



## Fiscal

# PROPOSTA DE DIRETIVA FISCAL SOBRE A UTILIZAÇÃO ABUSIVA DE ENTIDADES SEM SUBSTÂNCIA ECONÓMICA – DIRETIVA UNSHELL

## I. Sinopse

No passado dia 22 de dezembro de 2021 a Comissão da União Europeia (UE) divulgou uma nova Proposta de Diretiva <sup>1-2</sup> (no jargão comunitário “Diretiva Unshell”), com o objetivo de desencorajar a criação e o uso abusivo das denominadas “shell entities” ou empresas de fachada, obtenção de vantagens fiscais no âmbito de operações transfronteiriças.

A Proposta aplica-se a todas as entidades residentes na UE, que prossigam uma atividade económica, independentemente da sua forma jurídica.

Para efeito da aplicação da nova Diretiva, é estabelecido, à partida, um sistema de “filtragem”, composto por três indicadores objetivos ou Gateways.

Estando preenchidos cumulativamente os três Gateways, a entidade visada é obrigada a reportar às autoridades tributárias do Estado-Membro onde é residente um conjunto de informações que permitam aferir se a mesma cumpre, no ano fiscal em causa, a totalidade dos indicadores mínimos de substância para efeitos fiscais definidos no novo dispositivo.

Tais indicadores visam, não só aferir o racional económico por detrás da existência de cada entidade, como também a adequação dos meios humanos e materiais empregues, e próprios da atividade prosseguida, ao cumprimento do seu objeto social.

<sup>1</sup> [www.ec.europa.eu/taxation\\_customs/system/files/2021-12/COM\\_2021\\_565\\_1\\_EN\\_ACT\\_part1\\_v7.pdf](http://www.ec.europa.eu/taxation_customs/system/files/2021-12/COM_2021_565_1_EN_ACT_part1_v7.pdf)

<sup>2</sup> A Proposta deve ser lida em conjunto com os seguintes documentos de suporte: (i) avaliação do impacto inicial da nova Diretiva, datada de 20 de maio de 2021, e que pode ser consultada em [www.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/public-consultation\\_en](http://www.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/public-consultation_en).

[arrangements-for-tax-purposes\\_en](http://www.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/public-consultation_en), e (ii) o questionário preparado pela Comissão da UE, divulgado em 4 de junho de 2021, e que pode ser consultado em: [www.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/public-consultation\\_en](http://www.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/public-consultation_en).

Caso a entidade forneça satisfatoriamente todos os elementos exigíveis, presume-se que a mesma, nesse ano, cumpre os indicadores mínimos de substância para efeitos fiscais.

Na hipótese inversa, ou seja, caso a entidade seja incapaz de demonstrar que cumpre aqueles indicadores, a mesma presume-se que será uma entidade de risco.

Neste segundo caso, uma de duas, (i) ou a entidade não consegue demonstrar a sua legitimidade através de outros meios de prova, e nessa eventualidade é tratada como uma “shell entity”, com as implicações a seguir explicadas; (ii) ou a entidade fornece às autoridades tributárias do Estado-Membro da residência, um conjunto de provas adicionais, de modo a ilidir a referida presunção, e a final evitar ser tratada como “shell entity”.

Caso uma determinada entidade, abrangida pela nova Diretiva, seja incapaz de demonstrar que reúne a totalidade dos indicadores de substância objetivamente definidos, nesse caso, presume-se que a mesma é enquadrável no conceito de “shell entities”.

Sendo enquadrável como “shell entity”, a entidade em causa, relativamente aos demais Estados-Membros da UE, ficará impedida de beneficiar da aplicação (i) de quaisquer acordos ou convenções visando a eliminação da dupla tributação do rendimento e do capital, e (ii) das Diretivas Mãe-Filhas<sup>3</sup> (dividendos) e Juros & Royalties<sup>4</sup>.

Para este efeito, o Estado-Membro da residência da entidade visada deixará de emitir os competentes certificados de residência fiscal, ou, em alternativa, emitirá os mesmos contendo um aviso expreso de que a mesma não reúne as condições para beneficiar dos dispositivos internacionais.

Como consequência do exposto, os rendimentos passivos pagos à “shell” por uma entidade localizada num outro Estado-Membro, passarão a ser tributados na fonte.

Além do mais, os sócios das “shell entities”, quando sejam residentes num outro Estado-Membro, passarão a ser tributados sobre o rendimento passivo pago pelo pagador inicial, situado na UE, como se tal rendimento lhes fosse pago diretamente.

Caso os sócios não sejam residentes na UE, os mesmos passarão a ser tributados, por retenção na fonte, no Estado-Membro da fonte dos rendimentos passivos.

Finalmente, os bens imóveis (e os respetivos rendimentos) propriedade de uma “shell entity” residente num Estado-Membro, e que se encontrem localizados nos demais Estados-Membros, serão tributados de acordo com as leis domésticas destes últimos, como se os bens imóveis fossem diretamente detidos pelos sócios da “shell entity”. Aplicando-se idêntico regime à tributação dos sócios.

Caso a Proposta seja aprovada, a Diretiva Unshell deverá ser transposta pelos Estados-Membros até 30 de junho de 2023, entrando em vigor em 1 de janeiro de 2024.

<sup>3</sup> Diretiva 2011/96/UE do Conselho de 30 de novembro de 2011 relativa ao regime fiscal comum aplicável às sociedades-mães e sociedades afiliadas de Estados-Membros diferentes.

<sup>4</sup> Diretiva 2003/49/CE do Conselho de 3 de junho de 2003 relativa a um regime fiscal comum aplicável aos pagamentos de juros e *royalties* efetuados entre sociedades associadas de Estados-Membros diferentes.

## II. Análise

### 1. Introdução

Em 18 de maio de 2021, a Comissão Europeia adotou a Comunicação dirigida ao Parlamento Europeu e ao Conselho, denominada *Uma Tributação das Empresas para o Século XXI*,<sup>5</sup> definindo a agenda fiscal para os próximos dois anos, dividida em cinco grandes ações, com destaque para a luta contra a utilização abusiva de “shell entities”<sup>6</sup> ou empresas de fachada.

Muito embora o combate ao abuso fiscal já se encontre hoje apetrechado pela transposição, da cláusula geral antiabuso prevista no artigo 6.º da Diretiva ATAD I,<sup>7</sup> interpretada de acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE)<sup>8</sup>, a Comissão considera que as entidades jurídicas com nenhuma, ou apenas uma substância e atividade económica mínimas, continuam a representar um risco de serem utilizadas para fins fiscais.

Mais do que pretender caracterizar a essência por detrás das entidades ou das transações sob escrutínio – as quais poderão sempre flutuar de Estado para Estado –, a nova iniciativa pretende estabelecer um conjunto harmonizado de indicadores que permitam sinalizar as práticas abusivas e impedir a produção de vantagens indevidas.<sup>9</sup>

Por outras palavras, procura-se antecipar o combate aos comportamentos abusivos, do momento da aplicação da cláusula geral antiabuso, para uma fase anterior, em que os contribuintes, através das ditas “shell entities”, possam se prevalecer indevidamente dos benefícios resultantes das disposições dos acordos de dupla tributação ou do direito da União. A grande novidade da Proposta reside, assim, no bloqueio da credenciação dos contribuintes no acesso aos dispositivos internacionais de índole fiscal.

### 2. A quem se aplica a nova Diretiva?

Estão sob escrutínio as entidades que (i) prossigam uma atividade económica, independentemente da sua forma jurídica, (ii) sejam residentes fiscais num Estado-Membro da UE, e (iii) sejam elegíveis para obter um certificado de residência fiscal, para efeito das convenções fiscais ou das Diretivas Mãe-Filhas e Juros & Royalties.

### 3. Como funciona o mecanismo de triagem?

#### Verificação cumulativa dos 3 Gateways

A identificação das entidades passíveis de serem enquadradas como “shell entities”, parte de um primeiro teste de “stress”, assente na verificação cumulativa de três indicadores ou Gateways, a saber:

<sup>5</sup> [www.eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52021DC0251&qid=1641566682044](http://www.eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52021DC0251&qid=1641566682044).

<sup>6</sup> Sobre o conceito de “shell companies” veja-se o estudo do European Parliamentary Research Service, *An overview of shell companies in the European Union*, outubro de 2018.

<sup>7</sup> Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho de 12 de julho de 2016.

<sup>8</sup> Cfr. o acórdão *Cadbury Schweppes*, de 12 de setembro de 2006, Processo C-196/04.

<sup>9</sup> Vejam-se as respostas à consulta pública promovida pela Comissão da UE, preparadas (i) pela IBFD Task Force on EU Law, da autoria de Pasquale Pistone, João Nogueira, Alessandro Turina e Ivan Lazarov, *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*, International Tax Studies (ITAXS), 7-2021, e (ii) pela CFE Tax Advisers Europe, *Opinion Statement FC 5/2021*.

- (i) A soma dos rendimentos passivos<sup>10</sup>, auferidos nos dois exercícios anteriores, seja superior a 75%;
- (ii) As atividades transfronteiriças desenvolvidas consistam em:
  - Mais de 60% do “book value” dos ativos detidos nos dois anos fiscais anteriores, consistam em (i) bens imóveis e/ou em (ii) bens móveis (para além de numerário, ações ou outros valores mobiliários, detidos para fins particulares, de valor superior a EUR 1MM), situados num outro Estado-Membro, distinto daquele onde a entidade seja residente fiscal;
  - Pelo menos 60% dos rendimentos passivos tenham origem em operações ou atividades transfronteiriças.
- (iii) Nos dois anos fiscais anteriores, a entidade tenha externalizado a administração corrente e a tomada de decisões sobre funções relevantes.

Para efeito do preenchimento dos três Gateways, serão ainda relevantes as seguintes situações:

- (i) Uma entidade que detenha ativos compostos por (i) bens imóveis e/ou (ii) bens móveis (para além de numerário, ações ou outros valores mobiliários, detidos para fins particulares, de valor

igual ou superior a EUR 1MM), estará igualmente sob escrutínio, quando o “book value” desses ativos for superior a 75% da totalidade do “book value” do seu ativo, independentemente do facto de a mesma ter, ou não, auferido rendimentos passivos provenientes destes ativos nos dois anos fiscais anteriores;

- (ii) Uma entidade que detenha ativos a partir dos quais possa auferir dividendos e rendimentos da alienação de partes de capital, e o “book value” desses mesmos ativos for superior a 75% da totalidade do “book value” do seu ativo, independentemente de a mesma ter, ou não, auferido rendimentos provenientes destes ativos nos dois anos fiscais anteriores.

### Exceções à aplicação dos Gateways

Sem prejuízo de a nova Diretiva se aplicar transversalmente a todas as entidades, as entidades abaixo referidas estão excluídas do processo de triagem:

- As sociedades com valores mobiliários admitidos à negociação ou cotados num mercado regulamentado ou em sistema de negociação multilateral conforme definido na Diretiva 2014/65/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 15 de maio de 2014 - MIFID II;

<sup>10</sup> Nos termos dos artigos 4.º da alínea a) do n.º 1 do artigo 7.º da nova Diretiva, entende-se por rendimento passivo, qualquer uma das seguintes categorias de rendimento:

- Juros ou outros rendimentos de capitais, incluindo cripto ativos;
- Royalties ou outros rendimentos provenientes de direitos da propriedade intelectual, direitos de imagem ou direitos similares;
- Dividendos e rendimentos provenientes da alienação de partes de capital;
- Rendimentos provenientes de locação financeira;
- Rendimentos prediais;

- Rendimentos provenientes de quaisquer bens móveis (para além de numerário, ações ou outros valores mobiliários), detidos para fins particulares, de valor superior a EUR 1MM;
- Rendimentos provenientes da seguradora, bancária ou de outras atividades financeiras;
- Rendimentos provenientes de outras atividades exercidas em *outsourcing* por empresas associadas (cfr. o artigo 5.º da nova Diretiva quanto à definição de “empresas associadas”, sendo de destacar que os critérios se aplicam a pessoas singulares ou coletivas).

- As instituições financeiras reguladas <sup>11</sup>;
- As entidades tenham como atividade principal a detenção de partes de capital em sociedades operacionais situadas no mesmo Estado-Membro, desde que os beneficiários efetivos sejam residentes nesse mesmo Estado;
- As entidades que prossigam como atividade principal a detenção de partes de capital (holdings) e sejam residentes fiscais no mesmo Estado-Membro dos seu(s) acionista(s) ou da última sociedade-mãe;
- As entidades que possuam no seu quadro de pessoal, pelo menos, cinco empregados a tempo inteiro ou membros do *staff*, que exerçam exclusivamente as funções e tarefas associadas às atividades com vista à obtenção de rendimentos passivos.

#### 4. O que acontece caso os 3 Gateways estejam cumulativamente preenchidos?

Caso os três Gateways estejam verificados, a entidade está obrigada a declarar, na declaração anual de rendimentos:

- Que cumpre integralmente os requisitos de substância mínima estabelecidos na Diretiva, juntando para o efeito a documentação exigida. Sendo a informação prestada considerada satisfatória, a entidade não será classificada como “shell entity”;

- Que não cumpre os requisitos de substância mínima, presumindo-se, então que, relativamente a esse ano fiscal, a mesma deve ser classificada como “shell entity”. Neste caso, o contribuinte pode ainda ilidir a presunção (ver abaixo).

#### Declaração quanto à verificação dos indicadores mínimos de substância

Para efeito de poder rebater a presunção resultante do cumprimento dos 3 Gateways, a entidade está obrigada a declarar na declaração anual de rendimentos que cumpre integralmente com os seguintes indicadores mínimos de substância:

- (i) Possui instalações próprias para seu uso exclusivo no Estado-Membro onde é residente;
- (ii) Tem, pelo menos, uma conta bancária ativa na UE;
- (iii) Preenche um dos seguintes critérios:
  - Um ou mais dos diretores (i) é residente fiscal no mesmo Estado-Membro da entidade<sup>12</sup> (ou, caso seja residente num outro Estado-Membro, que a distância existente é compatível com o desempenho das suas funções<sup>13</sup>); (ii) possui as competências profissionais e os poderes de decisão compatíveis com a prossecução das atividades geradoras de rendimentos passivos e/ou à gestão dos ativos; (iii) exerce de forma regular, ativa e independente, os poderes de gestão

<sup>11</sup> Conforme definidas no n.º 2 do artigo 6.º da nova Diretiva.

<sup>12</sup> Este requisito não deixa de suscitar enormes reservas face à possibilidade de se abrirem novos focos de contencioso quanto à determinação da residência fiscal das sociedades ao abrigo do conceito da direção efetiva.

<sup>13</sup> à luz da crescente implementação do teletrabalho fruto da pandemia do COVID-19, esta exigência parece ser despropositada. Podendo constituir, no limite, um foco de potenciais conflitos tributários sem qualquer razão de ser à luz do atual ambiente dos negócios e do modo como a atividade económica das sociedades está estruturada.

que lhe foram conferidos; (iv) não seja empregado de uma entidade que ela própria não seja uma “empresa associada” e o mesmo não exerce funções de administrador ou equivalente em outras empresas que não sejam “empresas associadas”;

Ou,

- A maioria dos seus trabalhadores a tempo (i) é residente fiscal no mesmo Estado-Membro da entidade (ou, caso sejam residentes num outro Estado-Membro, que a distância existente é compatível com o desempenho das suas funções<sup>14</sup>); e os mesmos (ii) possuem as competências profissionais ao desenvolvimento das atividades geradoras dos rendimentos passivos auferidos.

#### Documentação a remeter às autoridades tributárias do Estado-Membro da residência

Além de declarar que cumpre com todos os indicadores acima referidos, a entidade deverá remeter, juntamente com a declaração anual de rendimentos, a seguinte informação:

- A morada / tipo das instalações próprias;
- O montante e a natureza dos seus proveitos brutos;
- O montante e a natureza dos custos de suporte ao exercício da sua atividade;
- O tipo de atividade(s) exercida(s) geradoras de rendimentos passivos;

- O número de diretores, suas qualificações profissionais, forma de obrigar e residência fiscal; ou, o número de funcionários a tempo inteiro, suas qualificações profissionais, e residência fiscal;
- As atividades terceirizadas;
- O número da(s) conta(s) bancária(s), extratos, e indicação de mantados conferidos a terceiros para efeito da movimentação da mesma(s).

Caso a entidade sob escrutínio forneça às autoridades tributárias a totalidade dos elementos acima listados, presume-se que a mesma, no ano fiscal em causa, possui substância suficiente para fins fiscais.

Ainda assim, importa sublinhar que o facto de a entidade “passar” o teste da substância, não impede os Estados-Membros de continuarem a poder aplicar as regras antiabuso em conformidade com o direito da UE.

Caso a entidade seja incapaz de fornecer satisfatoriamente todos os documentos exigíveis, presume-se que, relativamente ao ano fiscal em questão, a mesma deve ser classificada como “shell entity”. Ainda, assim, e como já referido, a nova Diretiva confere ao contribuinte uma “ultima chance” de ilidir esta presunção (cfr. ponto 5 *infra*).

#### Dispensa do cumprimento das obrigações declarativas resultantes dos Gateways

Para além das entidades isentas do mecanismo de triagem, a Proposta prevê a possibilidade de uma dispensa anual do cumprimento das obrigações declarativas resultantes da aplicação dos Gateways.

---

<sup>14</sup> Ver nota de rodapé anterior.

Assim, mesmo que a entidade preencha cumulativamente os três indicadores, esta pode requerer às autoridades do Estado-Membro da residência a dispensa do cumprimento das obrigações declarativas, sempre que apresente provas suficientes e objetivas de que a sua interposição não conduz à obtenção de qualquer vantagem para o(s) seu(s) beneficiário(s) efetivo(s) ou para o grupo económico onde se insere.

Mesmo que os três Gateways se verifiquem, a Diretiva confere a possibilidade de ilidir a presunção de ausência de adequada substância.

Após o termo da dispensa anual concedida, o Estado-Membro pode prorrogar a dispensa por um período de cinco anos, desde que as circunstâncias factuais e jurídicas relevantes, relativas à entidade, ao(s) beneficiário(s) efetivo(s), e ao grupo económico onde se insere, se mantenham inalteradas.

#### **5. Last call para impedir a qualificação como “shell entity”**

Atentas as especificidades próprias de cada sector de atividade, admite-se que os indicadores objetivos possam ser insuficientes para destringir as situações ditas “normais”, daquelas outras que encerrem comportamentos abusivos.

Para tal, e em complemento aos procedimentos descritos no ponto 4. *supra*, a entidade sob escrutínio poderá rebater a presunção, fornecendo evidências adicionais que permitam explicar e justificar a idoneidade da atividade geradora dos rendimentos passivos auferidos.

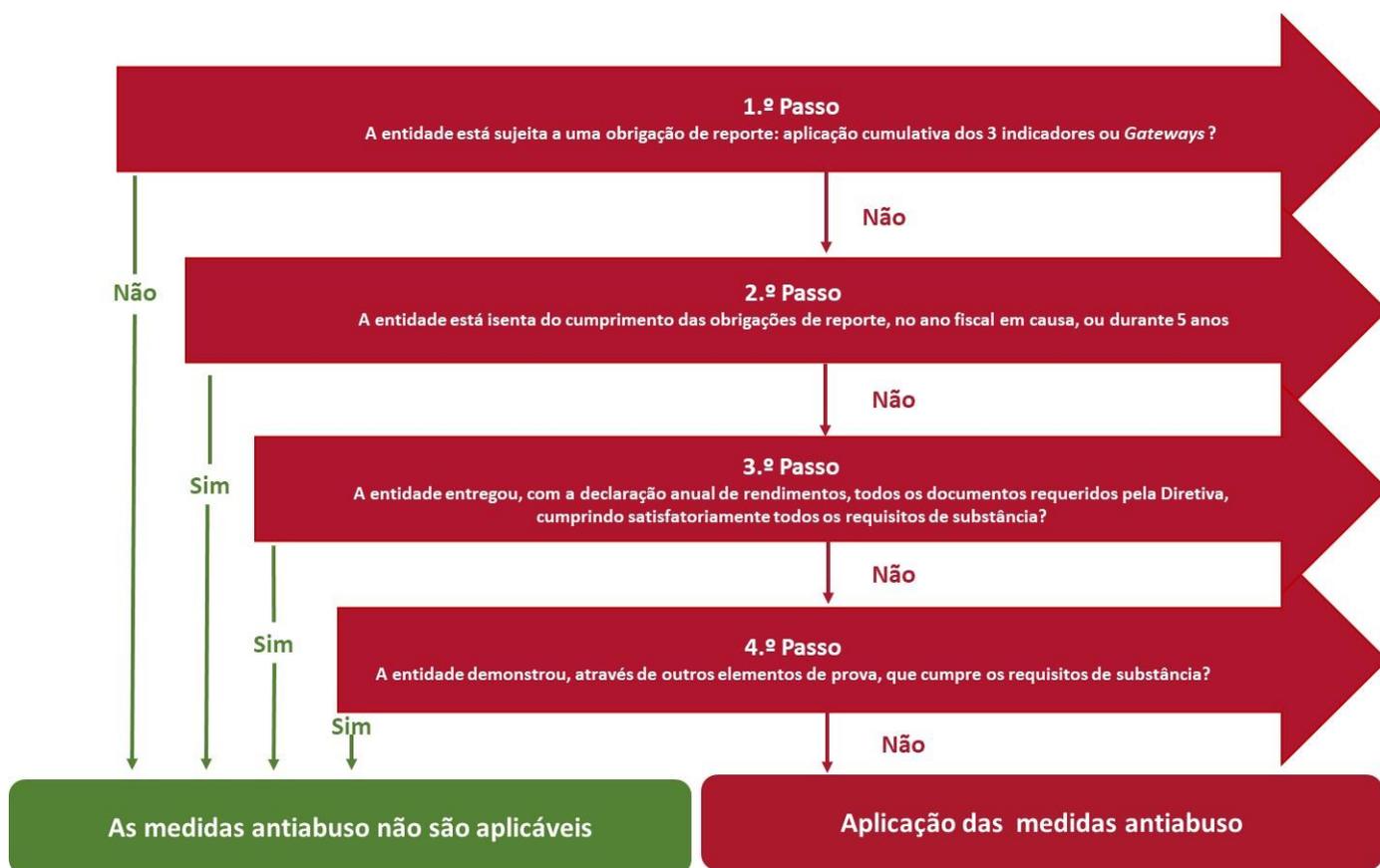
De entre o conjunto de elementos adicionais a fornecer, a Diretiva exige que a entidade explique e demonstre (i) quais foram as razões comerciais por detrás da sua constituição, (ii) o perfil dos funcionários afetos ao desenvolvimento da atividade geradora dos rendimentos passivos, e (iii) forneça evidências concretas de que a tomada de decisão sobre a(s) atividade(s) geradora(s) dos rendimentos passivos tem lugar no Estado-Membro da residência da entidade.

Caso as provas fornecidas permitam demonstrar objetivamente que, no ano fiscal em causa, a entidade sob escrutínio exerceu e manteve continuamente o controlo, e suportou os riscos, da(s) atividade(s) geradora(s) dos rendimentos passivos (ou dos ativos afetos a tais rendimentos), as autoridades tributárias do Estado-Membro da residência devem considerar que a presunção de ausência de substância mínima está justificada.

À semelhança do regime aplicável à dispensa do cumprimento das obrigações declarativas, o Estado-Membro da residência pode aceitar que, durante um período de cinco anos, a presunção se considere ilidida, desde que as circunstâncias factuais e jurídicas relevantes se mantenham inalteradas.

#### **6. Descrição gráfica do screening das entidades sujeitas à Diretiva Unshell**

Por forma a compreender o “passo a passo” associado à aplicação da nova Diretiva, veja-se de seguida a descrição gráfica dos procedimentos declarativos aplicáveis.



## 7. Implicações fiscais resultantes da qualificação como “shell entity”

A Diretiva Unshell consagra dois tipos de medidas antiabuso:

- Medidas antiabuso a aplicar pelos demais Estados-Membros da UE, para além do Estado-membro da residência da entidade;
- Medidas antiabuso a aplicar pelo Estado-Membro da residência da entidade.

### Medidas antiabuso aplicáveis pelos demais Estados-Membros da UE

- Neste caso, as medidas antiabuso podem ser decompostas em três grandes grupos, a saber:

- Quando a entidade pagadora dos rendimentos seja residente fiscal num dos demais Estados-Membros da UE, tais Estados desconsiderarão a “shell entity” para efeito da aplicação (i) de quaisquer acordos ou convenções visando a eliminação da dupla tributação do rendimento e do capital, e (ii) das Diretivas Mãe-Filhas e Juros & Royalties;
- Quando os sócios da “shell entity” sejam residentes fiscais num dos demais Estados-Membros da UE, esses mesmos Estados passarão a tributar os sócios em questão, relativamente ao rendimento passivo pago por uma entidade pagadora residente num outro Estado-Membro à “shell entity” como se o mesmo tivesse sido pago diretamente aos sócios (sem prejuízo de estes poderem creditar ao

imposto a pagar a final, o imposto pago pela “shell entity” no Estado-Membro da sua residência)<sup>15-16</sup>.

Porém, na medida em que o mecanismo de retribuição dos direitos de tributação dos rendimentos passivos só pode afetar os Estados-Membros, e não outras jurisdições, caso a entidade pagadora não seja residente na UE, o Estado-Membro da residência dos sócios da “shell entity” deverá permitir aos mesmos a aplicação dos acordos ou convenções visando a eliminação da dupla tributação do rendimento e do capital, celebrados entre esse Estado e o Estado da residência do pagador dos rendimentos.

Caso os sócios não sejam residentes fiscais na UE, o Estado-Membro da UE da entidade pagadora deverá impor uma retenção na fonte sobre o(s) rendimento(s) passivo(s) pago(s)<sup>17</sup>, sem

prejuízo da aplicação das taxas reduzidas previstas nos acordos ou convenções, celebradas entre esse Estado e o Estado da residência do(s) sócio(s).

- Quando um bem imóvel, detido por uma entidade “shell”, se encontre localizado num outro Estado-Membro da EU, esse Estado tributará os rendimentos dele derivados como se o bem fosse detido diretamente pelos sócios da “shell entity”, sem prejuízo da aplicação de uma convenção, celebrada entre esse Estado-membro e o Estado da residência dos sócios. Também o Estado-Membro da residência dos sócios da entidade “shell”, tributará os mesmos, como se estes detivessem diretamente o bem, mas sempre sem prejuízo da aplicação das disposições convencionais.

---

<sup>15</sup> Muito embora pareça resultar do texto da Proposta que o efeito pretendido é apenas o da imputação aos sócios, do rendimento passivo pago à “shell entity” por uma entidade residente num Estado-Membro da UE (e não a imputação do lucro apurado), certo é que, para efeito da eliminação da dupla tributação, a Proposta determina que os sócios podem deduzir ao imposto a pagar a final, o imposto pago pela “shell entity” no Estado-Membro da residência. O qual é apurado tendo por base o seu lucro líquido. Parece, por isso, existir uma clara confusão de conceitos que se espera venha a ser corrigida no texto final da Diretiva. Também não resulta da Proposta qualquer mecanismo de derrogação da tributação imputada quando o rendimento passivo flua até aos sócios, via dividendos, no próprio ano em que seja pago (o que implica a prévia clarificação quanto a saber se o valor a imputar corresponderá ao rendimento passivo, ou ao lucro da “shell entity” resultante do pagamento inicial daquele rendimento). A Proposta também não contempla qualquer mecanismo de “desimputação” do valor imputado, quando os dividendos fluam até aos sócios num ano posterior ao ano em que o rendimento for pago (como sucede, por exemplo, quanto às regras CFC – cfr. os n.ºs 5 e 6 do artigo 8.º da Diretiva ATAD I). O texto da Proposta é igualmente omissivo quanto a saber-se se a retenção na fonte sofrida pela “shell entity” no Estado-Membro da entidade pagadora do rendimento pode ser creditado ao imposto a pagar pelos sócios.

<sup>16</sup> O novo regime consagrado na Proposta suscita inúmeras dúvidas, em sede da aplicação prática do Regime dos Residentes Não Habituais (RNH), em sede de IRS, uma vez que, na redação do n.º 2 do artigo 11.º da Proposta o legislador comunitário determina que o Estado-Membro onde os sócios são residentes, “shall tax the relevant income .... and deduct any tax paid on such income” [leia-se o rendimento passivo pago à “shell entity” e imputado diretamente aos sócios], de acordo com a sua legislação doméstica. Concretamente, haverá que esclarecer aquando da transposição, por Portugal, do texto final da Diretiva até que ponto será, ou não, introduzida uma restrição ao regime do RNH.

<sup>17</sup> Não se vislumbra do texto da Proposta como será possível à entidade pagadora do(s) rendimento(s) passivo(s) estar a controlar quem são os sócios e se os mesmos beneficiam, ou não, de uma taxa reduzida de retenção na fonte, ao abrigo de um acordo de dupla tributação celebrado entre o Estado-Membro da residência da entidade pagadora e o Estado da residência dos sócios. Além do mais, e em termos jurídicos, sendo o rendimento pago à “shell entity”, é esta a titular dos rendimentos, e não os seus sócios, pelo que se questiona como poderá a entidade pagadora, para além da retenção a efetuar à “shell”, efetuar uma segunda retenção, sobre o mesmo rendimento, agora por conta do imposto devido pelos sócios. Questiona-se também a legitimidade desta solução sempre e quando a “shell entity” não distribua rendimentos (dividendos) aos seus sócios quaisquer.

## Medidas antiabuso aplicáveis pelo Estado-Membro residência da “shell entity”

A Diretiva Unshell confere duas possibilidades ao Estado-membro da residência da “shell entity”:

- Recusar à “shell” a emissão de certificados de residência fiscal;

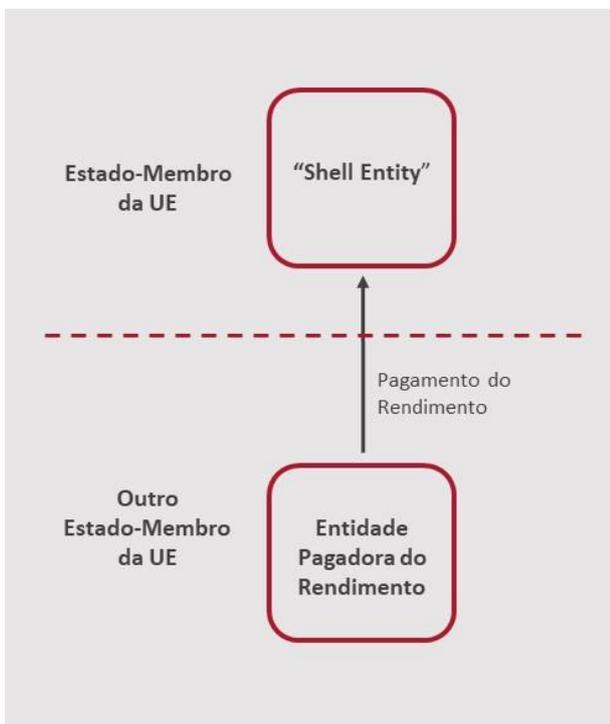
Ou, em alternativa,

- Emitir tais certificados com a inclusão de um aviso expreso de que a entidade em questão não reúne as condições para

beneficiar da aplicação dos acordos ou convenções visando a eliminação da dupla tributação do rendimento e do capital, e (ii) das Diretivas Mãe-Filhas (dividendos) e Juros & Royalties.

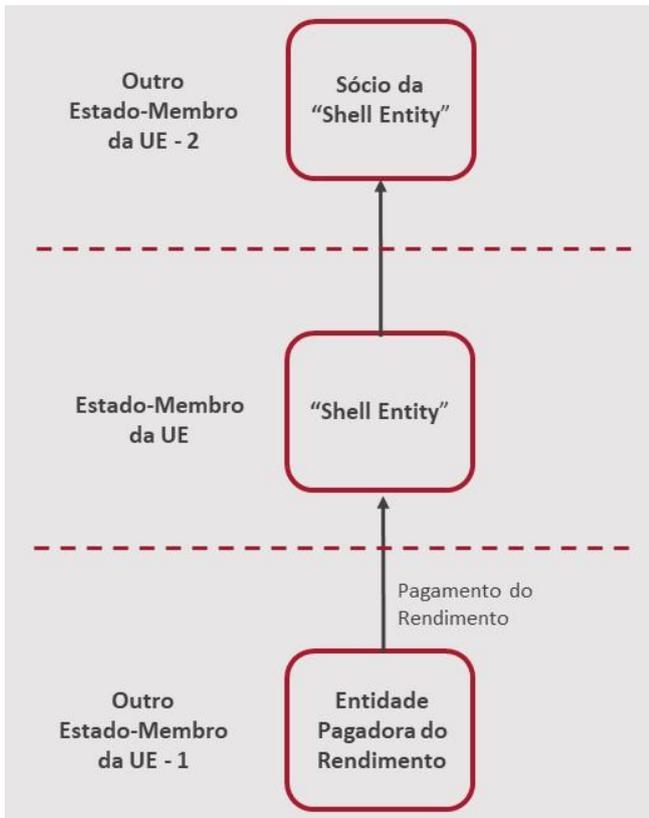
## Explicação gráfica dos efeitos práticos associados à aplicação das novas medidas antiabuso

### 1º Caso



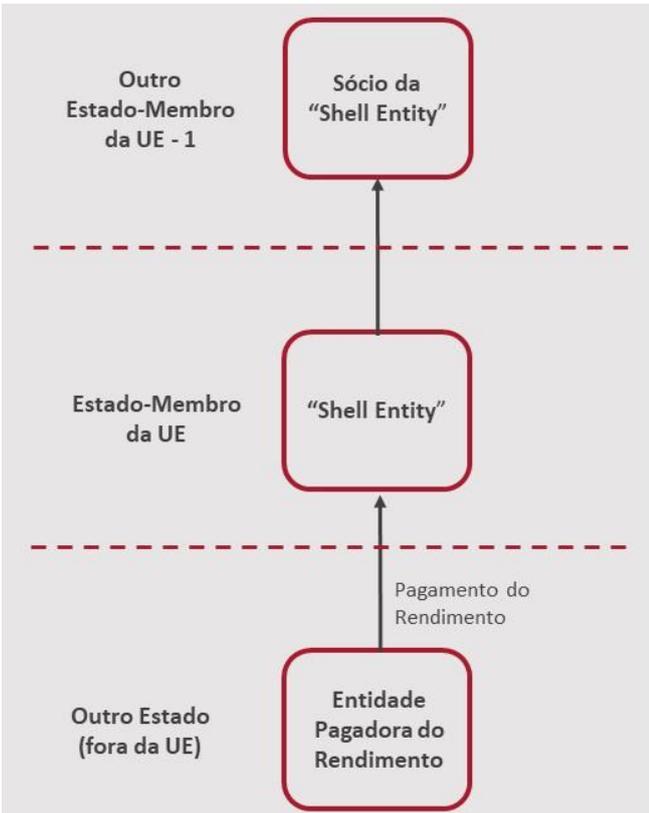
- Para efeito da tributação do rendimento passivo, as autoridades fiscais do Outro Estado-Membro desconsiderarão a aplicação das disposições previstas nos acordos de dupla tributação, e na legislação interna que transpôs as Diretivas Mãe-Filhas e Juros & Royalties.
- Como consequência, o rendimento passivo pago será tributado, no Outro Estado-Membro, de acordo com as taxas internas de retenção na fonte.

## 2º Caso



- Para efeito da tributação do rendimento passivo, as autoridades fiscais do Outro Estado-Membro - 1 desconsiderarão a aplicação das disposições previstas nos acordos de dupla tributação, e na legislação interna que transpõe as Diretivas Mãe-Filhas e Juros & Royalties.
- Como consequência, o rendimento pago será tributado, no Outro Estado-Membro - 1, de acordo com as taxas internas de retenção na fonte.
- As autoridades fiscais do Outro Estado-Membro - 2 tributarão os sócios, sobre o rendimento imputado e auferido pela "shell entity", como se o rendimento tivesse sido auferido diretamente pelos mesmos. Ao imposto a pagar a final, o Outro Estado-Membro - 2 permitirá que os sócios creditem o imposto pago pela "shell entity" no Estado-Membro da sua residência.

## 3º Caso



- Sendo a entidade pagadora do rendimento não residente na UE, não se aplicará, por regra, o mecanismo de desconsideração das disposições previstas nos acordos de dupla tributação.
- Como consequência, o rendimento pago será tributado, no Estado da entidade pagadora de acordo com as disposições domésticas, ou, de acordo com as regras previstas num acordo de dupla tributação celebrado entre esse Estado e o Estado-Membro onde a "shell entity" seja residente.
- Por outro lado, e ao nível dos sócios, as autoridades fiscais do Outro Estado-Membro - 1 tributarão os mesmos sobre o rendimento passivo auferido pela "shell entity", como se este tivesse sido auferido diretamente por tais sócios, sem prejuízo da aplicação de um acordo de dupla tributação celebrado entre o Outro Estado-Membro - 1 e o Estado da residência da entidade pagadora do rendimento.

## **8. Pedido de realização de auditorias fiscais pelos demais Estados-Membros**

Sempre que as autoridades tributárias de um dos demais Estados-Membros tiver motivos para acreditar que uma entidade não cumpriu com os requisitos prevista da Diretiva, as mesmas poderão requerer ao Estado-Membro da residência para realizarem uma auditoria independente à entidade em causa.

## **9. Troca de informações**

A nova Diretiva prevê, ainda, um conjunto de regras em matéria da troca de informações no âmbito da cooperação administrativa entre os Estados-Membros, devendo os mesmos trocar informações sobre as entidades que cumpram os três Gateways, no prazo de 30 dias (i) contados da submissão das declarações anuais de rendimento fornecendo a documentação adicional, (ii) da data em que a administração tributária do Estado-Membro da residência da “shell entity” certifique que esta ilidiu a presunção

de ausência de substância mínima ou está dispensada do cumprimento das obrigações declarativas, ou (iii) da data da conclusão de uma auditoria realizada a uma “shell entity” sempre que o resultado dessa auditoria tiver impacto nas informações já trocadas ou que deveriam ter sido trocadas sobre a mencionada entidade.

## **10. Penalidades**

A Proposta deixa aos Estados-Membros a tarefa de estabelecerem as sanções aplicáveis no caso do incumprimento das obrigações prevista na Diretiva.

Tais sanções deverão ser efetivas, proporcionais e dissuasoras, devendo contemplar, em qualquer caso, e quando se verifique o incumprimento das obrigações declarativas prescritas na Diretiva, ou a prestação de falsas informações, o pagamento de uma sanção pecuniária administrativa equivalente a, pelo menos, 5% do volume de negócios da entidade em causa.

João Magalhães Ramalho

Sócio da Área de Prática de Fiscal da TELLES.

## Como podemos ajudar?

A Equipa de Direito Fiscal da TELLES está preparada para assistir os seus Clientes em todas as matérias tributárias que necessitem.

## Contactos



**Miguel Torres**  
**Sócio Direito Fiscal**  
m.torres@telles.pt



**João Magalhães Ramalho**  
**Sócio Direito Fiscal**  
j.ramalho@telles.pt



**João Luís Araújo**  
**Sócio Direito Fiscal**  
j.luisaraujo@telles.pt



**André Gonçalves**  
**Sócio Direito Fiscal**  
a.goncalves@telles.pt



**Abílio Rodrigues**  
**Sócio Direito Fiscal**  
a.silvarodrigues@telles.pt