apenas do Estado em que estiver situada a sua direção efetiva”.¹⁹

A direção efetiva é, portanto, o critério a adotar para impedir que haja situações de *dual residence*, isto é, casos em que uma entidade é considerada residente em mais do que um Estado. É de referir que no parágrafo 22.º do Comentário ao artigo 4.º, nr. 3, é salientada a importância do Estado onde a entidade é “efetivamente gerida”, opondo-se ao critério puramente formal como o local do registo.²⁰ A Nova Zelândia, por exemplo, formulou uma observação em relação ao conceito de “direção efetiva” de uma sociedade, afirmando que se deve ter em conta a *gestão do dia-a-dia* de uma sociedade e não o local onde o controlo é exercido.²¹

KLAUS VOGEL afirma que o local da direção efetiva de uma entidade é o local onde as políticas importantes de gestão são tomadas. Diz-nos que o que é decisivo não é o local onde as decisões de gestão produzem efeito, mas sim o local onde as mesmas são tomadas.²²

Devido à falta de uma definição concreta do “conceito de direção efetiva”, os Estados viram-se obrigados a interpretar este conceito de acordo com as suas legislações fiscais nacionais. A OCDE não apoiava esta prática, uma vez que está em causa um conceito autónomo das legislações nacionais, pressupondo assim uma interpretação de natureza também ela autónoma.²³ Esta regra de desempate não pode ser eficiente se for interpretada com base na legislação doméstica. É necessário que haja uma interpretação comum que assegure um único local de direção efetiva.

¹⁹ Cfr. artigo 4.º, nr. 3, da Convenção Modelo da OCDE, versão de 1977.

²⁰ Convenção Modelo da OCDE sobre o Rendimento e Património, parágrafo 22º do Comentário ao artigo 4.º.

²¹ Convenção Modelo da OCDE sobre o Rendimento e Património, parágrafo 25º do Comentário ao artigo 4.º. Esta observação estaria em conflito com a visão do Reino Unido sobre o conceito de direção efetiva que dava importância ao local do controlo exercido pelo Conselho Administrativo (parágrafo 23º do Comentário ao artigo 4.º).

²² KLAUS VOGEL, *Double Taxation Conventions*, 5ªed., Kluwer Law International, 2015, pág. 250

²³ EVA BURGSTALLER «Place of Effective Management...», cit., pág.380

Como tal, no seguimento desta prática pelos Estados, houve lugar a uma nova versão da Convenção Modelo no ano de 2000.

§ 3.3. Versão de 2000

A versão de 2000 veio procurar reduzir a incerteza no que toca à interpretação do conceito de “direção efetiva”. Nesse sentido, foram introduzidas alterações substanciais ao parágrafo 24º do Comentário ao artigo 4.º.

É referido que o local da direção efetiva é o local onde a gestão chave e as decisões comerciais necessárias à condução do negócio da entidade são dirigidas, devendo-se consequentemente atentar ao local onde são tomadas as decisões pelo conselho de administração. Ora, tendo em conta estas diretrizes podemos afirmar que, para a OCDE, o local de gestão de topo de uma entidade é crucial.

O Comentário salienta ainda que todos os factos e circunstâncias relevantes devem ser avaliados em cada caso específico para se determinar o local da “direção efetiva”, realçando que uma entidade pode ter mais do que um local de gestão, mas apenas poderá ter um local de direção efetiva.

Estas alterações ao parágrafo 24ª do Comentário visam reforçar o princípio da substância sob a forma.²⁴

§ 3.4. Versão de 2017 e o Procedimento Amigável

Esta última versão da Convenção Modelo da OCDE resulta da Ação 6 do Plano BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting Plan*) que teve como objetivo fundamental prevenir ou, pelo menos, limitar o planeamento fiscal agressivo e a evasão fiscal.

Reconhecendo que situações de *dual residence* de entidades possa ser raro, a OCDE admite que, em muitos casos, pode haver práticas abusivas por parte dos sujeitos passivos.

²⁴ EVA BURGSTALLER «Place of Effective Management...», cit., pág.387.

Assim sendo, era necessário uma medida específica de anti-abuso que conseguisse prevenir essas práticas. A solução encontrada passava pela análise caso-a-caso pelas autoridades competentes dos Estados Contratantes.²⁵

O artigo 4.º, nr.3 da Convenção Modelo da OCDE, diz-nos: “Quando, em virtude do disposto numa Convenção fiscal abrangida, uma pessoa, que não seja uma pessoa singular, for residente de mais do que uma Jurisdição Contratante, as autoridades competentes das Jurisdições Contratantes procurarão determinar, através de acordo amigável, a Jurisdição Contratante de que essa pessoa deve ser considerada residente para efeitos da Convenção fiscal abrangida, tendo em consideração o local da direção efetiva dessa pessoa, o local onde foi constituída ou estabelecida, bem como quaisquer outros fatores relevantes. Na ausência desse acordo, essa pessoa não terá direito aos desagravamentos ou isenções de imposto previstos na Convenção fiscal abrangida, salvo na medida e nos termos que sejam eventualmente acordados pelas autoridades competentes das Jurisdições Contratantes.”

Importa referir que casos de *dual residence* serem resolvidos recorrendo ao mútuo acordo entre as autoridades competentes dos Estados Contratantes não configura uma solução inovadora, já que a mesma fazia parte da Convenção desde o seu início²⁶. De facto, vários Estados-Membros já recorriam às autoridades competentes para resolver situações de *dual residence*.²⁷

Com esta nova regra *tie-breaker* consideramos pertinente referir que o artigo não estabelece a obrigação para as autoridades competentes de chegarem a acordo, pois estas apenas *procurarão determinar* a jurisdição contratante de que a pessoa deva ser considerada residente para efeitos da Convenção.

Uma vez iniciado o procedimento, as autoridades competentes devem ter em consideração certos fatores aquando da determinação do Estado da residência, tais como: o local da direção efetiva; o local de constituição; o local onde o Conselho de Administração se reúne; o local onde se guardam os registos contabilísticos, entre outros... Trata-se de uma

²⁵ Parágrafo 23º do Comentário ao artigo 4.º da Convenção Modelo da OCDE de 2017.

²⁶ Cfr. artigo 4.º, nr. 2, alínea d), da Proposta da Convenção Modelo da OCDE de 1963.

²⁷ PAULA ROSADO, *Princípios do Direito Fiscal Internacional – do paradigma clássico ao direito fiscal europeu*, Almedina, Coimbra, 2010, pág. 103.

lista de fatores não exaustiva, pelo que as autoridades competentes têm a liberdade de considerarem quaisquer outros fatores que considerem relevantes.

É necessário ter em conta que o Procedimento Amigável acarreta alguns defeitos. A inexistência de obrigação das autoridades competentes de chegarem a acordo, a omissão de prazos para concluir o processo mesmo que sem sucesso e a falta de participação do sujeito passivo tornam este mecanismo numa solução imperfeita no que toca à resolução de situações de dupla residência das entidades.

Apesar de o local da *direção efetiva* não servir enquanto critério decisivo da Convenção podemos afirmar que o mesmo irá manter-se relevante essencialmente por duas razões. Primeiramente, existem inúmeros tratados de dupla tributação que utilizam este conceito como a principal regra de desempate e, em segundo lugar, mesmo que estejamos perante um procedimento amigável, o local da direção efetiva será sempre um dos fatores que as autoridades competentes devem ter em conta para se determinar a residência.

4. Substância económica

§ 4.1. O Acórdão *Cadbury Schweppes*

Não faria sentido analisarmos o conceito da substância económica sem antes nos debruçarmos sobre o Acórdão *Cadbury Schweppes*²⁸, uma vez que a sua ligação ao tema da nossa tese é inequívoca.

No que toca ao exercício da liberdade de estabelecimento e à tributação direta, o Acórdão *Cadbury Schweppes* pode ser considerado um dos casos mais importantes no âmbito do Direito Fiscal Internacional, em virtude de, pela primeira vez, ter sido invocado o instituto do abuso do direito na fiscalidade direta.²⁹ Além do mais, indica-nos também como detetar a existência dessa *prática abusiva*.

Resumindo o caso, uma empresa multinacional inglesa, a *Cadbury Schweppes*, criou uma filial na Irlanda com o propósito de obter os lucros dessa filial que seriam tributados pelo regime fiscal irlandês. Estaria em causa uma taxa de imposto mais reduzida do que a taxa de imposto praticada em Inglaterra. Enquanto a autoridade tributária aplicou a lei relativa às *Controlled Foreign Companies* (sociedades estrangeiras controladas), o TJ analisou a incompatibilidade da legislação fiscal sobre as SEC com o Direito da União Europeia. Estaria em causa os artigos 49.º e 54.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia³⁰ que garantem a liberdade de estabelecimento, mas tal liberdade não poderia ser obtida caso estivesse em causa uma *letter box* (*uma empresa de fachada*).

Naturalmente, um dos argumentos apresentados pela autoridade tributária inglesa consistiu na referência à impossibilidade de o direito do livre estabelecimento presente no TFUE não poder ser compatível com situações em que as empresas procuram um regime de

²⁸ Acórdão C-196/04, “*Cadbury Schweppes plc, Cadbury Schweppes Overseas Ltd v. Commissioners of Inland Revenue*”.

²⁹ JOÃO FÉLIX NOGUEIRA, «Abuso de Direito em Fiscalidade Directa: a emergência de um novo operador jurisprudencial Comunitário», *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, 2009, pág. 269.

³⁰ Na altura de decisão seriam, respetivamente, os arts. 43.º e 48.º do TFUE.

tributação mais favorável, estando em causa razões puramente fiscais. Está em causa o equilíbrio entre a necessária garantia do exercício da liberdade de estabelecimento e a proteção da soberania fiscal dos Estados-Membros. É normal que a adoção deste tipo de planeamento fiscal leve a uma redução das receitas fiscais dos Estados, potenciando o fenómeno da evasão fiscal.

O TJ veio afirmar que a disparidade entre as diferentes taxas aplicadas pelos Estados-Membros provoca a adoção deste tipo de planeamento fiscal intracomunitário. Referiu ainda que o facto de a sociedade ter sido constituída num Estado-Membro com um regime fiscal mais favorável não pode consituir, por si só, uma prática abusiva do direito da livre liberdade de estabelecimento presente no TFUE. Logo, a legislação das SECs não pode prevalecer sobre o Tratado, a não ser que esteja em causa um expediente meramente artificial, uma sociedade ecrã.

É referido ainda, que “uma medida nacional que restrinja a liberdade de estabelecimento pode ser justificada quando vise especificamente os expedientes puramente artificiais cuja finalidade é fugir à alçada da legislação do Estado-Membro em causa.”³¹ Daqui resulta que “para que uma restrição à liberdade de estabelecimento possa ser justificada por motivos de luta contra práticas abusivas, o objectivo específico de tal restrição deve ser o de impedir comportamentos que consistam em criar expedientes puramente artificiais, desprovidos de realidade económica, com o objectivo de eludir o imposto normalmente devido sobre os lucros gerados por actividades realizadas no território nacional.”³²

Em comentário a esta decisão, ANTÓNIO FRADA DE SOUSA afirma que “neste processo estava em causa a apreciação de compatibilidade de uma regulamentação fiscal do Reino Unido com o direito de estabelecimento conferido pelo Tratado”.³³

Para apurarmos se, de facto, nos deparamos com um expediente artificial e consequentemente com a existência de uma prática abusiva devemos ter em atenção às

³¹ Acórdão *Cadbury Schweppes*, parágrafo 51.

³² Acórdão *Cadbury Schweppes*, parágrafo 55.

³³ ANTÓNIO FRADA DE SOUSA, *A Europeização do Direito Internacional Privado – Os novos rumos na regulamentação das situações privadas transnacionais na União Europeia*, Tese de doutoramento em Direito, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 2013, pág. 647.

orientações dadas pelo Tribunal no acórdão. O exercício da liberdade de estabelecimento pressupõe “uma implementação real da sociedade em causa no Estado-Membro de acolhimento e o exercício de uma atividade económica efetiva neste³⁴”. A verificação dessa implantação real da sociedade “deve assentar em elementos objetivos e comprováveis por terceiros, relativos, especialmente, ao grau de existência física da sociedade estrangeira controlada, em termos de instalações, de pessoal e de equipamentos.”³⁵

Como vimos, esta análise de deteção de um expediente puramente formal terá que privilegiar a substância em relação à forma. O abuso não se presume, deve-se comprovar através de pressupostos sólidos e objetivos.

§ 4.2. Proposta de Diretiva “*Unshell*”

A análise à recente Proposta de Diretiva³⁶ que estabelece regras para prevenir a utilização abusiva de entidades de fachada constitui o nosso maior foco na elaboração desta tese. Como tal, iremos recorrer ao também recente estudo pelo IBFD³⁷ sobre estas entidades para uma melhor interpretação da Diretiva.

Iremos abordar os principais artigos da Diretiva e perceber as razões pelas quais a mesma foi proposta.

As entidades jurídicas sem substância e atividade económica mínimas continuam a apresentar um risco de serem utilizadas para efeitos fiscais indevidos, como a evasão fiscal e a elisão fiscais, tal como confirmado pelos recentes escândalos *Open Lux* e os *Panama Papers*. Procura-se assegurar receitas públicas suficientes nos próximos anos. Para preparar a elaboração da Diretiva foi realizada uma avaliação de impacto onde ficaram estabelecidos

³⁴ Acórdão *Cadbury Schweppes*, para.53.

³⁵ Acórdão *Cadbury Schweppes*, para.67.

³⁶ Proposta de Diretiva do Conselho que estabelece regras para prevenir a utilização abusiva de entidades de fachada para fins fiscais e que altera a Diretiva 2011/16/EU, Bruxelas, 22 de dezembro 2021.

³⁷ “*Abuse through the Use of Shell Companies and Arrangements for Tax Purposes in the European Union: Feedback on the EU Consultation by the IBFD Task Force on EU Law*”, ITAXS, IBFD, 2021.

alguns objetivos de médio prazo: ³⁸ tornar o uso de entidades de fachada menos atrativo e consequentemente combater a evasão e elisão fiscais; tornar a tributação mais justa e eficaz; garantir a segurança fiscal e melhorar o bom funcionamento do mercado interno; entre outros... Os impactos económicos expectáveis são um aumento das receitas fiscais dos Estados e da competitividade na União Europeia.³⁹ Estima-se que anualmente exista uma perda fiscal de 20 mil milhões de euros na UE com a utilização abusiva de entidades de fachada.

Não podemos deixar de referir a legislação que levou a progressos importantes neste domínio nos últimos anos, especialmente, a adoção da Diretiva Antielisão Fiscal ⁴⁰(DAF), o alargamento do âmbito de aplicação da Diretiva Cooperação Administrativa ⁴¹(DCA) e a Recomendação da Comissão relativa ao Planeamento Fiscal Agressivo⁴². No entanto, em relação a entidades de fachada, os instrumentos fiscais existentes a nível da UE não contêm disposições explícitas sobre as mesmas.

A avaliação de impacto prevê que o resultado da identificação de uma entidade de fachada é reforçado pela troca de informações entre os Estados-Membros e o regime comum de sanções a nível da UE. Prevê-se um aumento dos custos de *compliance* para as empresas e as administrações fiscais. Estas últimas, deverão alargar as suas capacidades a fim de administrar as informações a que terão acesso e implementar os sistemas de apoio à troca de informações e aplicação de sanções propostas.

A Proposta de Diretiva estabelece um teste que ajudará os Estados-Membros a identificar as empresas que exercem uma atividade económica, mas que não têm uma substância mínima e são utilizadas de forma abusiva para obtenção de vantagens fiscais. Está em causa um “teste de substância”. Iremos analisar toda a sequência lógica de cada fase do teste de substância que se divide em sete fases:

³⁸ European Commission, “*Fighting the use of shell entities and arrangements for tax purposes*”, Inception Impact Assessment, Ref. Ares (2021)3353821, 20/05/2021

³⁹ European Commission” *Fighting...*”, parágrafo 3, Parte. C.

⁴⁰ Diretiva (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.

⁴¹ Diretiva 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.

⁴² Recomendação da Comissão (2012/772/EU) de 6 de dezembro de 2012 relativa ao Planeamento Fiscal Agressivo.

- a fase das empresas que devem comunicar informações (por serem consideradas como “apresentando um risco”);
- a fase da comunicação de informações;
- a fase da possibilidade de beneficiar da isenção de comunicação de informações por inexistência de razões de natureza fiscal;
- a fase presunção de falta de substância mínima;
- a fase da possibilidade de elisão;
- a fase das consequências fiscais;
- a fase da troca automática de informações;

Diz-nos o artigo 2.º da Proposta da Diretiva que a presente diretiva se aplica a todas as empresas consideradas residentes fiscais e elegíveis para receber um certificado de residência fiscal num Estado-Membro. Para efeitos da Diretiva, entenda-se por “empresa”, qualquer entidade que exerça uma atividade económica, independentemente da sua forma jurídica, que seja residente fiscal num Estado-Membro.⁴³

§ 4.2.1. Empresas declarantes

No que toca às empresas declarantes para efeitos da Diretiva, o artigo 6.º, nr. 1, que os Estados-Membros exigem que as empresas que satisfaçam os seguintes critérios comuniquem informações às autoridades competentes dos Estados-Membros nos termos do artigo 7.º (artigo sobre os indicadores mínimos de substância):

- a) mais de 75% das receitas auferidas pela empresa nos dois exercícios fiscais anteriores constituem rendimentos relevantes⁴⁴;

⁴³ Artigo 3.º, nr.1, da Diretiva.

⁴⁴ Entenda-se por *rendimentos relevantes*, os rendimentos incluídos numa das categorias previstas no artigo 4.º da Diretiva.

- b) a empresa exerce uma atividade transfronteiriça com base num dos seguintes critérios: i) mais de 60% do valor contabilístico dos ativos da empresa abrangidos pelo âmbito de aplicação do artigo 4.º, alíneas e) e f)⁴⁵, estava localizado fora do Estado-Membro da empresa nos dois exercícios fiscais anteriores; ii) pelo menos 60% dos rendimentos relevantes da empresa são auferidos ou pagos através de operações transfronteiras;
- c) nos dois exercícios fiscais anteriores, a empresa subcontratou a gestão das operações quotidianas e a tomada de decisões sobre funções significativas.

§ 4.2.2. Indicadores de substância mínima

A expressão “substância” vem do Latim *substare*, que significa estar por baixo.⁴⁶ Refere-se à essência por detrás de uma realidade. A substância de uma transação traduz-se nos efeitos que as partes desejam que se produzam,⁴⁷ requerendo necessariamente que haja duas partes. A substância de um contribuinte ou de um facto tributário normalmente não é avaliada, somente ocorre num contexto de elisão fiscal⁴⁸.

Mais do que determinar a essência por detrás do conceito de uma entidade ou de uma transação, a Comissão está interessada na determinação dos factos que originem presunções de elisão fiscal. Contudo, os requisitos de substância não podem ser utilizados para prevenir o planeamento fiscal agressivo ou a evasão fiscal.⁴⁹

São raros os Estados-Membros que utilizam regras específicas para combater as entidades de fachada⁵⁰ e que requerem condições de substância mínima. Na Suécia⁵¹, por

⁴⁵ Estão em causa rendimentos relevantes: rendimentos provenientes de imóveis e rendimentos provenientes de bens móveis, exceto numerário, ações ou valores mobiliários, detidos para fins privados e com um valor contabilístico superior a um milhão de euros, respetivamente.

⁴⁶ “*Abuse through the Use of Shell...*”, pág.9.

⁴⁷ “*Abuse through the Use of Shell...*”, pág.11.

⁴⁸ “*Abuse through the Use of Shell...*”, pág.12.

⁴⁹ “*Abuse through the Use of Shell...*”, pág.11.

⁵⁰ “*Abuse through the Use of Shell...*”, pág.8.

⁵¹ “*Abuse through the Use of Shell...*”, pág.8.

exemplo, uma entidade será considerada uma entidade de fachada se os seus ativos líquidos, no momento da sua venda, ultrapassem 50% do valor da avaliação da empresa.

A comunicação de informações sobre a substância consiste na apresentação de informações específicas, normalmente já resultantes da declaração fiscal da empresa, de uma forma que facilite a avaliação da sua atividade. Na indicação de condições mínimas de substância, todos os requisitos irão produzir um efeito *overkill* ou *underkill*.⁵² *Overkill*, no sentido em que os requisitos de substância se irão aplicar a mais casos do que aqueles apenas relacionados com elisão fiscal criando encargos adicionais desnecessários para as entidades. E *underkill*, no sentido inverso, quando os requisitos de substância abrangem menos do que está associado a uma prática abusiva.

Em relação aos indicadores de substância mínima⁵³ para efeitos fiscais, diz-nos o artigo 7.º, nr. 1, que os Estados-Membros exigem que as empresas declarantes previstas no artigo 6.º, nr. 1, declarem, na sua declaração fiscal anual, para cada exercício fiscal, se preenchem os seguintes indicadores de substância mínima:

- a) a empresa dispõe de instalações próprias no Estado-Membro ou de instalações para sua utilização exclusiva;
- b) a empresa tem, pelo menos, uma conta bancária própria e ativa na UE;
- c) um dos seguintes indicadores: i) um ou mais administradores da empresa:
 - 1) são residentes para efeitos fiscais no Estado-Membro da empresa, ou residem a uma distância desse Estado-Membro que não prejudique o bom desempenho das suas funções, 2) estão qualificados e autorizados a tomar decisões em relação às atividades que geram rendimentos relevantes para a empresa ou em relação aos ativos da empresa, 3) utilizam regularmente de forma ativa e independente a autorização a que se refere o ponto 2, 4) não são funcionários de uma empresa que não é uma pessoa associada e não desempenham função de diretor ou equivalente de outras empresas que não são empresas associadas; ii) a maioria dos funcionários

⁵² “*Abuse through the Use of Shell...*”, pág.15.

⁵³ As empresas abrangidas por qualquer das categorias previstas no artigo 6.º, nr. 2, não estão sujeitas aos requisitos do artigo 7.º.

equivalentes a tempo inteiro da empresa é residente para efeitos fiscais no Estado-Membro da empresa, ou reside a uma distância desse Estado-Membro que não prejudique o bom desempenho das suas funções, e esses funcionários são qualificados para exercer as atividades que geram rendimentos relevantes para a empresa

As empresas a que se refere o n.º1 fazem acompanhar sua declaração fiscal de provas documentais, que devem incluir as seguintes informações:

- a) endereço e tipo das instalações;
- b) montante e natureza das receitas brutas;
- c) montante e natureza das despesas empresariais;
- d) tipo de atividades empresariais realizadas para gerar os rendimentos relevantes;
- e) o número de administradores, respetivas qualificações, autorizações e local de residência para efeitos fiscais ou o número de funcionários equivalentes a tempo inteiro que exercem as atividades empresariais que geram os rendimentos relevantes e as respetivas qualificações e local de residência para efeitos fiscais;
- f) atividades empresariais subcontratadas;
- g) número de conta bancária, quaisquer mandatos concedidos para aceder à conta bancária e para utilizar ou emitir instruções de pagamento e elementos de prova da atividade da conta.

§ 4.2.3. Presunção de falta de substância mínima

Uma presunção é uma inferência legal retirada de um certo número de factos, pressupondo uma conexão forte entre esses factos e inferência legal⁵⁴. Presume-se que uma empresa que declare que satisfaz todos os indicadores de substância mínima estabelecidos no artigo 7.º, n.º 1, e que forneça as provas documentais de apoio satisfatórias em conformidade

⁵⁴“*Abuse through the Use of Shell...*”, pág.12.

com o artigo 7.º, n.º 2, tem uma substância mínima para o exercício fiscal. Por outro lado, presume-se que uma empresa que não satisfaz um ou mais dos indicadores previstos no artigo 7.º, n.º 1, ou que não forneça provas documentais de apoio satisfatórias em conformidade com o artigo 7.º, n.º 2, não tem uma substância mínima para o exercício fiscal.⁵⁵

§ 4.2.4. Possibilidade de elisão

Reconhecendo que a substância é, em última análise, uma questão de factos e circunstâncias, a Diretiva inclui um mecanismo que permite que os contribuintes tenham o direito efetivo a alegar que não constituem uma entidade de fachada na aceção da Diretiva. As empresas que se presume que não têm uma substância mínima nos termos do artigo 8.º, n.º 2, têm a possibilidade de ilidir essa presunção mediante a apresentação de elementos de prova de apoio suplementares das atividades empresariais que exercem para gerar rendimentos relevantes⁵⁶. Podem ser apresentados os seguintes elementos de prova suplementares:

- a) um documento que permita determinar a lógica comercial subjacente ao estabelecimento da empresa;
- b) informações sobre os perfis dos funcionários, incluindo o seu nível de experiência, o seu poder de decisão na organização mundial, o papel e o cargo no organograma, o tipo de contrato de trabalho, as qualificações e a duração do emprego;
- c) elementos de prova concretos de que a tomada de decisões relativas à atividade geradora dos rendimentos relevantes tem lugar no Estado-Membro da empresa.
- d) A presunção está ilidida se estiver demonstrado que a empresa exerceu e manteve continuamente o controlo das atividades empresariais que geraram os rendimentos relevantes ou, na ausência de rendimentos, os ativos da empresa, e suportou os riscos dessas atividades.

⁵⁵ Artigo 8.º.

⁵⁶ Artigo 9.º, n.º 2.

§ 4.2.5. Isenção

As empresas declarantes que satisfaçam os critérios estabelecidos no artigo 6.º, n.º 1, têm a possibilidade de solicitar uma isenção das suas obrigações se a existência da empresa não reduzir a dívida fiscal do(s) seu(s) beneficiário(s) efetivo(s) ou do grupo, no seu conjunto, do qual a empresa é membro⁵⁷.

§ 4.2.6. Consequências fiscais

Os Estados-Membros que não sejam o Estado-Membro da empresa não têm em conta quaisquer acordos e convenções em vigor celebrados com esse Estado-Membro que prevejam a eliminação da dupla tributação dos rendimentos e, se for caso disso, do capital, bem como as disposições dos artigos 4.º, 5.º e 6.º, da Diretiva 2011/96/UE e do artigo 1.º, da Diretiva 2003/49/CE, na medida em que essas Diretivas sejam aplicáveis pelo facto de a empresa ser considerada residente para efeitos fiscais num Estado-Membro, sempre que estejam reunidas as seguintes condições:

- a) Presume-se que a empresa não tem uma substância mínima;
- b) A empresa não ilide a presunção a que se refere a alínea a) para um exercício fiscal.

O Estado-Membro do(s) acionista(s) da empresa tributa os rendimentos relevantes da empresa, em conformidade com o seu Direito nacional, como se estes tivessem sido diretamente auferidos pelo(s) acionista(s) da empresa e deduz qualquer imposto pago sobre esses rendimentos no Estado-Membro da empresa, desde que estejam reunidas as seguintes condições:

- a) O rendimento relevante é auferido por uma empresa que se presume não ter uma substância mínima;

⁵⁷ Artigo 10.º, n.º 1.

- b) A empresa não ilide a presunção a que se refere a alínea a);
- c) Tanto os acionistas da empresa como o ordenante são residentes para efeitos fiscais num Estado-Membro.

O primeiro parágrafo é aplicável sem prejuízo de qualquer acordo ou convenção em vigor celebrado com outro Estado-Membro, que preveja a eliminação da dupla tributação dos rendimentos e, se for caso disso, do capital.

Sempre que o ordenante não seja residente para efeitos fiscais num Estado-Membro, o Estado-Membro do(s) acionista(s) da empresa tributa os rendimentos relevantes da empresa, em conformidade com o seu Direito nacional, como se estes tivessem sido diretamente auferidos pelo(s) acionista(s) da empresa, sem prejuízo de qualquer acordo ou convenção em vigor celebrado entre o Estado-Membro do(s) acionista(s) da empresa e a jurisdição do país terceiro do ordenante, que preveja a eliminação da dupla tributação dos rendimentos e, se for caso disso, do capital.

Sempre que o(s) acionista(s) da empresa não seja(m) residente(s) para efeitos fiscais num Estado-Membro, o Estado-Membro do ordenante do pagamento desses rendimentos aplica uma retenção na fonte, em conformidade com o seu Direito nacional, sem prejuízo de qualquer acordo ou convenção em vigor celebrado com a jurisdição do país terceiro do(s) acionista(s) da empresa, que preveja a eliminação da dupla tributação dos rendimentos e, se for caso disso, do capital.

Sempre que os bens referidos no artigo 4.º sejam propriedade de uma empresa que se presume não ter uma substância mínima e não ilide essa presunção:

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

- b) O Estado-Membro do(s) acionista(s) da empresa tributa esses bens, em conformidade com o seu direito nacional, como se fossem detidos diretamente pelo(s) acionista(s) da empresa, sem prejuízo de qualquer acordo ou convenção em vigor celebrado

com a jurisdição em que os bens estão localizados, que preveja a eliminação da dupla tributação dos rendimentos e, se for caso disso, do capital.

Sempre que uma empresa não tenha uma substância mínima para efeitos fiscais no Estado-Membro em que tem a sua residência fiscal, esse Estado-Membro toma uma das seguintes decisões:

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

b) Concede um certificado de residência fiscal que atesta que a empresa não tem direito aos benefícios de acordos e convenções que preveem a eliminação da dupla tributação dos rendimentos e, se for caso disso, do capital, aos benefícios previstos em acordos internacionais com um objetivo ou efeito semelhante, nem aos benefícios previstos nos artigos 4.º, 5.º e 6.º, da Diretiva 2011/96/UE e no artigo 1.º da Diretiva 2003/49/CE.

§ 4.2.7. Troca de informações

Todos os Estados-Membros terão acesso às informações sobre entidades de fachada existentes na UE, a qualquer momento e sem necessidade de recorrer a pedidos de informação. A fim de serem disponibilizadas em tempo útil a todos os Estados-Membros que nelas possam ter interesse, as informações devem ser trocadas automaticamente através de um diretório central, mediante a implementação do mecanismo existente de cooperação administrativa em matéria fiscal.

O artigo 13.º vem alterar a Diretiva 2011/16/EU. Como tal, foi aditado o artigo 8.º-A. A autoridade competente de um Estado-Membro que receba informações de uma empresa estabelecida no seu território nos termos do artigo 7.º, da Diretiva do Conselho, comunica essas informações, mediante troca automática e no prazo de 30 dias a contar da receção das mesmas, às autoridades competentes de todos os outros Estados-Membros, em conformidade com o n.º 4 e com as modalidades práticas aplicáveis adotadas nos termos do artigo 21º.

A autoridade competente de um Estado-Membro que certifique que uma empresa ilidiu a presunção nos termos do artigo 9.º, da Diretiva, ou que uma empresa está isenta nos termos do artigo 10.º dessa Diretiva, comunica essas informações, mediante troca automática e no prazo de 30 dias a contar da referida certificação, às autoridades competentes de todos os outros Estados-Membros, em conformidade com as modalidades práticas aplicáveis adotadas nos termos do artigo 21.º.

A autoridade competente de um Estado-Membro que conclua, inclusive mediante a realização de uma auditoria, ao abrigo do Direito nacional desse Estado-Membro, que uma empresa não cumpre os indicadores de substância mínima estabelecidos no artigo 7.º, da Diretiva, comunica essas informações, mediante troca automática e no prazo de 30 dias a contar da data em que o resultado da auditoria se torne definitivo, às autoridades competentes de todos os outros Estados-Membros, em conformidade com as modalidades práticas aplicáveis adotadas nos termos do artigo 21.º.

As informações a comunicar pela autoridade competente de um Estado-Membro nos termos do n.º 1, relativas a cada empresa, contêm os seguintes elementos:

- a) O número de identificação fiscal (NIF) da empresa obrigada a comunicar informações, nos termos do artigo 6.º da Diretiva;
- b) O número de identificação IVA, se disponível, da empresa obrigada a comunicar informações, nos termos do artigo 6.º da Diretiva;
- c) A identificação dos acionistas e do(s) beneficiário(s) efetivo(s) da empresa, tal como definido no artigo 3.º, pontos 5 e 6;
- d) A identificação dos outros Estados-Membros, quando aplicável, suscetíveis de serem afetados pelas informações apresentadas pela empresa;
- e) A identificação de qualquer pessoa localizada nos outros Estados-Membros suscetível de ser afetada pelas informações apresentadas pela empresa;
- f) A declaração apresentada pela empresa, nos termos do artigo 7.º, n.º 1;
- g) Um resumo dos elementos de prova apresentados pela empresa, nos termos do artigo 7.º, n.º 2.

Sem prejuízo do disposto no n.º 4, as informações a comunicar pela autoridade competente de um Estado-Membro, nos termos do n.º 2, contêm igualmente os seguintes elementos:

h) A certificação, pela autoridade competente do Estado-Membro, de que a empresa ilidiu a presunção prevista no artigo 9.º da Diretiva ou de que a empresa está isenta da comunicação de informações nos termos do artigo 10.º da mesma Diretiva;

i) Um resumo dos elementos de prova suplementares considerados relevantes pela autoridade competente para emitir a certificação de que a presunção foi ilidida nos termos do artigo 9.º da Diretiva ou de que a empresa está isenta da comunicação de informações nos termos do artigo 10.º da mesma Diretiva.

Sem prejuízo do disposto no n.º 4, as informações a comunicar pela autoridade competente de um Estado-Membro nos termos do n.º 3 contêm igualmente o relatório da auditoria, caso esse relatório seja emitido pela autoridade competente.

§ 4.2.8. Sanções

No que diz respeito a sanções, o artigo 14.º diz-nos que os Estados-Membros estabelecem o regime das sanções aplicáveis à violação das disposições nacionais adotadas para efeitos da Diretiva e tomam as medidas necessárias para garantir a sua aplicação. As sanções previstas devem ser efetivas, proporcionais e dissuasivas. Os Estados-Membros asseguram que essas sanções incluem uma sanção administrativa pecuniária de, pelo menos, 5 % do volume de negócios da empresa no exercício fiscal em causa, se a empresa obrigada a comunicar nos termos do artigo 6.º não cumprir esse requisito relativamente a um exercício fiscal no prazo fixado ou fizer uma declaração falsa na declaração fiscal prevista no artigo 7.º.

§ 4.3. Substância económica na legislação fiscal portuguesa

Após termos revisto com detalhe a proposta de Diretiva⁵⁸ do Conselho que estabelece regras para prevenir a utilização abusiva de entidades de fachada para fins fiscais com auxílio do estudo elaborado pelo IBFD⁵⁹ sobre essas entidades (*shell companies*), devemos atentar na legislação fiscal portuguesa e perceber onde já existem requisitos ou mínimos de substância de uma entidade.

A política tributária de um Estado deve promover o investimento estrangeiro com vista ao crescimento económico do país. Contudo, é necessário estabelecer o balanço entre a possibilidade de um país ter políticas fiscalmente apeteceíveis e o risco associado aos possíveis esquemas de planeamento fiscal que acarretam evasão fiscal.

O regime do Combate ao Planeamento Fiscal Abusivo, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 29/2008, de 25 de fevereiro, resulta da necessidade de garantir o reforço da eficácia no combate à fraude e à evasão fiscais, designadamente mediante a adoção de medidas que estejam em linha com as melhores práticas europeias e internacionais.⁶⁰ Ao estabelecer deveres de comunicação, informação e esclarecimento à administração tributária sobre esquemas propostos ou atuações adotadas que tenham como finalidade a obtenção de vantagens fiscais, procura-se combater o planeamento fiscal agressivo.⁶¹

Importa referir o artigo 11º, nr. 3, da Lei Geral Tributária, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 398/98, de 17 de dezembro, que nos diz que “*Persistindo a dúvida sobre o sentido das normas de incidência a aplicar, deve atender-se à substância económica dos factos tributários.*” Está em causa uma manifestação do princípio da prevalência da substância sobre a forma.

⁵⁸ Proposta de Diretiva do Conselho que estabelece regras para prevenir a utilização abusiva de entidades de fachada para fins fiscais e que altera a Diretiva 2011/16/EU, Bruxelas, 22 de dezembro de 2021.

⁵⁹ *Abuse through the Use of Shell Companies and Arrangements for Tax Purposes in the European Union: Feedback on the EU Consultation by the IBFD Task Force on EU Law*, ITAXS, IBFD, 2021.

⁶⁰ Decreto-Lei n.º 29/2008, de 25 de fevereiro.

⁶¹ Cfr. artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 29/2008, de 25 de fevereiro.

No seguimento da abordagem ao Acórdão *Cadbury Schweppes*, não poderíamos deixar de referir o regime das SECs previsto no artigo 66.º, do CIRC, que contém algumas condições de substância.

Diz-nos o artigo que os lucros ou rendimentos obtidos por entidades não residentes em território português e submetidos a um regime fiscal claramente mais favorável são imputados aos sujeitos passivos de IRC residentes em território português que detenham, direta ou indiretamente, mesmo que através de mandatário, fiduciário ou interposta pessoa, pelo menos 25% das parte de capital, dos direitos de voto ou dos direitos sobre os rendimentos ou os elementos patrimoniais dessas entidades.⁶² Entenda-se por regime fiscal claramente mais favorável⁶³ quando a entidade não residente reside num território que consta da lista aprovada por portaria do membro do Governo responsável pela área das finanças, ou quando o imposto sobre os lucros efetivamente pago seja inferior a 50% do imposto que seria devido nos termos do CIRC.⁶⁴

Este regime não se aplica quando uma entidade não residente em território português seja residente ou esteja estabelecida noutra Estado-Membro da UE ou num Estado-Membro do Espaço Económico Europeu, que esteja vinculado a cooperação administrativa no domínio da fiscalidade equivalente à estabelecida no âmbito da UE, e que o sujeito passivo demonstre que a constituição e funcionamento da entidade correspondem a razões económicas válidas e que esta desenvolve uma atividade económica de natureza agrícola, comercial, industrial, ou de prestação de serviços, com recurso a pessoal, equipamento, ativos e instalações.⁶⁵

Podemos afirmar que está em causa uma demonstração da substância económica da atividade desenvolvida pela SEC.

Consideramos também pertinente a referência ao regime de benefícios fiscais do Centro Internacional de Negócios da Madeira (Zona Franca da Madeira).

⁶² Cfr. artigo 66.º, nr. 1, do CIRC.

⁶³ Cfr. artigo 66.º, nr. 6, do CIRC.

⁶⁴ Cfr. artigo 87.º, nr. 1, do CIRC.

⁶⁵ Cfr. artigo 66.º, nr. 14, do CIRC.

Para que as empresas possam beneficiar das taxas reduzidas de imposto sobre o rendimento devem iniciar as suas atividades no prazo de seis meses, no caso de serviços internacionais, e de um ano, no caso de atividades industriais ou de *shipping*, contando da data de licenciamento.

Devem ainda observar um dos seguintes requisitos de elegibilidade: a) a criação de um a cinco postos de trabalho, nos seis primeiros meses de atividade e realização de um investimento mínimo de € 75 000 na aquisição de ativos fixos tangíveis ou intangíveis nos dois primeiros anos de atividade; ou b) a criação de seis ou mais postos de trabalho, nos seis primeiros meses de atividade.⁶⁶

Concordamos com PEDRO PERES, quando afirma que, na falta de orientações específicas na nossa legislação fiscal em matéria do local da gestão efetiva e essenciais reuniões de membros do conselho executivo e certos acionistas, bem como local da gestão diária, importa estabelecer requisitos (de substância) que contribuam para uma maior clareza e que permitam atacar expedientes artificiais abusivos, que recorram a entidades sediadas noutra Estado. Requisitos focados na gestão, controlo e decisões diárias relativas à atividade empresarial assumem-se como os mais importantes para as autoridades tributárias.⁶⁷

§ 5. Conclusão

Apesar das poucas disposições específicas na legislação fiscal portuguesa em matéria de substância, a adoção da diretiva que estabelece regras para prevenir a utilização abusiva de entidades de fachada deve permitir a implementação de requisitos de substância na construção dos critérios de determinação da residência fiscal.

Se os Estados-Membros adotarem critérios cumuns de determinação da residência fiscal é desejável que haja harmonização entre os mesmos. A falta de objetivação de tais

⁶⁶ Cfr. <https://www.newco.pro/pt/investir-na-madeira/centro-internacional-de-negocios-da-madeira/regime-fiscal-cimm>.

⁶⁷ PEDRO PERES, *Requisitos de substância ao nível da União Europeia*, Tese de Mestrado, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 2015.

critérios leva a uma grande incerteza jurídica entre os agentes económicos, podendo colocar em causa um dos princípios fundamentais do TFUE: a liberdade de estabelecimento.

Após a análise da evolução do conceito do local da direção efetiva na Convenção Modelo da OCDE em várias das suas versões, é perceptível a razão pela qual este conceito deixou de consistir num *tie-breaker*. A dificuldade de definir com clareza este conceito levou a que muitos Estados-Membros, mesmo antes de o Procedimento Amigável consistir na regra de desempate, a recorrer a outros critérios para se conseguirem ver livres das situações de dupla tributação internacional. Estamos em posição de concluir que tal dificuldade deveu-se essencialmente na falta de capacidade de exigir requisitos mais concretos, de substância económica, que pudesse clarificar o conceito.

A falta de substância e respetivos requisitos poderá e deverá consistir num argumento válido para que as autoridades tributárias não reconheçam a residência fiscal a sociedades localizadas noutro Estado, podendo também negar-lhes certos benefícios.

Aguardaremos com expectativa os efeitos produzidos com a transposição da diretiva para o direito nacional dos Estados que deverá acontecer até 30 de junho de 2023 e entrar em vigor em 1 de janeiro de 2024.

Bibliografia

ANTÓNIO FRADA DE SOUSA,

— *A Europeização do Direito Internacional Privado – Os novos rumos na regulamentação das situações privadas transnacionais na União Europeia*, Tese de doutoramento em Direito, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 2013.

AURORA RIBES RIBES,

— «Tax Residence and the Mobility of Companies in the European Union: The Desirable Harmonization of the Tax Connecting Factors», *INTERTAX*, vol. 40.

EVA BURGSTALLER

— «Place of Effective Management as a Tie-Breaker Rule – Concept, Developments and Prospects», *INTERTAX*, vol. 32.

FRANCISCO DE SOUSA DA CÂMARA,

— «A dupla residência das sociedades à luz das Convenções de Dupla Tributação», in AA.VV., *Planeamento e Concorrência Fiscal Internacional – Associação Portuguesa de Consultores Fiscais – Fisco*, Lex, 2003.

GUGLIELMO MAISTO,

— «Residence of Companies under Tax Treaties and EC Law», *EC and International Tax Series*, 5.^a ed., IBFD,

JOÃO FÉLIX NOGUEIRA,

— «Abuso de Direito em Fiscalidade Directa: a emergência de um novo operador jurisprudencial Comunitário», *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, 2009.

2009, págs. 95-120.

K. SIMANDER,

— «Residence of Companies under Tax Treaties and EC Law» in: *EC and International Tax Series*, 5.^a ed., IBFD, 2009, *Country Report: Austria*, págs. 339-374.

KLAUS VOGEL,

— *Double Taxation Conventions*, 5ªed., Kluwer Law International, 2015.

M. TENORE,

— «Residence of Companies under Tax Treaties and EC Law» in: *EC and International Tax Series*, 5.ª ed., IBFD,2009, *Country Report: Italy*, págs. 519-550.

N. BAMMENS,

— «Residence of Companies under Tax Treaties and EC Law» in: *EC and International Tax Series*, 5.ª ed., IBFD,2009, *Country Report: Belgium*, págs. 375-406.

PATRÍCIA ANJOS DE AZEVEDO,

— «A determinação das competências tributárias entre os Estados: Análise do critério de residência», *Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas*, 28 (2017).

— «Questões próprias da determinação da residência das pessoas coletivas na legislação portuguesa e o critério da residência nas convenções internacionais», *Cadernos de Direito Actual*, 8 (2018).

PAULA ROSADO,

— *Princípios do Direito Fiscal Internacional – do paradigma clássico ao direito fiscal europeu*, Almedina, Coimbra, 2010.

PEDRO PERES,

— *Requisitos de substância ao nível da União Europeia*, Tese de Mestrado, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 2015.

RUI MORAIS,

— *Imputação de lucros de sociedades não residentes sujeitas a um regime fiscal privilegiado*, Universidade Católica Editora, Porto, 2005.