



UNIVERSIDADE  
CATÓLICA PORTUGUESA | FACULDADE  
DE DIREITO  
ESCOLA DE LISBOA

**SUBSTÂNCIA:  
A ESPADA DE DÂMOCLES DO LEGISLADOR**

---

*O REQUISITO DA SUBSTÂNCIA ECONÓMICA*

&

*O CONCEITO DA PERSONALIDADE TRIBUTÁRIA PASSIVA  
NO IRC*

Guilherme José Lourenço Baptista  
Nº 142 721 076

Mestrado em Direito Fiscal  
Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa  
Escola de Lisboa  
2023

Sob a Orientação do  
Professor Doutor Miguel Gonçalves Correia

## **Resumo**

Presenciamos um ressurgimento da doutrina da substância económica, enquanto princípio legal normativo, que proclama um propósito económico genuíno para transações económicas. Compreendemos que o âmbito subjetivo de aplicação da personalidade jurídica no direito privado diverge da sua aplicação no campo tributário. Por sua vez, a doutrina entende o sujeito passivo como uma pessoa titular de uma situação jurídico-tributária passiva. Precisamos de equacionar se a atribuição de personalidade tributária passiva pode depender, em parte, de uma materialização de substância económica suficiente, para dar resposta a construções fiscais ardilosas do contribuinte. Em Portugal, não existe uma definição do que se compreende como substância económica suficiente. O elemento histórico e a jurisprudência dos *Danish Cases* são necessários para clarificar este princípio. Neste contexto, a Comissão Europeia propôs a adoção da Proposta *Unshell*, com o objetivo de impedir o acesso a benefícios fiscais de construções puramente artificiais. Este estudo examina estes diferentes prismas da questão, com o objetivo de avaliar a direção recomendada de política fiscal nesta matéria.

## **Abstract**

*We witness a resurgence of the economic substance doctrine, as a normative legal principle, which proclaims a genuine economic purpose for economic transactions. We understand that the subjective scope of application of legal personality in private law diverges from its application in the tax field. In turn, the doctrine understands the taxable person as a person holding a passive legal-tax situation. We need to equate whether the attribution of passive tax personality may depend, in part, on a materialization of sufficient economic substance, in order to respond to artificial tax constructions by the taxpayer. In Portugal, there is no definition of what is understood as sufficient economic substance. The historical element and the jurisprudence of Danish Cases are necessary to clarify this principle. In this context, the European Commission has proposed the adoption of the Unshell Proposal, with the aim of preventing access to tax benefits of purely artificial constructions. This study examines these different prisms of the subject, with the aim of assessing the recommended direction of tax policy on this issue.*

**Palavras-Chave:** substância; personalidade-jurídica; personalidade-tributária passiva; cláusula geral anti-abuso; beneficiário efetivo.

**Key Words:** *substance; legal personality; tax personality; general anti-abuse clause, beneficial ownership.*

## Agradecimentos

*“A ship in the harbor is safe, but that is not what ships are built for.”*

John A. Shedd

Em primeiro lugar gostaria de expressar a minha gratidão para com a minha Mãe, Pai, Irmã, Avós e Padrinho, por me terem apoiado incondicionalmente e estado presente no decorrer do meu percurso académico até ao presente. Moldaram-me enquanto Homem, que hoje aqui se apresenta. Antes de me ensinarem a estar, ensinaram-me a ser.

Gostaria igualmente de agradecer à Escola de Direito de Lisboa da Universidade Católica Portuguesa e a todo o corpo docente, por me terem instruído nas bases do Direito durante a licenciatura, procurando deixar impressos os Princípios que a caracterizam.

Um especial enfoque no Programa CatólicaTax e todo o corpo docente que me permitiu obter uma maior especialização na Área do Direito Fiscal, que certamente me irá acompanhar no desenrolar do meu percurso profissional.

A minha maior admiração e gratidão para com o Professor Doutor Miguel Gonçalves Correia, que não apenas aceitou o desafio de ser meu Orientador de Tese, como teve um papel interventivo e assíduo no acompanhamento da mesma, procurando que eu fosse além do que era de mim esperado.

Um agradecimento ao Professor Doutor Germano Marques da Silva por inicialmente me ter aconselhado a levantar a questão certa num tema que verdadeiramente fosse do meu interesse e me desafiasse.

Um especial agradecimento a toda a Equipa da Vieira de Almeida e Associados, pelo apoio e pela orientação assente numa valiosa perspetiva prática do mundo desafiante do Direito.

Por fim, aos meus amigos. Por todas as memórias construídas, fazendo com que o meu percurso académico fosse uma experiência que irei valorizar para toda a minha vida, e pela ajuda e pela confiança imprescindíveis para o alcançar dos meus objetivos, num verdadeiro espírito de camaradagem. Eles sabem quem são. Espero um dia poder retribuir-lhes o tanto que recebi.

## Lista de Siglas e Abreviaturas

ADT(s).....	Acordo(s) de Dupla Tributação
AG.....	Advogado(a)-Geral
AML.....	<i>Anti-Money Laundering</i>
Al.....	Alinea
Art.....	Artigo
ATAD.....	<i>Anti-Tax Avoidance Act</i>
BEPS.....	<i>Base Profit and Profit Shifting</i>
CGAA.....	Cláusula Geral Anti Abuso
CAA.....	Cláusula Anti Abuso
CC.....	Código Civil
CDT(s).....	Convenção(ões) de Dupla Tributação
CE.....	Comissão Europeia
Cfr.....	Conforme
CMOCDE.....	Convenção Modelo da OCDE
CIRC.....	Código do Imposto sobre o Rendimento de Pessoas Coletivas
CIRS.....	Código do Imposto sobre o Rendimento de Pessoas Singulares
CIVA.....	Código sobre o Imposto sobre o Valor Acrescentado
CPC.....	Código do Processo Civil
CPPT.....	Código Processo e Procedimento Tributário
CRP.....	Constituição da República Portuguesa
CUE.....	Conselho da União Europeia
DAF.....	Diretiva Anti-Elisão
DAC.....	<i>Directive on Administrative Cooperation</i>
DUE.....	Direito da União Europeia
EM.....	Estados-Membros
EE.....	Estabelecimento Estável
EESC.....	<i>European Economic and Social Committee</i>
FSE.....	<i>Financial Service Entities</i>
IBFD.....	<i>International Bureau of Fiscal Documentation</i>
IRC.....	Imposto sobre o Rendimento de Pessoas Singulares
IRD.....	<i>Interest &amp; Royalties Directive</i>
IRS.....	Imposto sobre o Rendimento de Pessoas Coletivas
IRS.....	<i>Internal Revenue Service</i>
IVA.....	Imposto sobre o Valor Acrescentado
LGT.....	Lei Geral Tributária
LOE.....	Lei do Orçamento de Estado
Nº.....	Número
NR.....	Nota de Rodapé
P.....	Página

PE.....	Parlamento Europeu
PPT.....	<i>Principal Purpose Test</i>
PSD.....	<i>Parent Subsidiary Directive</i>
OCDE.....	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico
STA.....	Supremo Tribunal Administrativo
SAARs.....	<i>Specific Antiabuse Rules</i>
TFUE.....	Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
TJUE.....	Tribunal de Justiça da União Europeia
Tx.....	Taxa
ECJ.....	<i>European Court Justice</i>
EU.....	União Europeia
Vd.....	Vide
Vol.....	Volume
V.....	Versus
§.....	Parágrafo
>.....	Mais/Maior

## Índice

<b>Agradecimentos</b> .....	2
<b>Lista de Siglas e Abreviaturas</b> .....	3
<b>Capítulo Introdutório</b> .....	8
<b>I. Apresentação do Problema</b> .....	8
<b>II. Estrutura</b> .....	9
<b>Capítulo 1 – Questões de Substância: Enquadramento</b> .....	10
1.1. – Artigo 11.º da LGT .....	10
1.2. – Artigo 11.º, n.º 3 da LGT – Substância e Forma .....	11
1.3. – A Importância da Forma – Evitar a sua Diabolização .....	12
<b>Capítulo 2 – A Personalidade Tributária Passiva – Necessidade de Atualização</b> ..	13
2.1. – Suscetibilidade de Sujeição a Relações Jurídico-Tributárias .....	13
2.2. – Personalidade Tributária Passiva: Categoria Jurídica.....	14
2.3. – Personalidade no Contexto Fiscal.....	14
2.4. – Artigo 2.º do CIRC – Normatização do Sujeito Passivo .....	16
2.4.1. – Categorias de Sujeitos Passivos .....	17
2.4.2. – Personalidade Jurídica vs. Personalidade Tributária.....	18
<b>Capítulo 3 – Requisitos de Substância no Ordenamento Jurídico Português</b> .....	20
3.1. – Introdução .....	20
3.2. – Elementos Interpretativos da CGAA .....	21
3.3. – Artigo 38.º da LGT: Redação Atual .....	22
3.4. – Indispensabilidade do Artigo 38.º da LGT .....	25
3.5. – <i>Modus Operandi</i> das CGAA.....	26
3.5.1. – Aplicação Pré – LOE 2012 .....	26
3.5.2. – Regime Atual .....	27
3.6. – Artigo 23.º do CIRC enquanto Cláusula Anti-Abuso.....	28
3.7. – Jurisprudência – Substância e Forma no Direito Português .....	28
3.7.1. – Lucro Potencial vs. Lucro Real.....	28

<b>Capítulo 4 – Em Busca Dos Primórdios da Substância</b> .....	29
4.1. – Introdução .....	29
4.2. – <i>Substance Over Form</i> – Estados Unidos da América.....	29
4.2.1. – <i>Helvering v. Gregory</i> .....	29
4.2.2. – <i>Goldstein v. Comissionair</i> .....	30
4.3. – Codificação – Código 7701(O).....	31
4.3.1. – Materialização do Conceito .....	31
<b>Capítulo 5 – Danish Cases</b> .....	32
5.1. – Introdução .....	32
5.2. – Contexto Factual .....	33
5.3. – Abuso de Direito – Princípio Geral da UE .....	34
5.3.1. – A Detração de um Princípio Geral .....	35
5.3.2. – <i>Kofoed Case</i> – Espelho da Inconsistência Jurisprudencial .....	35
5.3.3. – Alteração do Paradigma .....	37
5.3.4. – Elementos de Abuso.....	38
5.3.5. – <i>Artificial Arrangement</i> – Indicadores .....	39
i) Ausência de uma Atividade Económica Atual .....	40
ii) <i>Burden of Proof</i> .....	42
5.4. – Conceito de Abuso e Beneficiário Efetivo .....	43
5.4.1. – Influência da CMOCDE (1977-2014).....	43
5.4.2. – A Influência do Projeto BEPS no Conceito de Beneficiário Efetivo.....	44
i) BE vs. PPT: Elemento Objetivo e Subjetivo .....	44
ii) Contexto da Diretiva Mães-Filhas .....	45
5.5. – Marco da Jurisprudência Portuguesa: <i>Beneficial Ownership</i> de Juros .....	46
5.6. – Considerações Preliminares – Incongruência do Sistema .....	47

<b>Capítulo 6 – ATAD 3 Enquanto Proposta Legislativa</b> .....	49
6.1. – <i>Holdings</i> – Instrumentos De Elisão Fiscal Internacional.....	49
6.2. – A Dificuldade de Padronização no Projeto Europeu .....	50
6.3. – Ambiguidade Conceptual da Diretiva.....	50
6.3.1. – Beneficiário Efetivo ( <i>Beneficial Ownership</i> ).....	50
6.3.2. – A Definição Irrazoável na Proposta <i>Unshell</i> .....	51
6.3.3. – <i>European Economic and Social Committee</i> .....	52
6.4. – Avaliação da Proposta – Desafios Futuros (No Presente) .....	53
<b>Conclusão</b> .....	54
<b>Referências Bibliográficas</b> .....	56
<b>Jurisprudência Pertinente</b> .....	59
<b>Anexo I – Metodologia e Modo de Citar</b> .....	60
<b>Anexo II – Representação Esquemática dos Danish Cases</b> .....	61
<b>Anexo III – Síntese do <i>Draft Report</i> – Proposta Legislativa <i>Unshell</i></b> .....	64
<b>Anexo IV – Holanda – <i>Ex-Libris</i> das Organização em Sociedades <i>Holdings</i></b> .....	66

## Capítulo Introdutório

### I. Apresentação do Problema

A substância no Direito Fiscal é passível de diversas definições. Para o propósito limitado desta tese, entenderemos a substância como uma relação de adequação entre a estrutura empresarial adotada e as funções que constituem o objeto social. A dicotomia entre forma e substância tem assumido contornos interessantes. Decorrente de um ressurgimento de preocupações de transparência fiscal, as transações financeiras vêm-se expostas a um escrutínio imenso, que se traduz num adensamento legal de requisitos necessários para a atribuição de benefícios fiscais. Apesar de existir uma vontade cívica crescente no seio da sociedade para melhor regular e controlar este fenómeno, o legislador ainda se debruça sobre conceitos parcos, de difícil concretização.

No ordenamento jurídico português, tal como sucede na generalidade dos países, a determinação do sentido das normas fiscais tem como ponto de partida a forma. Num segundo patamar, com recurso às CGAA, poderemos permitir ou impedir uma transação financeira, com fundamento na sua índole abusiva. Apenas se a dúvida permanecer, deveremos recorrer à substância. Contudo, não sabemos como proceder se, apesar de não persistirem dúvidas, a falta de substância for tão premente que a concessão de benefícios fiscais frustraria a *ratio* do sistema. Casos como as “*letterbox companies*”, onde a sede de uma empresa se encontra situada numa simples caixa de correio. Poderá ter forma suficiente, respeitar o elemento objetivo e subjetivo da CGAA, mas ainda assim ficar aquém de um critério de razoabilidade fiscal.

Perante uma situação onde o elemento da substância extravasa por completo a forma e a CGAA não sinaliza um comportamento abusivo, seria benéfico se existisse a normatização de uma solução no CIRC. A atribuição de personalidade tributária passiva, no artigo 2.º do CIRC, poderia, por exemplo, estar dependente da verificação de um conjunto de critérios no campo da substância, como a existência de infraestruturas, um corpo de funcionários e diretores e registos contabilísticos.

Para além de critérios tangíveis, poderia estar latente um raciocínio debruçado sobre o conceito do beneficiário efetivo dos rendimentos, para o qual a mais recente jurisprudência dos *Danish Cases* tem contribuído.

Atento ao exposto, embora reconhecendo a relevância dos esforços das instâncias europeias no desenvolvimento da doutrina da substância económica, esta tese pretende avaliar se o legislador português não deveria adicionalmente prever no código tributário soluções específicas para fazer face a este desafio.

## II. Estrutura

Iniciamos com uma análise da Doutrina da Substância Económica no ordenamento jurídico português, nomeadamente a conceptualização do *princípio da substância sobre a forma* presente na LGT.

No Capítulo 2, aprofundamos o conceito da personalidade tributária e a necessidade da sua atualização, compreendendo a simbiose entre a personalidade jurídica e tributária, seguido da normatização do conceito de sujeito passivo, presente no artigo 2.º do CIRC.

O Capítulo 3 coloca especial enfoque na análise da atual redação da CGAA presente no ordenamento jurídico português, mais especificamente, na LGT. Discute os elementos que compõem a CGAA. Avalia-se a importância da inclusão de garantias procedimentais na aplicação de CGAA, finalizando-se com a avaliação do entendimento jurisprudencial.

Tendo analisado o ordenamento jurídico português, iremos então debruçar-nos no Capítulo 4 sobre o elemento histórico. Um estudo dos primórdios da Doutrina e do seu amadurecimento nos EUA.

Subsequentemente, dedicaremos atenção no Capítulo 5 ao marco jurisprudencial dos *Danish Cases*, mais especificamente às conclusões adotadas na interpretação dos conceitos de substância económica e de beneficiário efetivo.

Por último, no Capítulo 6 poderemos encontrar uma crítica à Proposta *Unshell* apresentada pela Comissão Europeia.

Este estudo tenta preencher uma lacuna na literatura nacional, fornecendo uma análise relativamente aprofundada da doutrina da substância económica.

Assumiremos, ao longo do estudo, uma posição alicerçada em algum pragmatismo, defendendo que uma determinada ambiguidade é "melhor" resolvida com uma certa solução, ou que uma determinada leitura da doutrina é "mais razoável" ou "mais consistente com a intenção subjacente".

Não será incluída uma análise do conceito de beneficiário efetivo para efeitos de preços de transferência, uma vez que demonstra ser um tema demasiado amplo, carecendo de uma investigação autónoma para o efeito. Terminaremos com as habituais conclusões.

## **Capítulo 1 – Questões de Substância: Enquadramento**

O planeamento fiscal, enquanto ferramenta para reduzir ou diferir o pagamento de impostos, procura uma melhoria do retorno dos investidores. Com a complexificação do sistema fiscal e a existência de um número crescente de CDTs e Diretivas que concedem benefícios fiscais nas relações intraestaduais, sente-se uma necessidade crescente de normatização e densificação do conceito de substância.

A substância surge como a verdadeira “Espada de Dâmocles” na atribuição de benefícios fiscais. Um objeto de incrível poder, e igual incerteza, que exige uma sagaz prudência do legislador no equilíbrio entre um conjunto de critérios mais balizados ou, pelo contrário, mais fluidos. Esta sua relativa ambiguidade não nos deverá desincentivar no nosso propósito de melhorar a sua compreensão. A História já provou que épocas de transformação social e tecnológica geram os maiores avanços na hermenêutica do Direito.

### **1.1. – Artigo 11.º da LGT**

De acordo com o artigo 11.º, n.º 1 da LGT, onde se prescreve que “na determinação do sentido das normas fiscais e na qualificação dos factos a que as mesmas se aplicam são observadas as regras e os princípios gerais de interpretação e aplicação das leis”, é fixado que o ordenamento jurídico-tributário não apresenta um conjunto de regras próprias. Relativamente às normas fiscais, resulta claro que não estamos diante de um conjunto de regras gerais distintas do ordenamento jurídico unitário.

Poderemos interrogar se bastaria recorrer a um conjunto de princípios plasmados no Direito Civil na análise de matérias fiscais. Esta interpretação (limitada a nosso ver) do artigo 11.º, n.º 1 da LGT poderia conduzir a uma completa desnecessidade de existência de regras especiais para leis fiscais. Ainda assim, existe uma clara intenção de evitar que o Direito Fiscal sofra uma particularização normativa contrária à forma como o ordenamento jurídico se encontra concebido. Em suma, o legislador encontrou uma solução nos “princípios gerais de interpretação e aplicação das leis” para uma primeira abordagem do problema.

Já no artigo 11.º, n.º 2 da LGT encontramos uma ponte normativa com o restante sistema legislativo, pois “sempre que, nas normas fiscais, se empreguem termos próprios de outros ramos de direito, devem os mesmos ser interpretados no mesmo sentido daquele que aí têm, salvo se outro decorrer diretamente da lei”.

De acordo com o SALDANHA SANCHES, o legislador procurou impor uma “uniformidade conceitual no sistema jurídico”, prescindindo, para o efeito, de uma necessária análise dos problemas metodológicos característicos da aplicação da lei fiscal.

### **1.2. – Artigo 11.º, n.º 3 da LGT – Substância e Forma**

Decorrente do artigo 11.º da LGT, compreendemos que no processo de formulação, interpretação e aplicação da lei fiscal não poderemos adotar uma prevalência cega de conceitos estabelecidos no Direito Civil. O ponto de partida será sempre a forma e, num segundo patamar, com recurso às regras anti-abuso, poderemos invocar a índole abusiva da transação. Apenas se a dúvida permanecer é que poderemos recorrer à substância.

O legislador procurou introduzir o n.º 3, clarificando que “persistindo a dúvida sobre o sentido das normas de incidência a aplicar, deve atender-se à substância económica dos factos tributários.” É de notar que foi adotada uma postura clara face à dicotomia substância e forma, traduzindo-se numa concretização da interpretação teológica aplicada no Direito Fiscal. Existe a possibilidade de desconsideração da forma jurídica, contrariando o dogma de um juízo hierarquizado entre a forma e substância. Colocou-se um peso considerável na “substância económica dos factos tributários”. Existe uma autonomização clara da interpretação das leis em matéria fiscal.

O artigo 11.º da LGT compreende, como ponto de partida, uma interpretação literal da lei fiscal. No entanto, encontramos no corpo do artigo a possibilidade de prevalência da substância sobre a forma. *À priori*, esta lógica poderia transparecer um certo antagonismo conceptual. SALDANHA SANCHES conclui que apenas uma interpretação corretiva poderia harmonizar esta dispersão conceptual presente no corpo do texto legal.

Esta confusão sistemática decorre de intenções antagónicas na adoção de uma linha de raciocínio pelo legislador e não de um normal desenrolar histórico da letra da lei e da normal evolução do pensamento crítico.

Não existe uma necessária congruência na interpretação da linha legislativa. Esta abstração normativa acaba por influenciar a atuação do sujeito passivo, com sérias consequências para a transparência fiscal pretendida. Adicionalmente, a AT vê a sua atuação ser questionada reiteradamente em sede de litígio judicial, não por culpa própria, mas por se ver envolta nesta criação literária pouco linear do legislador.

Seria recomendável uma clarificação em revisões futuras da LGT.

### **1.3. – A Importância da Forma – Evitar a sua Diabolização**

A forma escolhida num determinado negócio jurídico é um fator a ter em conta no processo de fundamentação da correta qualificação jurídico-tributária. A substância de um determinado negócio jurídico está sempre influenciada pela escolha da sua forma. A artificialidade de uma operação poderá inclusive implicar uma errada qualificação jurídica. A importância da forma não se traduz necessariamente na determinação das consequências fiscais que a acompanham, mas permite entender todo o esquema adotado pelo sujeito passivo para obter a consequência fiscal pretendida.

A escolha de uma determinada forma para o negócio jurídico artificioso poderá dar indícios da existência de interesses desprovidos de tutela jurídica. Conhecer a forma adotada, bem como as consequências legais da qualificação jurídica pretendida, permitirá também avaliar a verdadeira substância do negócio jurídico. CASALTA NABAIS<sup>1</sup> entende que o legislador não pretendeu fazer ressurgir a velha querela doutrinária entre a interpretação económica e jurídica. Contudo, dado que o objeto das normas tributárias consiste numa realidade económica, decorrente de um Estado Fiscal e de uma economia de mercado, o legislador apenas pretendeu reconhecer o elemento teleológico na interpretação das normas tributárias.

Em termos interpretativos, apesar de existir uma corrente doutrinária que defende o princípio da prevalência absoluta da substância sobre a forma, não poderemos alienar a forma de todo o processo interpretativo, nem seria desejável diabolizar um elemento interpretativo que revela ser tão importante.

---

<sup>1</sup> NABAIS, Casalta, Problemas Nucleares do Direito Fiscal, 2020, Almedina, p. 183, nota 292.

Não poderá ser realizada uma supressão totalitária da forma sobre a perspectiva económica, mas sim uma comunhão entre ambas, permitindo avaliar a substância económica decorrente dos efeitos jurídicos inicialmente pretendidos.

Será necessária uma constante análise das diversas combinações substanciais, decorrentes do Princípio da Autonomia Privada aliado à Liberdade Contratual, com vista a estudar as diferentes alternativas contratuais e encontrar as razões fiscais resultantes dessa mesma escolha.

## **Capítulo 2 – A Personalidade Tributária Passiva – Necessidade de Atualização**

### **2.1. – Suscetibilidade de Sujeição a Relações Jurídico-Tributárias**

O legislador estabelece no artigo 15.º da LGT que a personalidade tributária consiste na suscetibilidade de ser sujeito de relações jurídicas tributárias. No artigo 16.º da LGT é especificado o conceito de capacidade tributária. Ao abrigo do Direito Português, salvo disposição legal em contrário, terá capacidade tributária quem detiver personalidade tributária.<sup>2</sup>

De acordo com MIGUEL CORREIA, uma análise da letra da lei permite retirar duas conclusões. Primeiramente, a personalidade tributária passiva não coincide inteiramente com a figura da personalidade jurídica. Em segundo lugar, a categoria de sujeito passivo é “polimorfa”. MIGUEL CORREIA<sup>3</sup> reforça que não se trata de um entendimento inovador, visto que autores como ROCHA/SILVA<sup>4</sup> já consideraram que o conceito de sujeito passivo, *per si*, apresenta uma multiplicidade de “desdobramentos e subdistinções”.

O conceito de sujeito passivo não pode ser analisado de forma redutora, considerando apenas o Contribuinte Direto. Existe um conjunto de sujeitos e figuras jurídicas passíveis de se encontrarem numa posição e com suscetibilidade de serem sujeitos de relações jurídicas tributárias. Estas figuras jurídicas encontram-se em constante evolução.

---

<sup>2</sup> Vd. Art. 16.º, n. 2º da LGT.

<sup>3</sup> CORREIA Miguel, sob a coordenação de Elsa Vaz Sequeira, 2023, “A Personalidade Tributária Passiva e a Configuração do Facto Jurídico-Tributário: Algumas Reflexões” in *Católica Talks*, Lisboa, p.223.

<sup>4</sup> ROCHA, Joaquim Freitas da; SILVA, Hugo Flores, 2019, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Almedina, Coimbra.

Antes de procedermos a esta análise, será importante percebermos onde se encontra o conceito de personalidade tributária passiva no espectro da categorização jurídica, não podendo deixar de pormenorizar o enfoque da análise no contexto do Direito Fiscal

## **2.2. – Personalidade Tributária Passiva: Categoria Jurídica**

De acordo com SOARES MARTINEZ, a par da soberania e da personalidade ativa, a personalidade tributária passiva apresenta-se como um dos pressupostos subjetivos da obrigação de imposto.<sup>5</sup>

Esta personalidade tributária passiva traduz-se na capacidade para assumir a posição de devedor num vínculo jurídico de imposto. Não poderá ser de todo confundida com a capacidade para suportar de facto encargos fiscais, uma vez que a personalidade tributária se caracteriza pela “posição daquele a quem pode ser juridicamente exigida uma prestação tributária”.

## **2.3. – Personalidade no Contexto Fiscal**

Existe uma dicotomia entre o que conseguimos conceber como personalidade tributária genérica e específica. Enquanto na primeira nos deparamos perante a capacidade para assumir a posição de devedor num vínculo tributário, que SOARES MARTINEZ entende ser um “complexo de requisitos comuns ao devedor em qualquer tipo de relação tributária”, na segunda deparamo-nos com uma particularização da realização de vínculos tributários que se multiplicam face às crescentes realidades tributárias existentes.

SOARES MARTINEZ defende que no campo do Direito Fiscal existe um afastamento claro e demarcado do conceito comum de personalidade jurídica. Um sério desfasamento na forma como o sistema fiscal se encontra orquestrado relativamente aos diversos campos do Direito. Será importante demarcar que este afastamento das restantes disciplinas jurídicas, apesar de consensual, não significa um cisma absoluto com os princípios genéricos que orientam o instituto de personalidade.

Contudo, não existe razoabilidade numa afirmação que permita sustentar que a personalidade jurídica será comum a todos os ramos do Direito. Pessoas e entidades titulares de um conjunto de direitos e deveres num determinado ramo do Direito, não

---

<sup>5</sup> MARTINEZ, Pedro Soares, 1969, *Da Personalidade Tributária – Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal*, Centro de Estudos Fiscais da Direção-Geral das Contribuições e Impostos, Lisboa, p. 325.

poderão transpor uma lógica universal para os restantes campos do Direito.<sup>6</sup> Existem delimitações, não necessariamente da vontade do legislador, mas das normais diferenças de natureza dos diferentes campos do Direito.

Acresce ainda que, por vezes, a própria atribuição de personalidade jurídica depende da suscetibilidade de se ser sujeito de certos direitos e deveres, em determinadas relações jurídicas, não sendo possível um tratamento e aplicação indistintos, como decorre dos artigos 11.º a 14.º do CPC. Devido às especificidades do Direito Fiscal, é natural que nos questionemos se para além de determinadas entidades reconhecidas noutras ramos do Direito, poderemos individualizar e atribuir personalidade jurídica tributária passiva a entidades que dela ainda não gozam noutras áreas do Direito.

No passado, existiram preocupações da doutrina, hoje consideradas anacrónicas, com a atribuição de personalidade tributária passiva a entidades incapazes de assumir a posição de sujeitos nas relações de Direito Privado ou Público. Hoje esta querela doutrinária está resolvida e consagrada na lei. Ainda assim, não deixa de ser curioso que nas décadas de 60 e 70 se tenha desenvolvido no espírito crítico da doutrina portuguesa uma especial atenção para a particular realidade do Direito Fiscal e na sobreposição de efeitos económicos à coloração jurídica da época.

É importante compreender que um imposto, na sua génese, procura debruçar-se sobre os factos económicos, não tendo particular interesse pela aceção ou valor jurídico. No entender de SOARES MARTINEZ, “a lei fiscal tributa estados de facto e não situações de Direito”, salvo certas exceções, que o próprio reconhece existirem. Parece ser notório que a prevalência dos efeitos económicos surge como um entendimento consensual neste campo de direito, ainda que, na prática, não se consiga materializar este princípio.

Atualmente, tem vindo a ser reconhecida uma correlação entre a atividade exercida e o benefício que se procura que daí advenha. A possível exigência de materialidade enquanto critério, num mundo transaccional cada vez mais desapegado e fluído, procura equacionar a possibilidade de a atribuição de personalidade tributária estar dependente de requisitos de substância económica.

Por muito premente que seja a necessidade de atribuição de uma determinada materialidade a um conceito potencialmente abstrato que é a personalidade tributária,

---

<sup>6</sup> MARTINEZ, Pedro Soares, 1990, *Manual de Direito Fiscal*, Almedina, Coimbra p. 191.

fazendo-a depender de requisitos de substância, será sempre necessário a existência de um pressuposto legal. Isto é, uma materialização normativa, na conceção da figura da personalidade passiva tributária.

Só assim será respeitado um princípio de segurança jurídica, permitindo que os diversos *players* do mercado fiquem a par das suas potenciais obrigações fiscais, sabendo quem estará adstrito ao cumprimento da obrigação tributária principal.

#### **2.4. – Artigo 2.º do CIRC – Normatização do Sujeito Passivo**

Da análise do preâmbulo do CIRC concluímos que a incidência subjetiva tem o seu necessário precedente na atribuição de personalidade jurídica. Isto é, na “susceptibilidade de ser sujeito de relações jurídicas tributárias”, corroborado pelo artigo 15.º da LGT.

No artigo 2.º do CIRC encontramos a solução definida pelo legislador de modo a alcançar uma incidência pessoal do IRC. Como nota ANA PAULA DOURADO, podemos encontrar uma pluralidade de categorias na letra da lei.<sup>7</sup> Isto traduz uma evolução do pensamento jurídico até à presente data. Com vista a abarcar um maior número de entidades possíveis, dentro do escopo da tributação de Pessoas Coletivas, o legislador alargou a incidência da personalidade tributária, não se bastando com entes empresariais, enriquecendo o alvo de incidência.

De acordo com ANA PAULA DOURADO, a densificação e definição deste conceito deverá demonstrar-se o mais ampla possível, com vista a incidir sobre sujeitos passivos que se encontrem na mesma situação material, evitando, assim, a perpetuação de comportamentos abusivos ou elisivos.<sup>8</sup>

É necessário interpretar a disposição do artigo 2.º do CIRC em articulação com o artigo 18.º, n.º 3 da LGT, que desenvolve o conceito de personalidade tributária passiva. Determina-se que o sujeito passivo será uma pessoa singular ou coletiva, o património ou a organização de facto ou de direito que, nos termos da lei, estará vinculado ao cumprimento da prestação tributária, dentro das formas concetuais perspectivadas pelo legislador. SOARES MARTINEZ reitera que o sujeito passivo da relação jurídico-tributária

---

<sup>7</sup> DOURADO, Ana Paula, 2016, *Direito Fiscal: Lições*, Almedina, Coimbra, p.70.

<sup>8</sup> A mesma lógica encontra-se presente em sede IVA, no artigo 2.º, n.º 1 do CIVA, bem como no artigo 2.º, n.º 2, a) do Regime do IVA nas Transações Intracomunitárias (RITI) e nos artigos 9.º a 13.º da Sexta Diretiva do IVA.

não terá de ser necessariamente uma pessoa jurídica.<sup>9</sup> Por exemplo, na fiscalidade internacional, o conceito de EE, apesar de estar desprovido de personalidade, pode fazer com que o sujeito passivo não residente possa ter a sua residência nesse país, fruto de uma construção puramente artificial.

No entender de MIGUEL CORREIA<sup>10</sup>, é latente o distanciamento entre a definição de sujeito passivo presente no CIRC e a definição de personalidade jurídica, enquanto conceito quadro, ainda que o segundo sirva de alicerce para o primeiro. Adicionalmente, no atual ordenamento jurídico português, a personalidade tributária passiva é atribuída a entes que disponham de uma determinada “unidade económica”<sup>11</sup>, “autonomia patrimonial”<sup>12</sup> e sejam suscetíveis de tributação individualizada.

A doutrina é unânime quando considera que o conceito de sujeito passivo deverá adotar uma abordagem evolutiva, com a realidade material em mente. Esta conclusão vai ao encontro ao tema proposto de estudo. Isto é, à necessidade de estabelecimento de critérios adicionais que traduzam operações, ainda que juridicamente pouco significantes, materialmente relevantes.

#### **2.4.1. – Categorias de Sujeitos Passivos**

Há que destacar que o enquadramento nas categorias de sujeito passivo dependerá da suscetibilidade de virem a ser integrados numa relação jurídico-tributária. Deve-se proceder ao cumprimento de um dever que resulta do vínculo tributário, nomeadamente, do dever de prestação de um imposto devido.

Neste seguimento, se o sujeito passivo cumprir com um dever de cooperação sobre determinado facto tributário ao qual é alheio, não será considerado sujeito passivo, como poderemos ver explanado no artigo 18.º, n.º 4, al. b) da LGT.

De acordo com o artigo 2.º do CIRC, teremos de averiguar previamente se nos encontramos perante entidades residentes ou não residentes. Isto é, se a sede social ou direção efetiva se encontra em território português.<sup>13</sup>

---

<sup>9</sup> MARTINEZ, Pedro Soares, 1969, Da Personalidade Tributária – Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, Centro de Estudos Fiscais da Direção-Geral das Contribuições e Impostos, Lisboa p. 33.

<sup>10</sup> CORREIA Miguel, sob a coordenação de Elsa Vaz Sequeira, 2023, “A Personalidade Tributária Passiva e a Configuração do Facto Jurídico-Tributário: Algumas Reflexões” in *Católica Talks*, Lisboa, p. 245.

<sup>11</sup> Direção De Serviços De Formação AT (2016), p. 22.

<sup>12</sup> Direção De Serviços De Formação AT (2016), p. 22.

<sup>13</sup> Vd. Art. 2.º, n.º 3 do CIRC.

A sede social encontra-se fixada nos estatutos da pessoa coletiva, tendo por norma adjacente um local físico. No que concerne à “direção efetiva”, tanto a AT, como os tribunais, têm considerado o lugar onde a gestão de topo tem lugar fixo e opera, tendo adjacente a tomada de decisões e conceção da estratégia comercial, contrapondo a operações diárias de gestão da empresa. Na definição de “local da direção”, Portugal aproxima-se das orientações da OCDE, adotando o significado de estabelecimento permanente. Isto é, uma “instalação”, de “cariz fixo”, “através do qual uma atividade é realizada”.<sup>14</sup>

Se nos enquadrarmos dentro do plano dos residentes, são expressamente enunciados como sujeitos passivos as sociedades comerciais ou civis sob forma comercial, as cooperativas, as empresas públicas e as demais pessoas coletivas de Direito Público ou Privado, com sede ou direção efetiva em território português.

#### **2.4.2. – Personalidade Jurídica vs. Personalidade Tributária**

No decorrer deste capítulo foi colocado o desafio de se proceder a uma análise incisiva sobre a delimitação da personalidade tributária passiva. No artigo 15.º da LGT encontramos uma definição de personalidade tributária abrangente proposta pelo legislador. O artigo 18.º, n.º 3 da LGT aborda diretamente a temática da consideração do sujeito passivo. Por fim, o artigo 2.º do CIRC define a qualidade do sujeito passivo especificamente para efeitos de IRC.

Denoto que não existe uma coincidência perfeita entre a figura de personalidade jurídica e a figura de personalidade tributária passiva. No mapa-mundo do Direito Tributário, surgem como uma linha paralela e uma linha meridional do sistema fiscal português, na medida em que se cruzam, mas não coincidem. Ambas assumem relevo para fixar o sujeito passivo do imposto, decorrente do facto tributário original.

Como frisa RUI MARQUES, em determinadas entidades é possível reconhecer uma situação de facto, “com uma certa unidade económica e autonomia de património que vão justificar uma tributação própria ou individualizada”<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> *Model Tax Convention on Income and on Capital*, 2017, OCDE, p. 191.

<sup>15</sup> MARQUES, Rui, 2020, *Código do IRC – Anotado e Comentado*, 2ª Edição Revista e Aumentada, Almedina, p. 42, nota 27- 33.

Com efeito, em Portugal o legislador atribui expressamente a qualidade de sujeitos passivos a heranças jacentes<sup>16</sup>, pessoas coletivas em relação às quais seja declarada a invalidez, as associações<sup>17</sup>, sociedades civis sem personalidade jurídica<sup>18</sup> e as sociedades civis puras ou não constituídas sob forma comercial. Também os baldios acabam por ser sujeitos passivos de IRC, apesar da inexistência de personalidade jurídica.<sup>19</sup> Apesar da simbiose existente entre a personalidade jurídica e tributária, não poderemos considerar que um conceito está inteiramente dependente de outro.

Nestes casos, o legislador decidiu pela atribuição de personalidade tributária a entidades tradicionalmente desprovidas de personalidade jurídica. Isto implica que os rendimentos não sejam diretamente tributados na titularidade de pessoas singulares ou pessoas coletivas em sede de IRS ou em IRC. A tributação decorre da autonomia patrimonial.

O conceito de personalidade tributária passiva sofreu uma evolução decorrente da individualização do próprio Direito Fiscal, acabando por se distanciar daquilo que é a personalidade jurídica, ainda que fortemente inspirada pela mesma.

Neste momento presenciamos dois conceitos autónomos, mas não podemos entendê-los como antagónicos. Independentemente de ter existido este afastamento, não poderemos ignorar que a génese da personalidade tributária se encontra na figura da personalidade jurídica.

MIGUEL CORREIA reitera que “a personalidade tributária passiva não coincide inteiramente com a figura da personalidade jurídica, e a categoria de sujeito passivo é polimorfa”<sup>20</sup>. Esta natureza “polimorfa” com diversas concretizações decorre da estratégia normativa adotada pelo legislador, reativa para com o comportamento do contribuinte, fazendo com que se proceda a uma sucessiva, ainda que tardia, atualização.

Note-se, não obstante, que esta natureza polimorfa da personalidade jurídica, ainda que cada vez mais atualista e consensual, acaba por não gozar de um consenso pleno. BRAZ TEIXEIRA, por exemplo, não concebe uma separação entre a personalidade jurídica e uma

---

<sup>16</sup> Vd. Art. 2046-º do CC.

<sup>17</sup> Se a atividade não for exercida a título principal, uma atividade comercial, industrial, ou agrícola, são tributadas pelo rendimento global da soma algébrica das diversas categorias de IRS. Há rendimentos que não estão sujeitos (Art. 54.º, n.º 3 do CIRC) e isentos (Art. 54.º, n.º 4 do CIRC).

<sup>18</sup> Se as associações forem constituídas por escritura pública, gozam de personalidade jurídica.

<sup>19</sup> Vd. Art. 59.º do EBF: encontram-se isentos.

<sup>20</sup> CORREIA, Miguel, sob a coordenação de Elsa Vaz Sequeira, 2023, “A Personalidade Tributária Passiva e a Configuração do Facto Jurídico-Tributário: Algumas Reflexões” in *Católica Talks*, Lisboa, p.223.

personalidade tributária<sup>21</sup>. Defende que a primeira característica dos sujeitos da relação jurídica fiscal será a atribuição de personalidade tributária, enquanto um todo. Não se justifica, assim, uma divisão entre personalidade tributária e personalidade judiciária.

De acordo com este autor, cair-se-ia no erro da compartimentação da figura jurídica da “personalidade”, levando a uma inevitável comparação e juízo qualitativo da mesma.

### **Capítulo 3 – Requisitos de Substância no Ordenamento Jurídico Português**

#### **3.1. – Introdução**

O legislador procurou criar normas que permitissem uma distribuição equitativa e economicamente eficiente dos encargos tributários. Pretendeu contrariar as potenciais manipulações levadas a cabo pelo contribuinte. É necessário realizar um equilíbrio entre a autonomia privada e a necessidade de impedir a escolha de estruturas fiscais criadas por razões de pura economia fiscal. Existe uma diferença entre uma economia fiscal desajustada da realidade e a forma contratual mais eficiente enquanto um direito do contribuinte.

O Princípio da Neutralidade da lei fiscal permite que o sujeito passivo procure a melhor solução, aspirando ao melhor resultado fiscal. O legislador pode ficar admirado com a esquema de otimização fiscal escolhido pelo contribuinte. Contudo, esta surpresa não pode ser sinónimo de hostilidade do legislador. O Ordenamento Jurídico Fiscal, como qualquer obra fruto do labor humano, acabará por ter imperfeições. Teremos de distinguir entre imperfeições do sistema e aproveitamento abusivo.

A nosso ver, a existência de uma CGAA contribui para um aumento da eficiência do sistema fiscal, face a potenciais imperfeições imprevistas pelo legislador, potenciando uma maior justiça na distribuição dos encargos tributários e contribuindo para a redução na necessidade de densificação das normas do sistema jurídico.

Recordamos que, regra geral, um Estado poderá aplicar disposições fiscais anti-abuso se uma entidade pretender obter benefícios domésticos ou resultantes de CDTs. Sempre que

---

<sup>21</sup> TEIXEIRA, António Braz, 1985, *Princípios do Direito Fiscal – Volume I*, 3ª Edição, Almedina, Coimbra, p. 179-180.

esta atuação implique uma restrição a uma liberdade fundamental, apenas poderão ser colocados em causa expedientes puramente artificiais.

SALDANHA SANCHES entende que a criação de uma CGAA remete para “os antípodas do princípio da interpretação literal da lei fiscal e do ideal de obtenção de segurança jurídica mediante a aplicação do imperativo da tipicidade fechada na construção de fiscais”.<sup>22</sup>

Ainda assim, as CGAA portuguesas caracterizam-se por um conjunto de princípios, sem uma orientação de aplicação ao caso concreto. ANA PAULA DOURADO reforça o entendimento que “a finalidade ou intenção de elisão fiscal deverá ser averiguada através de elementos objetivos, não relevando a intenção subjetiva” e que a reação do ordenamento se verifica, quando existe uma ineficácia dos atos adotados e quando se procede a uma requalificação “segundo as normas aplicáveis ao comportamento típico.”

### **3.2. – Elementos Interpretativos da CGAA**

Durante a redação anterior à Lei n.º 32/2019, de 3 de maio, GUSTAVO COURINHA procurou densificar o racional da norma. A cláusula geral anti-abuso teria a aplicação de cinco elementos. Desses cinco elementos, quatro reconduzir-se-iam à previsão da norma da cláusula geral anti-abuso e um corresponderia à sua estatuição.

Primeiramente deveríamos começar por estudar o “elemento meio”. Questionar se a transação está estruturada com o propósito de obter uma poupança na receita a pagar ao Estado. Averiguar se se recorre a um conjunto de meios e esquemas artificiosos ou fraudulentos, cuja verificação concretiza objetivamente essa mesma intenção. De seguida, teremos de analisar o “elemento resultado”, ou seja, o desenlace da operação, se existe de facto uma vantagem fiscal.

Em terceiro lugar, o “elemento intelectual” pretenderia escrutinar se o objetivo do contribuinte para realizar a transação está intrinsecamente ligado com a poupança do pagamento de impostos. É reconhecida uma simbiose entre o elemento meio e o elemento intelectual, na medida em que no esquema orquestrado irão constituir elementos que concretizam a finalidade. O objetivo comercial do contribuinte deve ter em conta os indícios objetivos da intenção, como documentos contemporâneos ou registos de reuniões empresariais. É necessário alertar para o facto deste elemento subjetivo estar sujeito a

---

<sup>22</sup> SANCHES, J.L.S., 2006, *Os Limites do Planeamento Fiscal – Substância e Forma no Direito Fiscal Português, Comunitário e Internacional*, Coimbra Editora, Coimbra, p. 165.

manipulação, levando à criação de documentos falsos ou enganosos que evidenciem motivos não fiscais.<sup>23</sup>

Importa destacar o “elemento normativo”, onde se procura encontrar uma cláusula que impossibilite a atribuição dos efeitos fiscais, isto é, determinar se a vantagem fiscal acaba por frustrar a finalidade da lei fiscal. O elemento normativo comporta um exercício de análise do elemento sistemático, e, inclusive, histórico. A finalidade da lei comporta uma interpretação da norma de incidência em causa ou da norma relativa à determinação da matéria coletável no caso concreto.

Por fim, o elemento sancionatório inserido na respetiva estatuição iria traduzir-se numa ineficácia dos atos ou negócios jurídicos tributários. Estes passariam a ser “inoponíveis à Administração Fiscal, dependendo a sua aplicação da verificação cumulativa dos pressupostos consagrados na sua previsão”<sup>24</sup>.

No entanto, a doutrina não era unanime neste entendimento. Destacamos a tese de SÉRGIO VASQUES, de acordo com o qual, a cláusula geral anti-abuso seria composta por três elementos essenciais.

Primeiro, seria necessária a prática de um ato ou negócio com abuso da respetiva forma jurídica, que permitisse afirmar que o esquema comercial em causa oculta o seu verdadeiro propósito, dando-lhe uma utilização manifestamente anómala face à prática jurídica comum. Em segundo lugar, postular-se-ia que o único ou principal objetivo presidindo a esse esquema seria tendente a obter uma vantagem fiscal, independentemente da sua natureza, com a marginalização evidente de objetivos económicos reais. Em terceiro lugar, impor-se-ia que da lei resultasse, com suficiente clareza, a intenção de tributar os bens em causa nos mesmos termos em que estes seriam tributados em condições normais, ou seja, recorrendo-se às formas e práticas jurídicas comuns.<sup>25</sup>

### **3.3. – Artigo 38.º da LGT: Redação Atual**

A Lei n.º 32/2019, de 3 de maio, alterou a CGAA vigente no sistema fiscal nacional, transpondo para o ordenamento jurídico português a *Anti-Tax Avoidance Directive*<sup>26</sup> e

---

<sup>23</sup> BANKMAN, Joseph, 2000, “The Economic Substance Doctrine” in *HeinOnline*, 74 S Cal L Rev 5, p. 27.

<sup>24</sup> Ac. do TCA Sul, Processo n.º 04255/10, 15-02-2011.

<sup>25</sup> Decisão Arbitral do CAAD, Processo n.º 165/2019-T, 18-11-2019.

<sup>26</sup> Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho, de 12 de julho de 2016.

estabelecendo regras contra a prática de elisão fiscal consideradas lesivas no contexto da iniciativa *BEPS* da OCDE.

É necessário compreender que a substância de transações financeiras nem sempre coincide com a plenitude da forma legal adotada pelo sujeito passivo. De acordo com o artigo 38.º, n.º 2 da LGT, são visadas as construções ou séries de construções realizadas com a finalidade principal, ou uma das finalidades principais, de obter uma vantagem fiscal que frustre o objeto ou a finalidade do Direito Fiscal aplicável. Se forem realizadas com abuso das formas jurídicas, ou não forem consideradas genuínas, serão desconsideradas para efeitos tributários.

De seguida, deve-se proceder a uma tributação de acordo com as normas aplicáveis aos negócios ou atos que correspondam verdadeiramente à substância ou realidade económica e não produzam as vantagens fiscais pretendidas.

Enquanto a lei antiga considera existir um requisito cumulativo para a aplicação da CGAA (uso da preposição cumulativa), a lei atual emprega uma proposição alternativa. Esta interpretação já era defendida pelos tribunais<sup>27</sup>.

O legislador deixou de adotar a formulação “atos ou negócios jurídicos essencial ou principalmente dirigidos” para prever a aplicação da CGAA a construções ou séries de construções “realizadas com a finalidade principal ou uma das finalidades principais de obter uma vantagem fiscal” (elemento intelectual).

No entendimento de BRUNO SANTIAGO e JOÃO MIGUEL FERNANDES<sup>28</sup> estas alterações podem gerar uma maior litigiosidade, dado que se encontra disposto na lei que a finalidade de obter uma vantagem fiscal pode não ser a principal, mas somente uma das finalidades principais, não estabelecendo nenhum critério para a sua compreensão. Perante um cenário onde uma vantagem fiscal não é a finalidade fiscal principal, mas também decorre da construção, importa equacionar quando termina o alcance de “uma das finalidades principais”.

No elemento resultado, a nova redação da lei é meramente formal. Destaco que não basta que se apresente uma vantagem secundária ou inesperada.

---

<sup>27</sup> Decisão Arbitral do CAAD, Processo N.º 381/2014-T, 30-1-2015.

<sup>28</sup> SANTIAGO, Bernardo; FERNANDES, João Miguel, 2020, “A Nova Cláusula Geral Anti Abuso”, in Cadernos de Justiça Tributária N.º 30, Outubro-Dezembro, Centros de Estudos Jurídicos do Minho p. 17.

Quanto ao elemento normativo (“frustre o objeto ou finalidade do direito fiscal aplicável”), existe uma maior clareza, uma vez que se encontra diretamente vertido na lei.

Anteriormente a letra da lei referia-se a “atos ou negócios jurídicos”, atualmente, integra quaisquer “construções ou série de construções... sejam realizadas com abuso de formas jurídicas ou não sejam consideradas genuínas”. No artigo 38.º, n.º 3, al. a) da LGT pormenoriza-se que uma construção ou série de construções não será considerada como sendo genuína se não for realizada por razões económicas válidas que reflitam a substância económica. A lei tem um carácter inovador no denominador “razões económicas válidas”, surgindo no desenlace da doutrina do TJUE em casos como o *Leur-Bloem*<sup>29</sup>, *Koffoed*<sup>30</sup> e *Foggia*<sup>31</sup>.”

Na conceção de “razões económicas válidas”, BRUNO SANTIAGO e JOÃO MIGUEL FERNANDES constataam que o TJUE apenas procede a uma concretização deste conceito no caso concreto, preferindo executar uma dimensão essencialmente negativa. Desta forma, apenas delimita os casos onde não se verificam razões económicas válidas, afastando-se de uma delimitação positiva<sup>32</sup>.

Adicionalmente, o artigo 38.º, n.º 3, al. b) da LGT reitera que uma construção poderá ser constituída por mais do que uma etapa ou parte (*Step Transaction Doctrine*). A jurisprudência já equacionava a aplicação desta doutrina em Portugal<sup>33</sup>, mas a nova letra da lei veio a esclarecer a sua utilização.

Por fim, o legislador optou por consagrar explicitamente um elemento normativo-sistemático enquanto pressuposto da CGAA. Ainda que se considerasse implícito na redação anterior, vem trazer uma maior segurança jurídica e transparência para o que é considerado abusivo no sistema fiscal. Também pela primeira vez é utilizada a expressão “substância ou realidade económica”.<sup>34</sup>

---

<sup>29</sup> Ac. do TJUE C – 28/95, *Leur-Bloem*, 17-07-1997.

<sup>30</sup> Ac. do TJUE C – 321/05, *Koffoed*, 05-07-2007.

<sup>31</sup> Ac. do TJUE C – 126/10, *Foggia*, 17-07-1997.

<sup>32</sup> SANTIAGO, Bernardo; FERNANDES, João Miguel, 2020, “A Nova Cláusula Geral Anti Abuso”, in *Cadernos de Justiça Tributária*, Outubro-Dezembro, Centros de Estudos Jurídicos do Minho, p. 19.

<sup>33</sup> Ac. do TCA Sul, Processo N.º 04255/10, 15-02-2023.

<sup>34</sup> FEIO, Diogo, 2020, “Cláusula Geral Anti-Abuso: antes e depois. Conceitos em construção”, in *Cadernos de Justiça Tributária* N.º 29, Julho-Setembro, Centros de Estudos Jurídicos do Minho, p. 15.

### 3.4. – Indispensabilidade do Artigo 38.º da LGT

A nosso ver, a nova redação do artigo 38.º, nº 2 da LGT<sup>35</sup> apresenta como virtude um relativo acréscimo de segurança jurídica para o contribuinte. Procura estabelecer elementos-tipo na norma. Trata-se de uma segurança polivalente, dado que não procura apenas proteger o contribuinte de uma incerteza excessiva, mas também serve de fundamento para a atuação futura da AT.

Apenas uma aplicação razoável do artigo 38.º, nº 2 da LGT, juntamente com o artigo 63.º do CPPT, permite que as partes intervenientes possam antever a atuação uma da outra, gerando um decréscimo no número de litígios em Portugal. Tendo em conta que a AT tem uma percentagem de vitórias judiciais aquém do esperado, decorrente da incapacidade de materialização do conceito de abuso em sede judicial, a existência de elementos explanados na letra da lei permite com maior facilidade antever o provável desfecho judicial e antecipar a estratégia processual.

Por outro lado, o sujeito passivo tem maior proteção jurídica, fruto de uma maior uniformização na atuação da AT, acompanhada de uma certa previsibilidade. Conceitos que até então se encontravam vastamente indeterminados, como a substância económica dos atos ou as razões económicas validas, merecem agora um maior aprofundamento legal pelo legislador.

Ressalvo que, para aplicar uma CAA, devem-se aplicar garantias de natureza procedimental, tendo em atenção a sua racionalidade económica, os objetivos estatutários e os circunstancialismos do caso. DIOGO FEIO<sup>36</sup> destaca que a aplicação administrativa e fiscal e judicial deverá ser moderada, de forma casuística. Isto vai de encontro com entendimento da jurisprudência<sup>37</sup>, onde as CAA constituem “um instrumento de último *ratio*”.

---

<sup>35</sup> A redação da letra da lei resulta da Lei n.º 32/2029, que se propôs a transpor para o ordenamento jurídico português as Diretivas Europeias Anti-Elisão, implicando alterações no artigo 38.º da LGT. Consequentemente, com a utilização da expressão “*meios artificiosos ou fraudulentos*” existiu uma aproximação do diploma legal com as CGAA do DUE, onde destaco o artigo 1.º da Diretiva 2015/121/EU do CE, de 27 de janeiro (atual art. 73.º, n.º 10 do CIRC) e o art. 15.º, n.º 1 da Diretiva 2009/133/CE do CE, de 19 de outubro.

<sup>36</sup> FEIO, Diogo, 2020, “Clausula Geral Anti-Abuso: antes e depois. Conceitos em construção”, in Cadernos de Justiça Tributária N.º 29, Julho-Setembro, Centros de Estudos Jurídicos do Minho, p. 18.

<sup>37</sup> Decisão Arbitral do CAAD, Processo N.º 211/2018-T, 15-05-2019.

### **3.5. – *Modus Operandi* das CGAA**

#### **3.5.1. – Aplicação Pré – LOE 2012**

Na redação anterior do artigo 63.º, n.º 2 do CPPT<sup>38</sup>, o legislador considerou “disposições anti-abuso” quaisquer normas legais que consagrassem perante a AT a ineficácia de negócios ou atos jurídicos celebrados ou praticados com manifesto abuso das formas jurídicas e que resultassem na eliminação ou redução dos tributos, que de outro modo seriam devidos.

JORGE LOPES SOUSA<sup>39</sup> considera que a anterior redação da letra da lei constituía uma solução manifestamente inaceitável. O n.º 2 continha uma definição de normas anti-abuso mais restrito e, por isso, não coincidente com a disposição geral anti-abuso presente no artigo 38.º, n.º 2 da LGT. De acordo com o artigo 63.º, n.º 2 do CPPT, apenas estaríamos perante situações de aplicação de normas anti-abuso quando houvesse um “manifesto abuso”. Por ser mais restrito, poderia deixar de fora situações dúbias.

Também entendia não ser razoável considerar que o artigo 63.º, n.º 2 do CPPT tivesse revogado parcial ou tacitamente o conceito presente no artigo 38.º, n.º 2 da LGT, dado que seria organicamente inconstitucional. Por se tratar de uma matéria incluída na reserva relativa da competência legislativa da Assembleia da República, (art. 103.º, n.º e 165.º, n.º 1 da CRP), o sentido da autorização legislativa em que o Governo se baseou para a aprovação do CPPT, foi apenas o de uma maior compatibilização entre o mesmo e a LGT.

Por fim, a letra da lei no artigo 38.º, n.º 2 da LGT foi reformulada, já depois da publicação da norma do CPPT, através da Lei n.º 30-G/2000, de 29 de dezembro, perpetuando a não existência de “manifesto abuso” para acionar esse regime.

Mesmo que admitíssemos que o CPPT teria restringido a definição presente na LGT, a nova redação teria voltado a alargá-la. Desta forma, JORGE LOPES SOUSA entendia que o artigo 63.º do CPPT poderia ser aplicado por analogia a todas as situações previstas no artigo 38.º da LGT.

Apesar de se encontrar revogado, fazemos uma breve referência ao artigo 63.º, n.º 9, al. a), b) e c) do CPPT<sup>40</sup>. De acordo com o mesmo, seria necessário verificarem-se as

---

<sup>38</sup> Revogado pelo art. 153.º da Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro.

<sup>39</sup> DE SOUSA, Jorge Lopes, 2011, *Código de Procedimento e de Processo Tributário – Anotado e Comentado*, I Volume (Artigos 1.º a 95.º-C), 6.º Edição, Áreas Editora, Lisboa.

<sup>40</sup> Revogado pelo art. 153.º da Lei n.º 64-B/2011, de 30-12.

seguintes garantias procedimentais: (i) descrição do negócio jurídico celebrado ou do ato jurídico realizado e da sua verdadeira substância económica, (ii) a indicação dos elementos que demonstrem que a celebração do negócio ou prática do ato tiveram como fim único ou determinante evitar a tributação que seria devida em caso de negócio ou ato de substância económica equivalente e, por fim, (iii) a descrição dos negócios ou atos de substância económica equivalente aos efetivamente celebrados ou praticados e das normas de incidência que se lhes aplicam.

Ainda durante a aplicação do antigo regime, SALDANHA SANCHES deixou como alerta que não é suficiente uma mera comparação entre a substância económica dos contratos. É preciso ter em conta a função e natureza do ato ou negócio jurídico<sup>41</sup>.

### **3.5.2. – Regime Atual**

Com a LOE de 2012, o legislador entendeu alterar o artigo 63.º, n.º 3 do CPPT, reiterando que a aplicação da disposição anti-abuso deve conter: (i) descrição da construção ou série de construções que foram realizadas com abuso das formas jurídicas ou que não foram realizadas por razões económicas válidas que reflitam a substância económica e (ii) a demonstração de que a construção ou série de construções foi realizada com a finalidade principal ou uma das finalidades principais de obter uma vantagem fiscal não conforme com o objeto ou a finalidade do direito fiscal aplicável.

Também deve estar presente a (iii) a identificação dos negócios ou atos que correspondam à substância ou realidade económica, bem como a indicação das normas de incidência que se lhes aplicam e (iv) a demonstração de que o sujeito passivo sobre o qual recairia a obrigação de efetuar a retenção na fonte, ou de reter um montante de imposto superior, tinha ou deveria ter conhecimento da construção ou série de construções, quando aplicável.

---

<sup>41</sup> SANCHES, J.L.S., 2006, *Os Limites do Planeamento Fiscal – Substância e Forma no Direito Fiscal Português, Comunitário e Internacional*, Coimbra Editora, Coimbra, p. 16 – “por substância económica equivalente tem de ser entendido equivalência económica em relação aos efeitos jurídicos pretendidos e eventualmente obtidos no contrato realizado, em cotejo com os efeitos das formas jurídicas que poderiam ter sido obtidas se não fosse a intenção de reduzir o imposto a pagar”.

### **3.6. – Artigo 23.º do CIRC enquanto Cláusula Anti-Abuso**

No entender de SALDANHA SANCHES<sup>42</sup>, a definição de custos presente no artigo 23.º do CIRC é partilhada pelo Direito Fiscal e Comercial. Consideram-se “custos ou perdas” os que comprovadamente forem indispensáveis para a realização dos proveitos.

Existe uma dificuldade de distinguir entre os custos incorridos no interesse coletivo da empresa, por oposição a custos que resultam do interesse de um determinado sócio. Ora, é comumente aceite que o custo tem um propósito comercial, contudo, não é unânime que o mesmo tenha de ser imediato e diretamente lucrativo. Uma vez que a responsabilidade da decisão cabe ao gestor, não competirá à AT, nem ao juiz, proceder à qualificação do montante disputado e a harmonização do litígio entre sócios.

Dito isto, o artigo 23.º vale enquanto CAA, na medida que é um elemento interpretativo na averiguação de uma potencial evasão fiscal.

### **3.7. – Jurisprudência – Substância e Forma no Direito Português**

#### **3.7.1. – Lucro Potencial vs. Lucro Real**

Em 2014, o STA deparou-se com um processo onde a AT negava a dedução de custos incorridos por uma empresa de construção, entendendo não serem necessários para a obtenção de receita. O STA considerou que não compete à AT realizar um juízo de valores quanto às decisões de gerência da empresa, averiguando a potencial dispensabilidade das suas ações.

Acabou por anuir a aceitação dos custos para efeitos fiscais, desde que se encontrassem enquadrados no propósito da sociedade. Poderá surgir uma situação onde *a posteriori* estas operações se demonstrem ser ruinosas, ficando aquém dos ganhos pretendidos. No entanto, desde que inicialmente se encontrem enquadrados no razoável propósito da empresa, serão aceites.

De acordo com ANTÓNIO MARTINS<sup>43</sup>, se o lucro previsto não se materializar, os tribunais poderão ter um de dois entendimentos. Primeiramente, a forma como as operações foram estruturadas permite concluir que nunca existiu a pretensão de atingir os lucros

---

<sup>42</sup> SANCHES, J.L.S., 2006, *Os Limites do Planeamento Fiscal – Substância e Forma no Direito Fiscal Português, Comunitário e Internacional*, Coimbra Editora, Coimbra, p. 214-216.

<sup>43</sup> MARTINS, António, 2016, “Abusive tax planning and the economic substance test: legislative trends in the United States and a note on the Portuguese Context.” in *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, Edições Almedina, p. 100-102.

inicialmente propostos. Neste caso, iriam surgir fortes indícios de que existiria uma construção, com vista a um planeamento fiscal abusivo.

Por outro lado, se, apesar de não declarar lucro real, existirem sérias evidências da atividade da empresa (macro data ou testemunhos de gerentes responsáveis pelas operações) isto poderá ser o suficiente para convencer o tribunal de que a inexistência de lucros se deveu fundamentalmente a razões económicas.

## **Capítulo 4 – Em Busca Dos Primórdios da Substância**

### **4.1. – Introdução**

Uma vez que, conforme resulta da análise efetuada até ao momento, a legislação portuguesa não procede a uma densificação do conceito de substância económica e à sua precedente aplicação, é importante realizar um estudo da evolução jurisprudencial que contribuía para a maturação deste conceito autónomo.

Existe uma forte dificuldade na codificação do conceito de substância económica. Este conceito apresenta na sua génese uma natureza reativa, face à atuação dos contribuintes. Perante planos de otimização fiscal, com vista à minimização do pagamento da obrigação tributária, o legislador vê-se obrigado a proceder a uma atualização constante da letra da lei, gerando uma desnecessária complexificação nos sistemas de *common law*.

### **4.2. – *Substance Over Form* – Estados Unidos da América**

#### **4.2.1. – *Helvering v. Gregory***

O conceito de “*business purpose test*” surgiu em 1934<sup>44</sup>, perante o *Court of Appeal*. Foi alvo de recurso para o *Supreme Court* dos EUA, em 1935. Ambas as decisões proferidas pelos tribunais se pautaram pela conclusão de que o contribuinte teria obtido vantagens económicas, que deveriam ser ignoradas, uma vez que não existiu um outro propósito diferente do pagamento de menos impostos.

---

<sup>44</sup> A consubstanciação da Doutrina da *Substance Over Form* teve o seu início em 1934. Foi também influenciada pelo *Caso TypeWriter Co. Vs. Remington Rand Inc.* Na decisão do caso concreto, o juiz LEONARD HAND recorreu à “doutrina dos equivalentes”. Procurou transpor a lógica presente no direito privado, evitando que uma mera mudança de forma se reflita na perda de direitos. A alteração da forma legal num negócio jurídico não deve impedir a total desaplicação de uma norma de incidência.

O *Court of Appeal* decidiu desfavoravelmente, relativamente às operações e reorganizações corporativas realizadas. Foi reforçado o entendimento de que o legislador, aquando da formulação da lei no Congresso dos EUA, não pretendia encorajar reorganizações que acabassem por culminar na redução ou mesmo inexistência do pagamento de impostos. O uso de estruturas onde as entidades não possuíssem qualquer atividade, ou não tivessem a si alocadas qualquer tipo de ativos, não foi concebido pelo legislador. Concluiu-se que Gregory teria como intenção primordial a criação de uma estrutura que comportasse evasão fiscal.

O *Supreme Court* considerou que estaríamos perante uma forma elaborada e tortuosa de mascarar o desvio de rendimentos através da reestruturação da sociedade.

Surgiu, assim, o conceito de “*business purpose test*”, que acabaria por ditar o entendimento dos tribunais americanos no desenrolar de audiências futuras. Sempre que nos deparássemos com transações que produzissem uma redução do pagamento de impostos, sem nenhum outro motivo que fosse a otimização fiscal, os tribunais não as considerariam.

#### **4.2.2. – *Goldstein v. Comissionair***

Com o *Acórdão Goldstein v Comissionair* foi criado o Princípio da Substância Económica. Goldstein requereu financiamento com uma taxa de juros de 4%. O financiamento foi utilizado para comprar notas do Tesouro dos EUA. Com as mesmas, pagou uma taxa de juros entre 0,5% e 1,5%. Nesse mesmo ano reportou os ganhos obtidos de um prémio de lotaria e pagou antecipadamente os juros devidos sobre os empréstimos que recebera. Concluiu-se que a perda económica, devido ao diferencial da taxa de juros (entre a taxa de juros do empréstimo e do tesouro), seria compensada pela otimização fiscal abusiva decorrente da dedução de juros pagos antecipadamente

O Tribunal concluiu pela falta de legitimidade das deduções, considerando que o contribuinte não realizou a transação com o propósito de obter um ganho económico, mas sim de proceder ao pagamento de menos impostos.

Estes dois casos marcam o nascimento jurisprudencial do conceito de substância económica na evolução histórica internacional do IRC.

### 4.3. – Codificação – Código 7701(O)

#### 4.3.1. – Materialização do Conceito

Com a promulgação do Código 7701(O) foi introduzida normativamente a doutrina da substância económica na letra da lei. Procurou-se plasmar o conceito jurisprudencial na letra e espírito da lei, com vista a cimentar o entendimento que os benefícios fiscais em sede de imposto sobre o rendimento, no que respeita a uma transação específica, não seriam permitidos se a transação<sup>45</sup> não tivesse substância económica ou um objetivo comercial.

Ficou estabelecido que uma transação apenas seria validada (i) se mudasse de forma significativa a posição económica dos contribuintes e (ii) se os mesmos tivessem um propósito substancial para realizar essa mesma operação.

Determinou-se a necessidade de dois critérios. Em primeiro lugar, um critério subjetivo, que procede a uma avaliação da intenção do contribuinte para realizar a transação económica. Em segundo lugar, um critério objetivo, que impõe uma apreciação dos efeitos económicos da transação, isto é, se existe de facto uma melhoria na situação fiscal do contribuinte. Para satisfazer o “business purpose test”, a transação deve estar objetivamente relacionada com um propósito não fiscal, que seja plausível à luz da conduta e situação económica do contribuinte.

A doutrina norte-americana acabou já por concluir que o mais razoável seria associar as expectativas de lucro ao retorno exigido (“lucro potencial”). Por exemplo, se a existência de um retorno financeiro de 3% antes do pagamento de impostos é considerada necessária

---

<sup>45</sup> O *Internal Revenue Service* emitiu o *Notice 2014-586* para clarificar a definição de ‘transação’. O conceito aponta para a totalidade dos elementos factuais relevantes para o tratamento fiscal que se espera de um possível investimento ou entidade. Podemos analisar a totalidade da operação, ou apontar para uma individualização das diferentes etapas existentes. De acordo com a *IRS*, teremos que avaliar se os diferentes passos da “transação”, ainda que separados, terão uma conexão entre si, um só objetivo. Portanto, se certas etapas da “transação” forem realizadas com o único propósito de obter um benefício fiscal, poderemos interrogar-nos se poderemos considerar que se encontram isoladas e desintegradas de todo o propósito transacional.

A multiplicidade de formas transacionais, fruto da desagregação voluntária, irrelevante para o objetivo não fiscal, como por exemplo, a utilização de uma entidade intermediária para a obtenção de benefícios fiscais (*holdings*) seria suficiente para fazer as autoridades tributárias questionar a *ratio* da operação, procedendo, assim, à não aplicação de benefícios fiscais.

para imbuir uma transação de substância económica objetiva, a expectativa de receber o mesmo rendimento assegurará o cumprimento dos requisitos impostos por esta doutrina.<sup>46</sup>

É importante realçar que existem outros fatores para além do lucro potencial que permitem demonstrar que uma transação apresenta uma alteração significativa na situação económica do contribuinte. Ainda assim, é importante reforçar que se encontra plasmada na lei norte-americana a exigência de um rendimento mínimo específico que satisfaça este teste de lucro potencial.

Apesar deste processo de codificação, não existiu necessariamente uma harmonização nos tribunais americanos, que por vezes optaram por dar uma maior preponderância a um dos critérios (objetivo ou subjetivo), ou inclusive admitir uma abordagem holística dos fatores. Por outras palavras, analisavam se a *ratio legis* pretendida pelo legislador se enquadrava no resultado obtido com a transação.

Os tribunais têm insistido, sem exceção, que a vertente objetiva e subjetiva estão inter-relacionadas. No entanto, também declararam que uma transação que tenha substância económica objetiva será respeitada para efeitos fiscais, independentemente da motivação do contribuinte. A verdadeira dúvida surge quando uma transação possua substância económica subjetiva, mas não objetiva.

O *Internal Revenue Service* emitiu um relatório interno com diretrizes para determinar quando é apropriado aplicar a doutrina da substância económica.<sup>47</sup> Estas diretrizes foram apresentadas pela *Business and International Division*, ainda assim, é notória a falta de uniformização regulatória, quando o Departamento do Tesouro decidiu alertar os contribuintes para não cingirem a sua atuação apenas às diretrizes ali apresentadas.

## Capítulo 5 – *Danish Cases*

### 5.1. – Introdução

Analisada a génese histórica do conceito da substância económica recorrendo à jurisprudência, legislação e doutrina norte-americanas, é agora tempo de darmos mais um passo no nosso roteiro de investigação e avaliarmos a densificação do conceito na Europa.

---

<sup>46</sup> BANKMAN Joseph, 2000, “The Economic Substance Doctrine” in *Hein Online*, 74 S Cal L Rev 5, p. 27.

<sup>47</sup> RASTOGI, Neha; KARAMAN Fanny; RUCHELMAN, Stanley C., 2017, “The Economic Substance Doctrine: A U.S. Anti-Abuse Rule” in *RucheLaw: Insights*, vol. 4, n.º 9, p. 27.

Esclarece-se que adotaremos na análise abaixo uma ordem ditada pela relevância e sistematização lógica, e não pela cronologia.

## 5.2. – Contexto Factual<sup>48</sup>

As Autoridades Fiscais Dinamarquesas foram confrontadas com estruturas organizacionais complexas de negócios transacionais que procuravam aproveitar-se de benefícios fiscais decorrentes de CDTs e Diretivas da UE. Estas entidades beneficiavam de uma isenção de impostos na retenção na fonte sobre juros ou dividendos pagos por filiais dinamarquesas.

Uma vez que os EM, onde as entidades intermediárias foram estabelecidas, também não aplicavam retenções na fonte, os rendimentos dinamarqueses poderiam ser canalizados para fora da UE livres de tributação, fruto da aplicação de CDTs. A isenção contestada refletia a proibição de retenção de impostos na fonte ao abrigo da Diretiva Juros & Royalties (Diretiva 2003/49/EC) e Diretiva Mães e Filhas (Diretiva 2011/96/EU).

No primeiro caso (C-115/16), foi questionada a isenção de tributação no pagamento dos juros, fruto do financiamento inicial prestado pela sociedade do Luxemburgo a sociedades da Dinamarca. As autoridades tributárias dinamarquesas foram incisivas na decisão de considerar que a estrutura seria abusiva, uma vez que as sociedades luxemburguesas teriam como objetivo primário, e único, receber o rendimento da Dinamarca e de seguida transferir as divisas (sob a forma de juros) para fora da UE. Desta forma, o rendimento poderia beneficiar da isenção de tributação permitida pelas Diretivas e, mais tarde, a entidade poderia servir de intermediária para deslocar os rendimentos sem qualquer tipo de tributação para fora da UE. Adicionalmente, foi alegado que as sociedades intermediárias não seriam beneficiárias efetivas dos juros, condição essencial para poder aceder à Diretiva Juros & Royalties.

No segundo caso (C- 118/16), os juros pagos pela entidade luxemburguesa à empresa sueca seriam, por si, lucro tributável ao nível da entidade sueca. A mesma entidade estava autorizada a transferir os juros recebidos à sociedade mãe (sociedade *holding* sueca) através do regime de contribuição intra-grupo, que daria lugar à dedução do lucro transferido e ao reconhecimento desse mesmo lucro na esfera da sociedade mãe.

---

<sup>48</sup> Cfr. “Anexo III – Representação Esquemática dos Danish Cases”.

No plano da entidade sueca, o rendimento que era recebido ao nível da sociedade-filha seria depois compensado com o juro a pagar à entidade luxemburguesa (procura-se compensar o rendimento com juro). A entidade luxemburguesa beneficiaria de uma isenção sobre os juros recebidos.

Questionou-se se, o facto de a sociedade luxemburguesa estar isenta de tributação sobre juros recebidos, preencheria a condição para invocar a aplicação da IRD. Ou seja, se uma isenção objetiva (sobre o rendimento recebido através do pagamento de juros) desqualificaria a sociedade para efeitos de invocação do benefício presente na Diretiva.

De acordo com a *CFE ECJ Task Force*<sup>49</sup>, o Tribunal esteve relutante em aceitar que não existe abuso onde uma situação apresenta a mesma carga fiscal, sem a interposição de empresas intermediárias da UE, porque um tratado internacional fiscal concederia os mesmos benefícios também aos beneficiários "diretos" do Terceiro Estado.<sup>50</sup> Também se torna de difícil compreensão determinar onde poderá existir uma vantagem fiscal se o esquema genuinamente orquestrado e montado também teria desencadeado a mesma (baixa) carga fiscal no Estado de origem. O grupo não poderia ser censurado por ter escolhido uma estrutura com maior otimização fiscal.<sup>51</sup>

### **5.3. – Abuso de Direito – Princípio Geral da UE**

Historicamente, o conceito de abuso de direito foi sempre idealizado enquanto um princípio geral de DUE<sup>52</sup>, não estando dependente da sua transcrição e materialização normativa em cada um dos EM da UE. Podemos entender esta nobre intenção do legislador europeu, uma vez que fazer depender a aplicação do regime de abuso de direito da iniciativa dos diversos EM da UE poderia acabar por frustrar a sua aplicação. Desta forma, não existiria uma obrigação por parte do EM de transpor cláusulas anti-abuso decorrentes do direito europeu secundário.

---

<sup>49</sup> Parecer do ECJ-Task Force 2/2019 sobre as decisões dos Ac. C-115/16, C118/16, C-119/16; Ac. C-299/16, *N Luxembourg I et al*; Ac. C-116/16 e C-117/17, *T Danmark et al*, relativos aos requisitos de "beneficiário efetivo" e ao princípio anti abuso nas diretivas relativas ao imposto sobre as sociedades, submetido ao *EU Institutions* em 2019, p. 20-21.

<sup>50</sup> § 134-137, Ac. do TJUE C-115/16, C-118/16, C-119/16 e C-299/16, *N Luxembourg* e § 107-110 do C-116/16 e C-117/16 do *T Danmark*, 26-02-2019.

<sup>51</sup> § 137, Ac. do TJUE C-115/16, C-118/16, C-119/16 e C-299/16, *N Luxembourg*, 26-02-2019.

<sup>52</sup> *Pacta Sunt Servanda*.

### 5.3.1. – A Detração de um Princípio Geral

O TJUE entende que, apesar de a procura de um regime fiscal mais vantajoso não poder, em si mesmo, dar origem a uma presunção geral de fraude ou de abuso, não é menos certo que esse contribuinte não pode beneficiar de um direito ou de uma vantagem decorrente do DUE, caso a operação em causa seja puramente artificial no plano económico e vise eximir-se à aplicação da legislação do EM em causa.

A doutrina<sup>53</sup> considera que o TJUE ignora que a atribuição de benefícios fiscais resulta primeiramente da aplicação de disposições nacionais pelo legislador e tribunais, ainda que por intermédio da transposição de uma diretiva da UE. Se a própria atribuição de benefícios fiscais se encontra limitada ao campo de atuação do EM, a existência de um princípio geral anti-abuso estaria dependente da transposição de normas para o ordenamento jurídico do EM.

A impossibilidade de obtenção de uma vantagem fiscal resulta, antes de mais, da própria interpretação da Diretiva. O efeito prático de Diretivas resulta da sua transposição para a ordem jurídica nacional.

O TJUE cai numa contradição quando infere que a legislação nacional que resulta da transposição de Diretivas da UE só pode ser interpretada dentro dos limites da metodologia jurídica nacional.

### 5.3.2. – *Kofoed Case* – Espelho da Inconsistência Jurisprudencial

A Advogada-Geral Kokott entende que não poderemos opor-nos diretamente a um princípio geral de DUE, eventualmente existente, de acordo com o qual um abuso de direito não é admissível. Pelo menos em relação aos casos que se incluem no âmbito de aplicação da Diretiva 2003/49/EC, um princípio desta ordem foi especificamente expresso e concretizado no artigo 5.º, n.º 2. Neste caso, estaríamos salvaguardados pelo Princípio da Segurança Jurídica, do qual resulta a necessidade de tipificação na lei.

Não obstante, certa doutrina<sup>54</sup> considera existir alguma inconsistência na comunhão da invocação de um princípio da tipicidade com a aplicação de um princípio geral pelo

---

<sup>53</sup> ENGLISH, Joachim, 2020, “The Danish tax avoidance cases: new milestones in the Court’s anti-abuse doctrine” in *Common Market Law Review*, vol. 57, Kluwer Law International, p. 532.

<sup>54</sup> LECZYKIEWICZ, Dorota, 2019, “Prohibition of the abusive practices as a ‘general principle’ of EU law” in *Common Market Law Review* 56, Kluwer Law International, p. 703–742.

Tribunal, não tipificado no ordenamento jurídico. Um princípio geral invocado pelo Tribunal, ausente de concretização normativa, é incongruente com o sistema.

JOACHIM ENGLISCH<sup>55</sup> concorda com a opinião da AG de que é incoerente excluir a aplicação direta das disposições anti-abuso previstas numa Diretiva, com base na necessidade de respeitar o princípio da segurança jurídica.

O autor reconhece que no acórdão *Kofoed*, formalmente, o TJUE tomou a decisão acertada quanto à aplicação do artigo 11.º, n.º 1 da Diretiva 2009/133/EC, com uma interpretada à luz do princípio geral da proibição de abuso. Analisando os factos deste acórdão, o autor conclui que um princípio de proibição de abuso seria igualmente lesado e na mesma extensão, independentemente de se encontrar normatizado na letra da lei ou num mero campo abstrato. Ainda assim, é manifestamente insuficiente quando o Tribunal indica que não é necessário proceder à transposição de um princípio geral, por oposição a uma Diretiva. Este facto, ainda que verdadeiro, não justifica as incertezas geradas pela criação de um Princípio abstrato, que no fim de contas resulta da criação do próprio Tribunal. Não é um requisito legal que emane diretamente de instituições europeias que fixam o Direito Primário.

Em suma, a doutrina não é necessariamente contra a génese de um Princípio de Anti-Abuso. Contudo, surge uma certa animosidade resultante de uma ausência completa de caracterização normativa deste princípio. Desta feita, ao invés de considerarmos a doutrina anti-abuso num plano de uma constituição europeia, seria mais correto proceder-se a um entendimento onde o Princípio deveria reger a interpretação do Direito da UE. LECZYKIEWICZ<sup>56</sup>, acérrimo defensor da certeza e segurança jurídica, acrescenta que deveria existir uma maior pormenorização em sede do Direito Primário da UE, de forma a conseguir solidificar e reforçar tanto a existência, como a aplicação prática da doutrina anti-abuso.

No mesmo seguimento, a doutrina procura encontrar uma solução, acabando por sugerir que poderia, no limite, declarar-se a doutrina anti-abuso enquanto um Princípio Geral de Anti-Abuso da União Europeia. No entanto, esta consagração deve procurar salvaguardar

---

<sup>55</sup> ENGLISCH, Joachim, 2020, “The Danish tax avoidance cases: new milestones in the Court’s anti-abuse doctrine” in *Common Market Law Review*, vol. 57, Kluwer Law International, p. 533.

<sup>56</sup> Leczykiewicz, Dorota, 2019, “Prohibition of the abusive practices as a ‘general principle’ of EU law” in *Common Market Law Review*, vol. 56, Kluwer Law International, p. 730, nota 84.

o entendimento presente no Artigo 51.º da Carta dos Direitos Fundamentais da UE, aquando da sua aplicação prática.

Apesar do esforço desta corrente doutrinária para dissecar a compartimentação normativa da doutrina anti-abuso, temos de reconhecer que ainda se encontra num plano esotérico cuja aplicação pode levantar dúvidas. Ainda assim, reconhecemos o esforço na tentativa de delimitar a aplicação de uma doutrina, ainda que algo amorfa, aos direitos e princípios da UE.

### 5.3.3. – Alteração do Paradigma

No Acórdão *Halifax*<sup>57</sup>, o TJUE entende que ainda que não haja disposição específica de abuso na Diretiva IVA, a questão de abuso é um princípio geral de interpretação do ordenamento jurídico europeu. O TJUE entende que apenas existe prática abusiva se as transações em causa, não obstante a aplicação formal das condições estabelecidas nas disposições legais relevantes, resultem num benefício cuja concessão seria contrária ao objetivo da disposição. Deve resultar de um número de fatores objetivos que o motivo principal ou essencial das transações é obter uma vantagem fiscal.

Mais recentemente, a possibilidade de negação de atribuição de um benefício fiscal, fruto de um princípio geral de proibição de práticas abusivas (apesar de não estar positivado), acaba por ser consolidado no campo dos impostos indiretos, referente ao IVA, com os Acórdãos *Italmoda*<sup>58</sup> e *Cussens*<sup>59</sup>.

A parca existência de um conjunto de disposições anti-abuso, e a sua cimentação decorrente de um princípio geral do DUE, não afeta a possibilidade das autoridades nacionais procederem à recusa na concessão de direitos previstos nas PSD e IRD, sempre que sejam invocados para fins fraudulentos ou abusivos<sup>60</sup>. Isto não se traduz numa obrigação imposta aos contribuintes, mas apenas numa condição objetiva necessária para obter a vantagem fiscal desejada. Os contribuintes não podem tirar um proveito abusivo de direitos concedidos fruto do efeito direto de Diretivas europeias.

---

<sup>57</sup> Ac. do TJUE, C-255/02, *Halifax*, 21-06-2006.

<sup>58</sup> § 62, Ac. do TJUE C- 131/13, C-163/13 e C-164/13, *Italmoda*, 18-12-2022.

<sup>59</sup> § 25-44, Ac. do TJUE C-251/16, *Cussens*, 22-11-2017.

<sup>60</sup> § 111, Ac. do TJUE C-115/16, C-118/16, C-119/16 e C-299/16, *N Luxembourg* e § 83, C-116/16 e C-117/16, *T Danmark*, 26-02-2019.

#### 5.3.4. – Elementos de Abuso

Fruto dos casos anteriormente abordados, surge um conjunto de questões, com elevado relevo para esta dissertação, atinentes à identificação dos elementos de abuso – mais concretamente, quais serão os requisitos de substância para aferir se existe abuso.

O TJUE procurou consolidar toda a sua jurisprudência, esclarecendo, para o efeito, que o princípio geral de proibição de abuso de direito constitui um princípio universal no Direito Comunitário. Encontramo-nos perante um princípio com uma aplicação transversal a todas as áreas do DUE. Não existe uma diferente aplicação dentro da esfera do Direito Fiscal, independentemente de incidirmos sobre a legislação relativa aos impostos diretos ou indiretos.

Tomando como ponto de partida a jurisprudência do *Cadbury Schweppes*, começou por se considerar que a artificialidade apenas poderia ser presumida se a entidade em causa se manifestasse marcadamente como um estabelecimento fictício, que não realizasse qualquer atividade económica genuína. É feita então uma distinção conceptual, tendo por um lado uma *letterbox company* considerada artificiosa, por oposição a uma entidade com presença física, caracterizada pela existência de um estabelecimento, equipamento e trabalhadores.<sup>61</sup> Consequentemente, o sujeito passivo de imposto, de forma a poder usufruir dos benefícios fiscais presentes nas Diretivas e afastar a aplicação da figura jurídica do abuso, apenas teria que fazer prova de que a entidade em questão não era totalmente desprovida de substância e se encontrava envolvida numa atividade empresarial mínima.

Apesar da solidificação do conceito de abuso, decorrente da jurisprudência *Cadbury Schweppes*, procedeu-se a uma densificação do mesmo em 2016, com os *Danish Cases*. Procurou-se avaliar e determinar a ausência de atividade económica, através da fixação de critérios específicos.<sup>62</sup>

Mais importante que a definição de critérios específicos de substância (abaixo descritos), considero que a pedra de toque se encontra na possibilidade de avaliação de uma categoria específica da atividade<sup>63</sup> e não uma mera avaliação da entidade como um todo.

---

<sup>61</sup> § 68, Ac. do TJUE C-196/04, *Cadbury Schweppes*.

<sup>62</sup> § 131, Ac. do TJUE C-115/16, C-118/16, C-119/16 e C-299/16, *N Luxembourg*, 26-02-2019.

<sup>63</sup> § 104, Ac. do TJUE C-116 & C-117/16 - “*per specific category of activity*”.

Trazemos aqui à colação JOACHIM ENGLISCH<sup>64</sup>, que através de uma interpretação conjunta dos § 100 e § 104, destaca que o TJUE defende que poderemos considerar *conduit companies* como uma categoria particular de organizações abusivas. Não se justifica um afastamento das *conduit companies* da sua matriz abusiva, como é o entendimento de alguma doutrina<sup>65</sup> que se baseia apenas na interpretação do § 100.

Na vida prática, esta compartimentação da avaliação fará com que, apesar de uma entidade ter determinados setores onde exista uma razão genuína que justifique a sua organização, não se verifica um contágio da substância económica a toda a organização societária. Em suma, permite isolar determinado setor da atividade empresarial.

Para podermos concretizar o conceito de “abuso”, teremos de atender a um critério objetivo e subjetivo. Por outras palavras, há que analisar se o propósito pretendido com a construção abusiva foi de facto alcançado. De seguida, terá de existir a intenção de obter uma vantagem através da construção artificial, com a criação das condições necessárias para obter tal vantagem. Ainda assim, não existirá abuso se não houver uma vantagem fiscal materializada. Por fim, o § 127 determina que existirá abuso quando o objetivo principal ou um dos objetivos principais tiver como propósito uma vantagem fiscal que será contra o objeto ou o fim da legislação aplicável.

Sendo este o entendimento do TJUE, acaba por existir um avanço jurisprudencial, dado que no passado quanto ao elemento subjetivo, em sede de tributação direta, o TJUE particularizou apenas o “objetivo único” e, em sede de tributação indireta, distinguiu os “objetivos principais”.

### **5.3.5. – Artificial Arrangement – Indicadores**

Quanto aos elementos constitutivos de um abuso de direito, o TJUE absteve-se de utilizar as decisões proferidas no passado sobre o conceito de abuso no contexto da PSD, presentes nos casos *Equiom*<sup>66</sup> e *Deister and Juhlerfoo*<sup>67</sup>.

---

<sup>64</sup> ENGLISCH, Joachim, 2020, “The Danish tax avoidance cases: new milestones in the Court’s anti-abuse doctrine” in *Common Market Law Review*, vol. 57, Kluwer Law International, p. 529.

<sup>65</sup> VAN HULTEN, L, KORVING, J., 2020, “Case law note: Svig og Misbrug: The Danish anti-abuse cases” in *Intertax*, vol. 47, n.º 8, p. 795–796.

<sup>66</sup> Ac. do TJUE C-6/16, *Equiom SAS*, 07-02-2017.

<sup>67</sup> Ac. do TJUE, C-504/16, C-613/16, *Deister Holding AG e Juhler Holding A/S v Bundeszentralamt für Steuern*, 20-12-2017.

O TJUE identificou um conjunto inovador de indícios. Poderemos encontrar uma abordagem com indicadores factuais ou legais. Uma conceção factual determina que um esquema artificial é aferido através da existência de uma empresa *holding* interposta numa estrutura de grupo, situada entre a entidade que paga os juros e a entidade que é de facto a beneficiária efetiva. Verifica-se um *passing on*, onde os dividendos são transferidos num curto prazo e na sua totalidade, ou perto disso, para entidades que não preenchem os requisitos de aplicação da Diretiva.

Ora, o indicador legal prende-se com uma obrigação. Uma obrigação de transmissão do rendimento para uma empresa terceira. Verificamos que a entidade intermediária perfaz um lucro contabilístico insignificante, visto que a sua função primária é dar seguimento ao fluxo de rendimento, através do pagamento de juros, do devedor para o beneficiário efetivo de última instância.

O critério da *sole activity*<sup>68</sup> verifica-se quando a única atividade é a cobrança dos dividendos e a sua transmissão ao beneficiário efetivo ou a outras sociedades interpostas. A sociedade intermediária não dispõe do direito de utilizar e de fruir de dividendos<sup>69</sup>, encontra-se desprovida de interesse próprio<sup>70</sup> e presencia-se a transmissão reiterada de rendimentos, gerando um lucro tributável insignificante.

Contrapondo, uma sociedade com substância conseguirá alocar custos através de fatores como (i) a existência de trabalhadores, equipamentos e instalações; (ii) gestão da sociedade e (iii) um balanço contabilístico próprio da sua estrutura, com custos e despesas adjacentes.

### **i) Ausência de uma Atividade Económica Atual**

A ausência de uma atividade económica atual terá de ser avaliada de acordo com as características específicas da atividade em questão. Deverão ser analisados todos os fatores relevantes, relacionados com a particular gestão da entidade, como um balancete, a estrutura de custos, as despesas efetivamente suportadas, os trabalhadores que emprega, as instalações e o equipamento que detém.

O TJUE considerou que é importante proceder a uma análise dos contratos existentes entre as entidades envolvidas nas transações financeiras. Estas transações dariam origem

---

<sup>68</sup> § 104, Ac. do TJUE C-116/16, T *Danmark*, 26-02-2019.

<sup>69</sup> § 105, Ac. do TJUE C-116/16, T *Danmark*, 26-02-2019.

<sup>70</sup> § 103, Ac. do TJUE C-116/16, T *Danmark*, 26-02-2019.

a fluxos de rendimento intra-grupo que, fruto da isenção prevista na Diretiva 2003/2009/EC<sup>71</sup>, poderiam ter como objetivo (abusivo) primário uma transferência de lucros – transferência intra-grupo – de uma empresa comercial lucrativa para entidades detentoras de participações da mesma. Desta forma, evadiam o pagamento devido de impostos ou a redução da tributação, o máximo quanto possível.

A avaliação do património da empresa intermediária e a incapacidade da mesma empresa para atribuir um uso económico aos juros recebidos poderá contribuir para avaliar a inexistência de uma atividade económica. Estas transações poderão ser fixadas por uma obrigação contratual, mas também por uma obrigação legal da sociedade que recebe os juros e os transmite a um terceiro.

A coincidência temporal de uma reestruturação do grupo empresarial como forma de resposta a uma legislação fiscal inovadora poderá igualmente constituir uma forma de abuso. Esta simultaneidade temporal da entrada em vigor de nova legislação poderá verificar-se nos EM da União Europeia<sup>72</sup>, bem como em Estados Terceiros<sup>73</sup>.

O TJUE interroga se pode haver abuso de direito quando o beneficiário efetivo dos dividendos transferidos por sociedades de distribuição é, em última análise, uma sociedade com sede num Estado Terceiro. Ressalva-se que perante este cenário o Estado Terceiro celebrou com o EM de origem uma convenção fiscal, ao abrigo da qual nenhum imposto teria sido retido sobre os dividendos pagos diretamente à sociedade com sede nesse Estado Terceiro. Devo destacar o entendimento do TJUE onde a “existência de tal convenção não pode, por si só, excluir um abuso de direito.”<sup>74</sup>

A existência de uma convenção para evitar a dupla tributação “não pode pôr em causa a existência de um abuso de direito devidamente estabelecido com base num conjunto de factos que demonstram que os operadores económicos realizaram operações puramente formais ou artificiais desprovidas de qualquer justificação económica e comercial com o objetivo essencial de beneficiar indevidamente da isenção de retenção na fonte”, prevista na Diretiva 90/435/CEE<sup>75</sup>.

---

<sup>71</sup> Vd. Art. 4.º da Diretiva 2003/49/EC.

<sup>72</sup> § 133, Ac. do TJUE C-116/16, T *Danmark*, 26-02.2019.

<sup>73</sup> § 107, Ac. do TJUE C-116/16, T *Danmark*, 26-02.2019.

<sup>74</sup> § 108, Ac. do TJUE C-116/16, T *Danmark*, 26-02-2019.

<sup>75</sup> Vd. Art. 5º da Diretiva 90/435/CEE.

## *ii) Burden of Proof*

Relativamente aos elementos de prova, o contribuinte deverá demonstrar que a isenção será aplicável ao caso concreto<sup>76</sup>, devendo as autoridades tributárias do EM em questão provar e estabelecer os elementos constitutivos do conceito jurídico de abuso.<sup>77</sup>

De acordo com o TJUE não existe necessidade de identificar o beneficiário efetivo da isenção de pagamento de imposto em concreto<sup>78</sup>, quando utilizadas “*conduit companies*”. Apenas terá de se demonstrar que o suposto beneficiário efetivo é uma sociedade interposta, por intermédio da qual foi cometido um abuso de direito.

É importante reforçar que sempre que uma autoridade fiscal do EM de origem procure a existência de uma prática abusiva, tem o ónus de comprovar a existência de elementos constitutivos dessa prática abusiva. Isto é, fazer prova de que a sociedade à qual os dividendos foram pagos não é a beneficiária efetiva.<sup>79</sup>

Ainda assim, poderá acontecer que o beneficiário efetivo não seja possível de identificar. É reconhecido que a AT do EM não tem necessariamente de ter toda a informação que lhe permita identificar esses beneficiários. Não lhe pode ser exigida a apresentação de provas que lhe seria impossível fornecer<sup>80</sup>.

Mesmo admitindo a possibilidade de a identificação dos beneficiários ser do conhecimento da AT, não está necessariamente demonstrado quais são ou serão os beneficiários efetivos reais.<sup>81</sup>

A atribuição desses juros pode ter sido decidida posteriormente às conclusões da autoridade fiscal. Perante a possibilidade de uma sociedade que recebe os juros ter uma sociedade-mãe, a qual por sua vez também tem uma sociedade-mãe, as autoridades fiscais e os órgãos jurisdicionais do EM da fonte podem não conseguir determinar qual destas duas sociedades-mãe é ou será a beneficiária efetiva dos juros.

---

<sup>76</sup> § 140, Ac. do TJUE C-115/16, *T Danmark*, 26-02-2019.

<sup>77</sup> § 142, Ac. do TJUE C-115/16, *T Danmark* e § 117 do C-116 & 117/16, *N Luxembourg*, 26-02-2019.

<sup>78</sup> § 143-144, Ac. do TJUE C-115/162, *T Danmark*, 26-02-2019.

<sup>79</sup> § 117, Ac. do TJUE C-116/16, *T Danmark* - “*where a tax authority of the source Member State (...) refuse to grant the exemption provided for in Article 5 of Directive 90/435 to a company that has paid dividends to a company established in another Member State, it has the task of establishing the existence of elements constituting such an abusive practice while taking account of all the relevant factors, in particular the fact that the company to which the dividends have been paid is not their beneficial owner*”.

<sup>80</sup> § 143, Ac. do TJUE C-115/16, C-118/16, C-119/16 e C-299/16, *N Luxembourg*, 26-02-2019.

<sup>81</sup> § 144, Ac. do TJUE C-115/16, C-118/16, C-119/16 e C-299/16, *N Luxembourg*, 26-02-2019.

#### **5.4. – Conceito de Abuso e Beneficiário Efetivo**

O teste do beneficiário efetivo terá de ser interpretado de forma autónoma. De acordo com a doutrina, a definição de beneficiário efetivo poderá ser caracterizada pelo facto de o destinatário dos juros ter o direito de poder usar e usufruir dos mesmos, de forma livre, sem constrangimentos legais ou contractuais de transferir o pagamento recebido por outra entidade.

Do ponto de vista sistemático, no entendimento de ordenamentos, como o búlgaro, francês, letão e romeno, é utilizado o termo “beneficiário”. Noutros ordenamentos jurídicos, como o espanhol, checo, inglês, italiano, maltês, português e finlandês recorre-se à expressão “beneficiário efetivo”. Nos ordenamentos alemão e sueco recorre-se ao termo “proprietário” ou “aquele que tem o direito de utilizar”, tendo o ordenamento holandês uma maior especificidade no que diz respeito à localização da estrutura de negócio, “aquele que tem direito em último lugar”.

Do ponto de vista histórico, para continuarmos a escarpelizar estes conceitos, é enriquecedor proceder a uma análise da Proposta de Diretiva (do CE)<sup>82</sup> relativa ao regime fiscal comum aplicável aos pagamentos de Juros & Royalties efetuados entre sociedades associadas de Estados-Membros diferentes, uma vez que esteve na origem da Diretiva 2003/49/EC, bem como aos seus antecedentes. Dedicamo-nos agora a essa análise.

##### **5.4.1. – Influência da CMOCDE (1977-2014)**

O conceito de beneficiário efetivo foi introduzido no panorama do Direito Fiscal internacional, com o intuito de prevenir a obtenção sistemática e reiterada de benefícios fiscais resultante de uma estratégia de *treaty shopping*. Existia uma preocupação com a eliminação de retenção na fonte em royalties. Foi neste seguimento que em 1977 o conceito foi originalmente incorporado na Convenção Modelo da OCDE, não apresentando, ainda assim, um significado normativo, mas meramente clarificativo.

Já em 2014, o conceito de beneficiário efetivo seria interpretado de acordo com um “*Forwarding Approach*”, isto é, averiguar se o destinatário de royalties tem o direito de utilizar e usufruir dos royalties sem estar sujeito a uma obrigação contratual ou legal de repercutir o pagamento recebido por outra pessoa ou atividade.

---

<sup>82</sup> COM (1998) 67 final, 6 de março de 1998.

#### 5.4.2. – A Influência do Projeto BEPS no Conceito de Beneficiário Efetivo

Apesar de para o conceito de beneficiário efetivo não se especificar o critério de substância económica, acaba por existir uma aplicação formal do conceito. O teste do beneficiário efetivo acaba por se focar no direito do sujeito passivo de usar e usufruir do pagamento transferido. Enquanto noutros diplomas legislativos, como o *Substantial Activity Requirement*, se procede a uma avaliação de como é que o contribuinte participou na obtenção do pagamento, quando nos encontramos a realizar um Teste do Beneficiário Efetivo, analisamos o que o contribuinte poderá fazer com o pagamento recebido.

##### i) BE vs. PPT: Elemento Objetivo e Subjetivo

Ao abrigo do critério do BE, a substância de um contribuinte fiscal é irrelevante. Apenas se procura averiguar se o contribuinte tem a obrigação de receber um pagamento (elemento objetivo). Pode acontecer que a estrutura levante problemas ao abrigo do PPT, enquanto, na perspetiva do beneficiário efetivo, é considerada como não problemática. A importância do PPT é notória quando nos apercebemos que o plano de Ação 6 do *BEPS* aborda as *conduit structures* tendo em conta este critério.

O PPT exige o cumprimento de um elemento subjetivo (a obtenção de um benefício deve ter sido um dos principais objetivos de um acordo) para além de um elemento objetivo (a concessão desse benefício nestas circunstâncias não está de acordo com o objeto e a finalidade das disposições relevantes da CDT).

A substância desempenha um papel crucial, uma vez que permite ao contribuinte refutar a existência do elemento subjetivo.

A OCDE recorreu ao conceito de “*core commercial activity*”<sup>83</sup>, para determinar o requisito do elemento subjetivo: se uma entidade estiver indissociavelmente ligada a uma atividade comercial essencial e a sua forma não tiver sido determinada por considerações de obtenção de um benefício, é pouco provável que se considere que o seu objetivo principal seja obter esse benefício.

O PPT não se aplica quando a concessão de um benefício está em conformidade com o (i) objeto e (ii) a finalidade da disposição relevante pertencente a uma CDT. Um BE de

---

<sup>83</sup> Vd. Art. 29.º Mn 181 OCDE MC 2017, 2015, “Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances – Action 6: 2015 Final Report”, p. 58.

um pagamento de royalties poderá ver os benefícios decorrentes de um CDT negados, devido à da aplicação do PPT.

Por esta razão, determinada doutrina defende que quando a alegada transação abusiva esteja sujeita a uma regra anti-abuso específica (*SAAR*, por exemplo o Teste do Beneficiário efetivo), o PPT só deve ser aplicado na medida em que o comportamento alegadamente abusivo esteja completamente fora do âmbito do(s) tipo(s) de abuso do Tratado que as CGAA pretendem combater.<sup>84</sup>

## ii) Contexto da Diretiva Mães-Filhas

Existirá uma diferença preponderante entre os casos anteriormente analisados, em sede da Diretiva Juros & Royalties, prendendo-se com o conceito de “*beneficiário efetivo*”. Enquanto a IRD apresenta um conceito de beneficiário efetivo, a PSD não contém este mesmo requisito. Naturalmente, poderemos interrogar-nos se um EM poderá recusar a aplicação da Diretiva Mães-Filhas, com base no facto de quem recebe os rendimentos não ser o beneficiário efetivo.

Apesar de termos concluído anteriormente pela existência de um princípio geral anti-abuso, tal requisito não se encontra presente na letra da lei. Para mais, o próprio TJUE reitera que um EM não poderá criar condições adicionais às previstas no corpo do texto da Diretiva, tratando-se, se for o caso, de uma lei específica.<sup>85</sup>

A visão do TJUE poderá ser justificada tendo em conta dois possíveis entendimentos. Primeiramente, o TJUE poderá ter emulado raciocínio e requisitos da IRD, aplicando-os na PSD. Por outro lado, poderemos considerar que há um requisito implícito no que diz respeito à necessidade de um “*beneficiário efetivo*”. Para fins académicos, seria curioso adotarmos este segundo entendimento, uma vez a jurisprudência mencionada *supra*, alerta para a impossibilidade de se proceder à criação de requisitos adicionais exteriores ao próprio texto da lei. Certamente, um requisito implícito, apesar de não estar presente na lei, poderá ser enquadrado, com alguma razoabilidade, no seu espírito.

---

<sup>84</sup> NAVISOTSCHNIGG, Florian, 2022, Substance in International Tax Law: DEMPE Approach, Substantial Activity Requirement and Beneficial Ownership, Series on International Taxation vol. 83, Wolters Kluwer, Países Baixos p. 146.

<sup>85</sup> § 111, Ac. do TJUE C-116/16, *T Danmark* - “*Furthermore, where the beneficial owner of dividends paid is resident for tax purposes in a third State, refusal of the exemption provided for in Article 5 of Directive 90/435 is not in any way subject to fraud or an abuse of rights being found.*”.

### 5.5. – Marco da Jurisprudência Portuguesa: *Beneficial Ownership* de Juros

No âmbito do Processo n.º 776/2022-T, o Tribunal Arbitral constituído no CAAD analisou pela primeira vez no âmbito nacional o conceito de beneficiário efetivo de juros, para efeitos da dispensa de retenção na fonte sobre o pagamento de juros.

Uma entidade portuguesa (PT Co) necessitava de fundos para adquirir uma participação no capital social de uma outra empresa portuguesa (PT Op. Co). O financiamento veio da empresa-mãe residente no Reino Unido (UK Co 1). Por sua vez, UK Co 1 foi custeada por uma segunda empresa residente no Reino Unido (UK Co 2). A UK Co 2 teria um suporte financeiro proveniente da sua empresa-mãe residente no Reino Unido (UK Co 3). Por fim, a UK Co 3 seria subsidiada por duas empresas residentes em Hong Kong (ambas detidas por entidades residentes em Hong Kong, nas Ilhas Virgens Britânicas, nas Ilhas Caimão, nas Bermudas e no Panamá).

Apesar de não existir uma relação formal entre os mútuos existentes ao longo da estrutura do grupo, estes mútuos destinavam-se a financiar a aquisição por parte da sociedade portuguesa de uma participação no capital social de outra sociedade portuguesa.

Nunca foi questionada a liberdade do grupo multinacional de escolher um país da UE para desenvolver os seus investimentos. Também não estava em causa uma análise da intenção subjacente à criação do grupo de sociedades, mas sim a realidade desse grupo. Ficou provado que as entidades intermediárias não desenvolveram quaisquer outras atividades de investimento, não possuindo estruturas próprias capazes de permitir uma gestão ativa dos seus investimentos.

Ainda para mais, as sociedades do Reino Unido estavam totalmente dominadas, direta ou indiretamente, pelas mutuantes da UK Co 1 (as sociedades de Hong Kong). Estas tinham o poder necessário para influenciar as decisões das assembleias gerais de modo que o fluxo financeiro acompanhasse a estrutura do grupo de sociedade. De facto, a UK Co 1 estava dependente deste fluxo de rendimento *upstream* para cumprir com as suas obrigações decorrentes do contrato de mútuo celebrado com os investidores (as sociedades de Hong Kong).

Adicionalmente, o Tribunal considerou que a competência para apreciar o requisito de qualificação do beneficiário efetivo cabe, em regra, ao estado da fonte, dado que é o mesmo a ter a sua receita fiscal diminuída. O facto de a UK Co 1 ter um certificado

emitido pelas autoridades fiscais do Reino Unido, confirmando que é residente e está sujeita a impostos nessa jurisdição, não é decisivo.

Em suma, para o Tribunal, a ausência de atividade económica de uma entidade e a sua integração numa cadeia de sociedades sedeadas em diferentes jurisdições, aliada a uma transmissão da maioria do montante de juros, é suficiente para considerar que uma empresa intermediária não é a beneficiária efetiva.

### **5.6. – Considerações Preliminares – Incongruência do Sistema**

Perante a possibilidade de nos encontrarmos diante de uma  *Holding*, deverá ser demonstrado se a mesma tem como única atividade a cobrança dos dividendos e a sua transmissão ao beneficiário efetivo ou a outras sociedades interpostas. A inexistência de atividade económica efetiva deve, à luz das especificidades que caracterizam a atividade económica em questão, resultar de uma análise do conjunto dos elementos pertinentes anteriormente já analisados.

A este ponto da análise, considero premente expor a séria incongruência de que o conceito de “abuso de direito” tem sido alvo. O tribunal vê-se envolvido numa encruzilhada jurisprudencial, face aos seus precedentes. Objetivamente, abordar o cariz puramente artificial de uma transação será marcadamente diferente de procurar aferir uma justificação económica válida para a escolha de determinada organização empresarial.

De acordo com JOACHIM ENGLISCH, não podemos presumir abuso de direito quando uma análise contra factual revela que uma transação genuína tem essencialmente os mesmos efeitos económicos que uma estrutura artificial, com iguais consequências fiscais favoráveis.<sup>86</sup> No entendimento do autor, existe uma tendência reconhecida de ampliar a aplicação do conceito de abuso de direito. Consequentemente, o espectro jurídico-normativo da realidade atual, também deverá sofrer esta atualização, ou seja, a aplicação de liberdades fundamentais deverá acompanhar esta tendência, sobretudo, em matéria de *Controlled Foreigned Companies*.

No *Caso Equiom*<sup>87</sup> procurou-se abordar um conjunto de temas relacionados com a aplicação da PSD, como (i) a retenção na fonte sobre dividendos pagos no exterior, (ii) a prevenção da evasão fiscal e (iii) o abuso de direito. De acordo com a opinião da

---

<sup>86</sup> ENGLISCH, Joachim, 2020, “The Danish tax avoidance cases: new milestones in the Court’s anti-abuse doctrine” in *Common Market Law Review*, vol. 57, Kluwer Law International, p. 530.

<sup>87</sup> Ac. do TJUE Case C-6/16, *Eqiom SAS*, 07-02-2017.

Advogada Geral Kokott será necessário proceder a uma análise da sociedade intermédia, avaliando a sua natureza. O “facto de uma sociedade residente na União Europeia ser controlada, direta ou indiretamente, por residentes de Estados terceiros não implica, por si só, a existência de um expediente puramente artificial, desprovido de realidade económica, criado unicamente com o objetivo de beneficiar indevidamente de uma vantagem fiscal.”<sup>88</sup> Reforça que a presença física não seria decisiva e a substância deveria ser aferida com base num equilíbrio entre o poder efetivo dos órgãos da sociedade de tomar decisões, da existência de meios financeiros próprios e da determinação sobre se a sociedade poderia suportar algum tipo de risco comercial. É curioso que não se pronuncia quanto a requisitos de instalações, trabalhadores e equipamento.

Não obstante, de acordo com o *T Danmark*, constitui um indício da existência de uma montagem destinada a beneficiar indevidamente da isenção, o facto de os dividendos serem transferidos, na totalidade ou quase na totalidade e num prazo muito curto após serem recebidos, para entidades que não preenchem os requisitos da Diretiva 90/435/CEE. Estes requisitos poderão não estar cumpridos pelo facto de as entidades não se encontrarem estabelecidas num EM.<sup>89</sup>, porque não foram constituídas sob uma das formas referidas na Diretiva ou porque não são sujeitos passivos de um dos impostos enumerados no artigo 2.º, al. c) da Diretiva 90/435/CEE. Podem também não ter a qualidade de “sociedade-mãe” e não preencher os requisitos previstos no artigo 3.º da Diretiva 90/435/CEE.

Considero existir, igualmente, uma pretensão punitiva implícita, uma vez que se fizermos coincidir a titularidade jurídica do rendimento com a titularidade económica (sendo, portanto, o beneficiário efetivo), uma entidade poderá usufruir de benefícios presentes em CDTs. Por oposição, se existir um desfasamento entre a titularidade jurídica e económica, isto é, se não for considerado o beneficiário efetivo, não poderá beneficiar dos benefícios económicos presentes nas CDTs.

Fruto desta conclusão, surge uma segunda associada – a potencial necessidade de averiguação de substância num sistema *cross-border*, desfasado de critérios de substância determinados, a nível interno em cada EM.

---

<sup>88</sup> § 34, Ac. do TJUE C-6/16, *Eqiom SAS*, 07-02-2017.

<sup>89</sup> § 101, Ac. do TJUE C-116/16, *T Danmark*, 26-02-2019.

Por outras palavras, o conceito de abuso até aqui estudado tem como principal desígnio impossibilitar a obtenção de benefícios fiscais (presentes nas Diretivas Europeias e CDTs) decorrente de transações financeiras entre EM da UE. Deste modo, poderão surgir divergências na conceptualização dos requisitos suficientes para constituir substância entre a esfera internacional e nacional.

Da teoria à prática, poderemos interrogar-nos sobre como proceder a uma análise deste conceito perante uma divergência na exigência de requisitos de substância entre EM. Por exemplo, se a lei luxemburguesa tiver critérios de aferição menos exigentes do que Portugal, será sensato interrogarmo-nos sobre como poderemos atuar.

Considero ser, igualmente, importante desmistificar o dogma da complexificação da organização empresarial e a sua errónea associação a uma aparente artificialidade. Se fruto de uma análise da organização empresarial, se provar que o acordo negocial é genuíno, ainda que resulte em consequências fiscais favoráveis, deve ainda assim ser permitida a existência de tal estrutura.

A complexificação da estrutura organizativa não deverá ser uma presunção tácita de abuso. Ainda que para efeitos académicos o possa admitir, deverá ser uma presunção ilidível, cuja prova não seja demasiado onerosa, dentro dos limites da razoabilidade, para o sujeito passivo. A este ponto, uma análise da Proposta *Unshell* revela-se crucial para continuarmos a avançar na densificação deste tema. Esse será o propósito do próximo capítulo.

## **Capítulo 6 – ATAD 3 Enquanto Proposta Legislativa**

### **6.1. – *Holdings* – Instrumentos De Elisão Fiscal Internacional**

O objetivo primordial de uma *holding* é a sua participação no capital de outras sociedades. De acordo com ALBERTO XAVIER, estas estruturas societárias gozavam no passado de um verdadeiro privilégio de afiliação, que se vê agravado com a complexificação e crescente uso de sociedades intermediárias na cadeia de organização societária. Este privilégio decorre do facto de diversas legislações considerarem as *holdings* estruturas fiscalmente transparentes, acabando por isentar o lucro por elas auferido, através da distribuição dos dividendos pelas sociedades em cujo capital participam. Esta posição legislativa adotada tem legitimidade, uma vez que tenta evitar uma dupla tributação económica do mesmo

lucro, quando o mesmo é auferido por uma sociedade operacional e posteriormente distribuído aos seus sócios.

Nos últimos anos assistimos a um conjunto de avanços legislativos, como o alargamento do âmbito de aplicação da DAC, onde a comunidade internacional procurou contrariar a postura de benevolência que certos países, como Holanda e Luxemburgo, adotaram no tratamento fiscal de *holdings*. No presente, a Proposta *Unshell*<sup>90</sup> procura estabelecer regras de prevenção na utilização abusiva de *holdings*, demarcando que o mero uso de estruturas denominadas por *holdings* não implica necessariamente um uso abusivo e consequente aproveitamento de benefícios. Esta Proposta compromete-se a combater de forma eficaz a concorrência fiscal desleal e a repartição da carga fiscal desigual.

## **6.2. – A Dificuldade de Padronização no Projeto Europeu**

De acordo com o artigo 114.º, n.º 1 do TFUE, o PE e o CUE deverão adotar medidas relativas à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos EM, que tenham por objeto o estabelecimento e o funcionamento do mercado interno. Ainda no presente artigo 114.º, n.º 2 do TFUE podemos atestar que o direito fiscal é vislumbrado como uma exceção no normal desenrolar do processo legislativo.

Para que exista um avanço naquilo que é o conceito de “substância económica”, ou quando muito, uma aproximação da mesma, será então necessário que o CUE, deliberando por unanimidade, de acordo com um processo legislativo especial (após consulta do Parlamento Europeu e do Comité Económico e Social), adote diretivas para a aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos EM.

Logo *ab initio* poderemos encontrar um sério entrave à aprovação de regras nesta matéria na União Europeia, uma vez que será necessária uma unanimidade no sentido de voto de todos os EM.

## **6.3. – Ambiguidade Conceptual da Diretiva**

### **6.3.1. – Beneficiário Efetivo (*Beneficial Ownership*)**

O TJUE considera que o conceito de “beneficiário efetivo dos juros” não pode fazer referência a conceitos de direito nacional com alcances diversos. Acrescenta que o conceito de “beneficiário efetivo dos juros”, fruto da interpretação da Diretiva Juros &

---

<sup>90</sup> Cfr. “Anexo III - Síntese do Draft Report - Proposta Legislativa Unshell”

Royalties, deverá ser interpretado no sentido de que designa uma entidade que beneficia realmente dos juros que lhe são pagos.

Este entendimento é reforçado no artigo 1.º, n.º4 da Diretiva 2003/49/EC, com uma referência à realidade económica. Indica que uma sociedade de um Estado-Membro só será considerada a beneficiária dos Juros e/ou Royalties se os receber por conta própria e não como representante, por exemplo como administrador fiduciário ou signatário autorizado, de outra pessoa.<sup>91</sup>

### 6.3.2. – A Definição Irrazoável na Proposta *Unshell*

A Proposta de Diretiva *Unshell* começa, no seu artigo 3.º, por ignorar o conceito de beneficiário efetivo presente na jurisprudência e legislação fiscal produzida até à data, adotando a definição presente na Diretiva *Anti Money Laundering*<sup>92</sup>.

A Diretiva *Anti Money Laundering* considera que o beneficiário efetivo será “a pessoa ou pessoas singulares que, em última instância, detêm a propriedade ou o controlo do cliente e/ou a pessoa ou pessoas singulares por conta de quem é realizada uma operação ou atividade”. Ainda acrescenta que “no caso das entidades societárias: i) a pessoa ou pessoas singulares que, em última instância, detêm a propriedade ou o controlo, direto ou indireto, de uma percentagem suficiente de ações ou dos direitos de voto ou de participação no capital de uma pessoa coletiva.”

Naturalmente, poderá ser questionada esta preferência ideológica na adoção de uma definição já existente na Diretiva AML, em detrimento de todo o vasto espólio legislativo que veio a ser desenvolvido nas diversas diretivas europeias, que acaba dispor que um beneficiário efetivo será aquele com a capacidade de dispor dos rendimentos transferidos pela sociedade. A doutrina considera irrelevante a definição da AML.<sup>93</sup>

No entender de referenciada doutrina<sup>94</sup>, o problema acaba por se agravar quando procuramos relacionar a Diretiva *Unshell* com o direito primário e secundário da União Europeia, uma vez que diferentes soluções poderão surgir, dependendo se o sistema

---

<sup>91</sup> § 88, Ac. do TJUE C-115/16, *N Luxembourg I et al*, 26-02-2019.

<sup>92</sup> Vd. Diretiva (UE) 2015/849, do PE e do CUE, 20-05-2015.

<sup>93</sup> NAVISOTSCHNIGG, Florian, 2022, *Substance in International Tax Law: DEMPE Approach, Substantial Activity Requirement and Beneficial Ownership*, Series on International Taxation vol. 83, Wolters Kluwer, Países Baixos p. 132.

<sup>94</sup> PISTONE, Pascale; NOGUEIRA, João; TURINA, Alessandro e LAZAROV, Ivan; 2021, “Abuse through the Use of Shell Companies for tax purposes in the European Union: Feedback on the EU Consultation by the IBFD Task Force on EU Law” in *ITAXS – International Tax Studies*, IBFD.

procura direcionar os seus esforços para o combate da existência *per si de Shell Companies*, contestar a sua residência fiscal ou questionar a legitimidade dos lucros tributados a si atribuídos.

### 6.3.3. – *European Economic and Social Committee*<sup>95</sup>

O EESC realçou que a Proposta *Unshell* é consistente com as iniciativas legislativas anteriores de instituições da UE, como a ATAD e a DAC entre as autoridades tributárias.<sup>96</sup>

A finalidade à qual a Proposta se compromete - combater a evasão e a fraude fiscais transfronteiriças – apenas poderá ser alcançada se existir uma ação comum implementada pelos EM, evitando uma estratégia singular implementada pela administração isolada de cada EM. Uma atuação concertada é necessária.

O Comité considera que se encontra respeitado o princípio da proporcionalidade, uma vez a sua execução não excede o nível mínimo necessário de proteção para o mercado único europeu. Da dicotomia constante entre a necessidade de coordenação entre os EM e o impacto nas empresas parece resultar um balanço entre (1) uma maior eficiência na redução de um uso indevido de *Shell Entities*, (2) ganhos fiscais para as finanças públicas; (3) custos de *compliance* para as empresas e administrações fiscais e (4) efeitos indiretos sobre o mercado único e sobre a concorrência entre empresas. Os *gateways* propostos na forma de indicadores cumulativos são igualmente razoáveis e apropriados para alcançar o objetivo pretendido.

Também constata que as entidades detentoras de ativos para uso privado (pormenorizando os imóveis, iates, jatos, obras de arte ou capital próprio) podem não ter rendimentos durante longos períodos, mas ainda assim dar origem a benefícios fiscais significativos para as suas entidades de controlo.

Como tal, defende que os controlos não devem incidir apenas sobre os rendimentos, mas também sobre os bens, uma vez que os impostos podem ser cobrados mesmo que não

---

<sup>95</sup> Parecer do EESC, 2021, “Fight the Use of Shell Entities”. Proposta de Diretiva para estabelecer regras destinadas a impedir a utilização abusiva de entidades artificiais para efeitos fiscais - 2021/0434 (CNS).

<sup>96</sup> A Proposta *Unshell* encontra-se enquadrada numa estratégia pluridirecionada, de modo a fixar um nível mínimo de tributação a grupos multinacionais dentro da UE, comumente conhecida por “Pilar 2”. Enquanto o “Pilar 2” será aplicado a empresas que excedam um limiar de volume de negócios de 750 milhões de euros, com a Proposta *Unshell*, não teremos esta limitação.

gerem quaisquer rendimentos, tais como os impostos sobre o património, sempre que aplicáveis.

#### **6.4. – Avaliação da Proposta – Desafios Futuros (No Presente)**

Na atual Proposta *Unshell* verificamos que os EM tentam limitar as consequências derivadas do seu incumprimento, comparativamente com as inicialmente apresentadas pela Comissão Europeia. Não existe consenso no seio europeu.

A atratividade fiscal dos EM, decorrente do aproveitamento de benefícios fiscais concedidos, é um fator económico preponderante neste diálogo. Existem países na esfera europeia que tradicionalmente alinham a sua estratégia económica tendo em conta uma legislação *sui generis* de benesses fiscais (destacamos o Luxemburgo e a Holanda<sup>97</sup>).

Em suma, a Iniciativa *Unshell* apresenta uma concretização indesejável. Não é possível encontrar uma linha condutora com as Diretivas PSD/IRD e a Proposta *Unshell*. A ATAD 3 também não reflete a construção jurisprudencial do TJUE e o pensamento jurídico crítico cimentados nos últimos anos nesta matéria.

Para além de incongruências (inexplicáveis), podemos questionar a necessidade de uma ATAD 3, quando a própria UE já apresenta mecanismos de troca automática de informações obrigatória no domínio da fiscalidade transfronteiriça. Consideramos que a ação do legislador poderá ser alvo de crítica. A burocracia acrescida acarreta um ónus para o contribuinte e um desnorte para as Autoridades Tributárias.

Terminamos com uma ideia inicialmente defendida: as épocas de transformação social e tecnológica geram os maiores desafios e consequentes avanços na hermenêutica do Direito. A Proposta *Unshell* não equaciona os novos modelos digitais de negócio. A crescente digitalização da economia desafia a conceção de substância. Fenómenos digitais como o *E-Commerce* vêm desvirtuar todas as bases do sistema fiscal e económico.

---

<sup>97</sup> Cfr. “Anexo IV - Holanda - Ex-Libris das Organização em Sociedades Holdings”

## Conclusão

1. A individualização de um ente, através da atividade económica realizada, é suficiente para atribuir personalidade tributária ao sujeito passivo e determinar o facto tributário para cobrar o crédito tributário.
2. A personalidade tributária tende a acompanhar a personalidade jurídica civil. O pagamento de imposto segue o facto tributário, isto é, a titularidade patrimonial (posse de bens e divisas).
3. Destacamos que a personalidade jurídica em si mesma não é passível de gradações. Ainda assim, é necessária uma flexibilização deste conceito, dependendo do imposto. É uma opção técnica do legislador.
4. O ordenamento jurídico português já atribui personalidade tributária passiva a entes de facto, por vezes incapazes de assumir a posição de sujeito em relações de direito privado ou em relações de direito público que não de natureza tributária.
5. No CIRC atribuiu-se inicialmente personalidade tributária passiva a entes empresariais, alargando o conceito a entidades que disponham de uma certa “unidade económica” e “autonomia patrimonial” suscetíveis de tributação individualizada.
6. A nosso ver, a adoção de critérios de substância no conceito da personalidade tributária passiva, contribui para uma maior segurança jurídica e diminuição de litígios.
7. A positivação na lei implica uma maior rigidez e menor adaptabilidade ao caso concreto. Pode, inclusive, criar uma artificialidade acrescida nas construções societárias, para que o contribuinte cumpra com os critérios impostos.
8. Uma conceção abstrata de substância permite uma maior adaptabilidade ao caso concreto.
9. Destacamos que a adoção de uma solução mista, implica um equilíbrio sensível na pormenorização de determinados casos concretos. Existe um sério risco de gerar uma complexificação legislativa.
10. No caso português, o legislador não deveria ter uma postura reativa, mas proativa. Não é possível contestar um critério adotado, quando, como vimos em detalhe nesta tese, atualmente existe uma total alienação legislativa a este respeito.

11. A inação do legislador cria incerteza no contribuinte. Não possibilita à Autoridade Tributária realizar uma correta fiscalização. Esta, por sua vez, vê-se forçada a delegar nos tribunais a decisão de encontrar soluções casuísticas.
12. A CGAA devem respeitar os princípios da transparência, segurança e proporcionalidade, identificando situações claramente artificiais quanto à sua substância económica.
13. Os *Danish Cases* enumeram um conjunto de fatores objetivos (instalações, trabalhadores e equipamentos), bem como a avaliação de uma categoria específica da atividade da entidade.
14. Não é produtivo despendermos esforços na tentativa exaustiva de justificar critérios objetivos normativos, quando a normatividade que advém daí, poderia facilmente ser encaixada na justificação de um outro critério. Ainda nos encontramos em solo árido para dissertações. O importante é a fixação de um critério. Por muito que se possa debater a *ratio* do mesmo, a fixação de uma delimitação normativa irá marcar o início do debate.
15. Os critérios, no momento da sua definição, são voláteis. Por vezes não discutimos o critério acertado, mas sim o mais adequado. Na atual Proposta *Unshell* podemos observar uma suavização dos *gateways*, unicamente devido a pretensões económicas dos EM.
16. A ATAD 3, do ponto de vista substantivo, não é propriamente um marco no desenvolvimento na doutrina da substância económica. Traduz uma maior sensibilização para a necessidade de fixar balizas normativas universais, naquilo que o legislador entende ser uma materialização suficiente.
17. Devemos criticar a forma como se encontra orquestrada a presunção de falta de substância (com as consequências daí adstritas), dado que parte do pressuposto intrínseco que o contribuinte, apesar de não ser faltoso, tendencialmente procura fugir às obrigações fiscais.
18. É imperativo terminar com este estigma. Beneficiar de regalias fiscais, muitas vezes criadas pelo legislador precisamente para alavancar a economia, não é, nem pode ser, sinónimo de evasão fiscal.

## Referências Bibliográficas

### Monografias

- ❖ DAGAN, Tsilly, 2018, *International Tax Policy – Between Competition and Cooperation*, Cambridge University Press, Cambridge, United Kingdom.
- ❖ GOOIJER, Jan, 2019, *Tax Treaty Residence of Entities – Series on International Taxation*, vol. 74, Wolters Kluwer, Países Baixos.
- ❖ CERIONI, Luca, 2015, *The European Union and Direct Taxation - A solution for a difficult relationship*, Routledge
- ❖ MARQUES, Fábio Saraiva, 2010, “Hybrid Issues and Partnerships - Issues within EC Law and Double Tax Treaties” in *Os 10 Anos de Investigação do CIJE (Glória Teixeira & Ana Sofia Carvalho)*, Almedina, Coimbra.
- ❖ MEINDL-RINGLER, Angelika, 2016, *Beneficial Ownership In International Tax Law – Series on International Taxation*, Wolters Kluwer, Países Baixos.
- ❖ MORAIS, Rui Duarte, 2009, *Apontamentos ao IRC*, Almedina, Coimbra.
- ❖ MAISTO, Guglielmo, 2020, *Current Tax Treaty Issues - 50th Anniversary of the International Tax Group*, IBFD, Países Baixos.
- ❖ NABAIS, José Casalta, 2014, *Direito Fiscal*, 7º Edição, Almedina, Coimbra.
- ❖ NEVES, Antônio, 2013, *O Novo IRC*, EY, Almedina, Coimbra.
- ❖ NAVISOTSCHNIGG, Florian, 2022, *Substance in International Tax Law: DEMPE Approach, Substantial Activity Requirement and Beneficial Ownership*, Series on International Taxation vol. 83, Wolters Kluwer, Países Baixos.
- ❖ NOGUEIRA, João Félix Pinto, *Direito Fiscal Europeu*, 2010, *O Paradigma da Proporcionalidade: A Proporcionalidade como Critério Central da Compatibilidade de Normas Tributárias Internas com as Liberdades Fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra.
- ❖ PEREIRA, Manuel Henriques De Freitas, 2013, *Fiscalidade*, 4ª edição, Almedina
- ❖ PEREIRA, Paula Rosado, 2010, *Princípios do Direito Fiscal Internacional: Do Paradigma Clássico ao Direito Fiscal Europeu*, Almedina, Coimbra.
- ❖ SANCHES, J.L.S., 2006, *Os Limites do Planeamento Fiscal – Substância e Forma no Direito Fiscal Português, Comunitário e Internacional*, Coimbra Editora, Coimbra.
- ❖ VASQUES, Sérgio, 2015, *Manual de Direito Fiscal*, Almedina, Coimbra.

- ❖ SHAVIRO, Daniel-N., 2004, *Corporate Tax Shelters in a Global Economy – Why They Are a Problem and What We Can Do About It*, American Enterprise Institute for Public Policy Research, American Enterprise Institute, Washington D.C.
- ❖ XAVIER, Alberto, 2011, *Direito Tributário Internacional*, 2ª edição, Almedina, Coimbra.

### **Publicações Periódicas**

- ❖ BAERENTZEN, Susi, 2020, “Danish Cases on the Use of Holding Companies for Cross-Border Dividends and Interest – A New Test to Disentangle Abuse from Real Economic Activity?” in *World Tax Journal*, IBFD.
- ❖ BERG, M. Van Den, 2015, “The Enlarged Scope of Dutch Substance Requirements” in *Tax Notes International*, vol. 74, n.º 7, p. 645-649.
- ❖ EUWISSEN, Roland, 2021, “The Dutch Take on Antiabuse Rules and Conduit Companies in the Context of the CJEU’s Danish Cases” in *Tax Notes International*, vol. 104, p. 405-415.
- ❖ FARMER, P., 2016, “A difference of form or substance? A comparison of the discrimination analysis in the EU Law and in recent UK cases on tax treaties, EU Income Tax Law: Issues for the Years Ahead”, in *International Tax Law Series*, vol. 9 EC.
- ❖ LAMPREAVE MÁRQUEZ, P., “Las doctrinas judiciales norteamericanas de antiabuso fiscal (con especial consideración a la reciente codificación de la doctrina sobre la sustancia económica) y la doctrina sobre los acuerdos artificiales aplicable en la Unión Europea” in *Quincena Fiscal*, vol. 21, p. 87-133.
- ❖ MACKIE, James B., III, 2006, “Tax Policy Design in a Global 21st Century Economy”, in *Homenagem a José Guilherme Xavier de Basto*, Coimbra Editora, Coimbra.
- ❖ MARTINS, António, 2019, “Nota sobre a dedução, em sede do IRC, dos custos de empréstimos obtidos”, in *Arbitragem Tributária n.º 10*, p. 11-17.
- ❖ O’SHEA, T., 2009, “The UK’s CFC rules and the freedom of establishment: Cadbury Schweppes plc and its IFSC subsidiaries – tax avoidance or tax mitigation?” in *EC Tax Review 1*, p. 13-33.
- ❖ REIMER, Ekkehart / RUST, Alexander, 2015, “Klaus Vogel on Double Taxation Conventions”, in *Kluwer Law International*.

- ❖ ROBERT, E. / TOF, D., 2015, “The Substance Requirements and the Future of Domestic Anti-Abuse Rules within the Internal Market” in *European Taxation*, n.º 11, p. 436-444.
- ❖ RASTOGI, Neha; KARAMAN Fanny; RUCHELMAN, Stanley C., 2017, “The Economic Substance Doctrine: A U.S. Anti-Abuse Rule” in *RucheLaw: Insights*, vol. 4, n.º 9, p. 22-27.
- ❖ SANCHEZ, E.G. / FLUXA, J.F., 2014, “The Transfer of the Seat of and the Freedom of establishment for companies in the European Union: An analysis of the ECJ Case Law and the Regulation on the Statute for a European Company” in *European Taxation n.º 6*.
- ❖ SANGHVI, S. / MUKUNDAN, A., 2014, “India: The importance and evolution of substance” in *International Tax Review*.
- ❖ TORYANIK, T., 2014, “The Concept of Substance in International Taxation” in *International Transfer Pricing Journal*, vol. 21, n.º 6.
- ❖ VERLINDEN, I., 2014, “Substance in International Taxation”, in *International Transfer Pricing Journal*, vol. 21, n.º 5.
- ❖ VIS, N., 2014, “Introduction of Substance Requirements for the Netherlands Holding Companies” in *European Taxation*, vol. 54, n.º 12.

### **Obras Coletivas**

- ❖ BIZIOLI Gianluigi; GRANDINETTI, Mario; PARADA, Leopoldo; VANZ Giuseppe; RONCHETTI, Alessandro Vicini, 2020, “Corporate Taxation, Group Debt Funding and Base Erosion – New Perspectives on The EU Anti-Tax Avoidance Directive”, Wolters Kluwer, Países Baixos.
- ❖ FINNERTY, Chris J. / MERKS, P., 2007, *Fundamentals of International Tax Planning*, IBFD, Países Baixos.
- ❖ LANG, Michael / PISTONE, Pasquale / SCHUCH, Josef / STARINGER, Claus / RUST, Alexander / KOFLER, Georg / SPIES Karoline, 2020, “Introduction to European Tax Law on Direct Taxation”, London WIU SMG, 6<sup>th</sup> Edition, United Kingdom.
- ❖ OLA, Ostaszewska / BELEMA, Obuoforibo, 2018, “Roy Rohatgi on International Taxation - in Volume 1: Principles”, IBFD, Amsterdão, p. 9-42 e 323-338.

## Documentos Oficiais

- ❖ EUROPEAN COMMISSION, proposal for a Council Directive Amending Directive 2011/96/EU on the Common System of Taxation Applicable in the Case of Parent Companies and Subsidiaries of Different Member States, COM 814 final (2013).

## Jurisprudência Pertinente

- ❖ Acórdão do STA, Processo 0779/12, 24-09-2014.
- ❖ Acórdão do STA, Processo 02507/15.6BEBRG, 12-01-2022.
- ❖ Decisão Arbitral do CAAD, Processo n.º 776/2022-T, 15-06-2023.
- ❖ Acórdão do TJUE, 28 de janeiro 1986, Commission of the European Communities v French Republic, (“Avoir Fiscal”), C-270/83.
- ❖ Acórdão do TJUE, 14 de fevereiro 1993, Finanzamt Köln-Altstadt v Schumacker, C-279/93.
- ❖ Acórdão do TJUE, 16 de julho 1998, Imperial Chemical Industries plc (ICI) v Kenneth Hall Colmer (Her Majesty's Inspector of Taxes), C-264/96.
- ❖ Acórdão do TJUE, 12 de dezembro 2002, Lankhorst-Hohorst v Finanzamt Steinfurt, C-324/00.
- ❖ Acórdão do TJUE, 18 de setembro 2003, Bosal Holding BV v Staatssecretaris van Financiën, C-168/01.
- ❖ Acórdão do TJUE, 11 de março 2004, Hughes de Lasteyrie du Saillant v ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, C-9/02.
- ❖ Acórdão do TJUE, 12 de setembro de 2006, Cadbury Schweppes and Cadbury Schweppes Overseas, C-196/04.
- ❖ Acórdão do TJUE, 17 de janeiro 2008, NV Lammers & Van Cleeff v Belgische Staat, C-105/07.
- ❖ Acórdão do TJUE, 16 de dezembro 2008, Cartesio Oktató és Szolgáltató bt, C-210/06.
- ❖ Acórdão do Tribunal Administrativo de Montpellier, 24 de junho 2009, N° 0700526, SAS Cameron France.
- ❖ Acórdão do TJUE, 21 de janeiro 2010, Société de Gestion Industrielle (SGI) v Belgian State, C-311/08.
- ❖ Acórdão do TJUE, 7 de fevereiro de 2017, Eqiom SAS, C-6/16.

- ❖ Acórdão do TJUE, 20 de dezembro de 2017, Deister Holding AG e Juhler Holding A/S v Bundeszentralamt für Steuern, C-504/16, C-613/16.
- ❖ Acórdão do TJUE do C-115/16, 26 de fevereiro de 2019, *N Luxembourg*, C-118/16, C-119/16 e C-299/16.
- ❖ Acórdão do TJUE do C-116/16 e C-117/16, *T Danmark*, 26-02-2019.

## **Anexo I – Metodologia e Modo de Citar**

Importa esclarecer a metodologia aplicada quanto ao modo de citação e identificação das diversas fontes utilizadas. Irei recorrer às regras de estilo apresentadas pela Católica *Law Review*, desenvolvidas pela CATÓLICA *Research Centre For The Future of Law* – Centro de Estudos e Identificação de Direito.

Dentro das referências bibliográficas citadas, nos livros irei proceder à identificação do nome do autor, data da edição, título do livro, n.º de edição (referência dispensável se se tratar da 1.ª edição), editora e local de edição. No que diz respeito a artigos de revista, nome do autor em maiúsculas pequenas. Irei referenciar a data da edição, o título do artigo entre aspas, o título da revista em itálico e o número e/ou ano de publicação, com a 1.ª e últimas páginas.

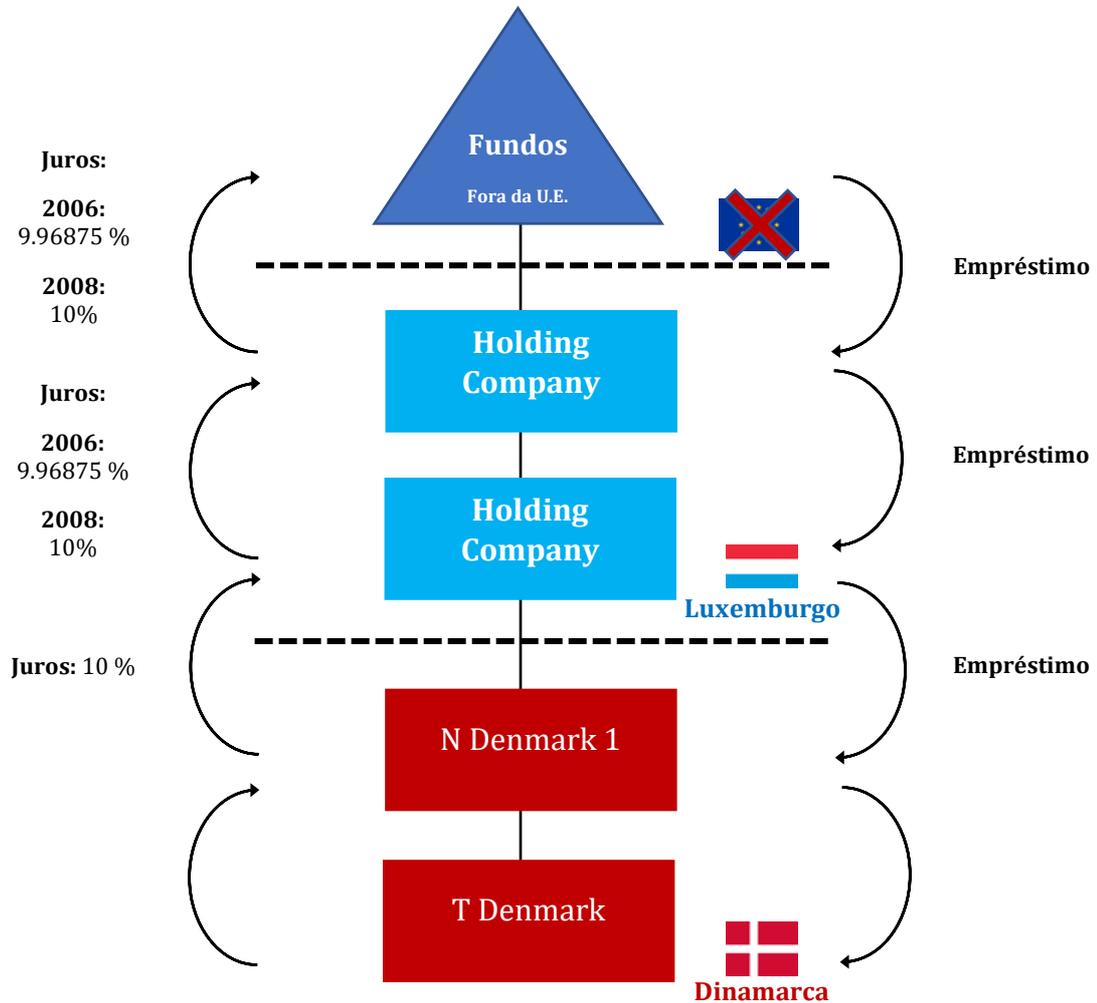
Perante artigos em obra coletiva ou capítulo de livro mencionarei o nome do autor em maiúsculas pequenas, a data da edição, o título do artigo entre aspas, o título do livro em itálico precedido de “in, identificação do organizador/coordenador/diretor, o n.º de edição (referência dispensável se se tratar da 1.ª edição), a editora, o local de edição e a 1.ª e últimas páginas.

Nas citações de teses, *working papers* e outro material não-publicado, identificarei o autor, ano, título, formato, instituição.

Nas citações de textos consultados na internet, indicarei o autor, data, título, *hyperlink*, dia, mês e ano da consulta. Nas decisões jurisprudenciais: o tribunal, processo e data.

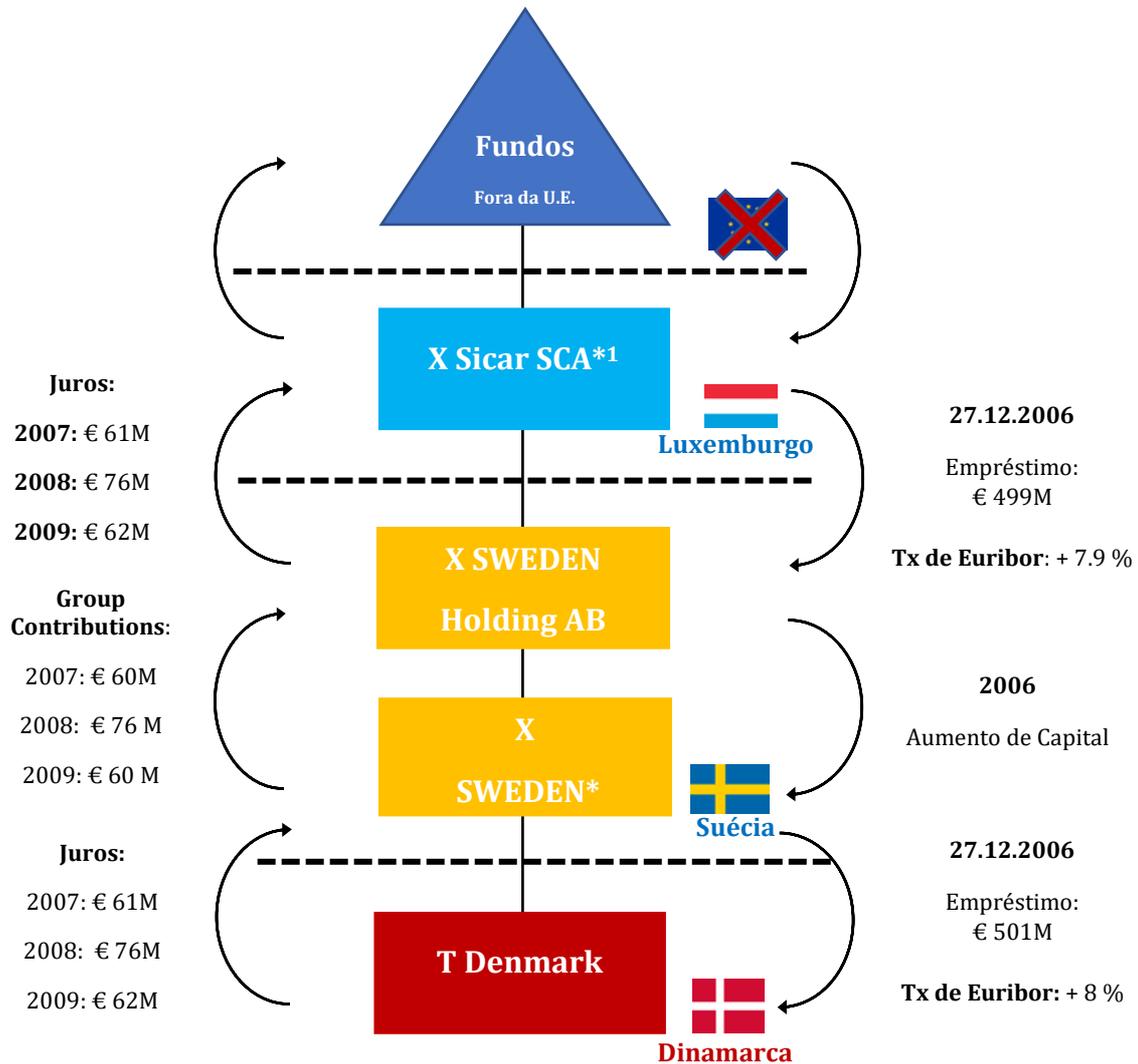
## Anexo II – Representação Esquemática dos Danish Cases

Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 26 de fevereiro de 2019  
N Luxembourg 1 and Others v Skatteministeriet  
C-115/16

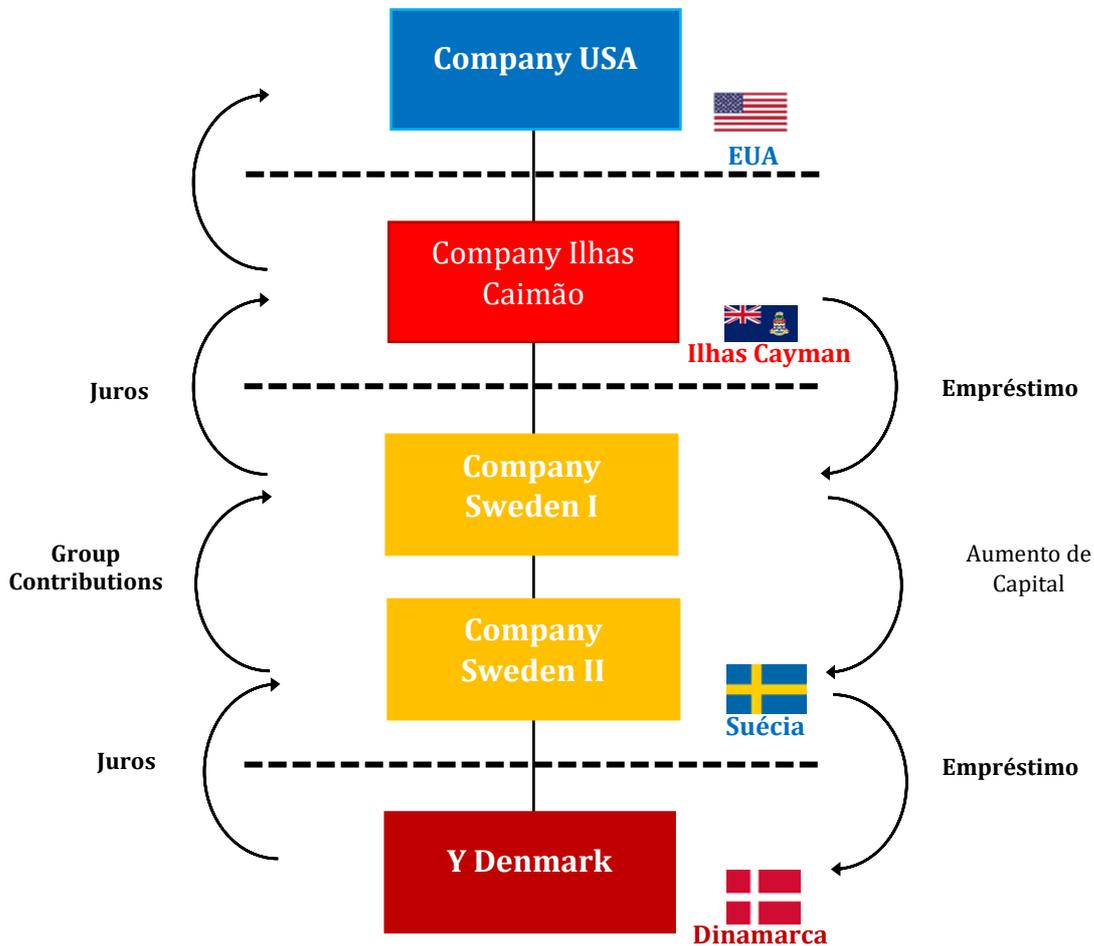


- (1) A N Denmark 1 foi inicialmente adquirida pela T Denmark. Esta foi financiada por fundos (empréstimos) de entidades não residentes na EU, ou numa jurisdição sem um CDT celebrado com a Dinamarca. Existiam duas *holdings* a intermediar a estrutura.
- (2) Os juros pagos pela N Denmark 1 à primeira Holding Luxemburguesa eram imediatamente utilizados para pagar juros decorrentes da aquisição de certificados de capital preferencial (*Preferred Equity Certificates*).
- (3) As autoridades dinamarquesas questionaram a aplicação da IRD, considerando que as *holdings* luxemburguesas não seriam os verdadeiros BE e que as mesmas apenas serviriam para movimentar fluxos transacionais, não os retendo.

**Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 26 de fevereiro de 2019** N  
**Luxembourg 1 and Others v Skatteministeriet**  
**C-118/16**



- (1) A SICAR (detida por um fundo) era proprietária de uma *holding* sueca que, por sua vez, detinha um subsidiário sueco que detinha e financiava a T Denmark.
- (2) Os juros pagos pela T Denmark à X Sweden constituíam um lucro tributável na esfera da segunda e não estão sujeitos a retenção da fonte na Dinamarca, fruto da IRD. O mutuante sueco tinha ainda o direito, ao abrigo da legislação local, de transferir estes lucros para a sua empresa-mãe.  
Esta transferência era dedutível e compensava precisamente o lucro tributável.
- (3) Na X Sweden Holding AB as transferências tributáveis foram compensadas pelos juros da sua dívida para com o SICAR (esta beneficia da isenção objetiva sobre os seus lucros provenientes do capital de risco.).
- (4) As autoridades fiscais dinamarquesas consideraram que nem as empresas suecas, nem as luxemburguesas poderiam ser consideradas BE dos juros e que a SICAR não era abrangida pelo âmbito de aplicação do IRD.



- (1) É realizado um empréstimo das Ilhas Cayman até ao fundo da estrutura societária na Dinamarca (Y Denmark);
- (2) Os juros pagos pela Y Denmark à Company Sweden II constituíam lucro tributável na esfera da segunda e não estão sujeitos a retenção da fonte na Dinamarca, fruto da Diretiva I&R.. Contudo, o mutuante sueco tinha direito, ao abrigo da legislação fiscal local, a transferir o lucro para a empresa-mãe. Esta transferência era dedutível e compensava precisamente o lucro tributável.
- (3) Ao nível da Sweden II o rendimento recebido seria transferido para a Sweden I, recorrendo a uma transferência intra-grupo. A Sweden I não seria tributada pelo aumento de capital.
- (4) Verifica-se um fluxo financeiro para a sociedade nas Ilhas Cayman, não sendo objeto de tributação. (também uma transferência intra-grupo).
- (5) Posteriormente, os rendimentos são repatriados das Ilhas Cayman (*tax heaven*) para a sociedade nos EUA, livre de tributação.

Anexo III – Síntese do *Draft Report* – Proposta Legislativa *Unshell*

Unshell Proposal - P9 TA (2023)0004	
<p>Artigo 6.º <i>Gateway Test</i></p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• &gt; 65 % do rendimento de uma entidade é "rendimento relevante" (abrange, em termos gerais, os rendimentos passivos: juros, dividendos e royalties);</li> <li>• &gt; 55% do valor contabilístico dos ativos da entidade está localizado fora do EM da empresa nos dois exercícios fiscais anteriores, ou mais de 55% do rendimento relevante da entidade é obtido através de transações transfronteiriças;</li> <li>• a entidade subcontratou a administração das suas operações quotidianas e tomada de decisões.</li> </ul>
<p>Artigo 7.º <i>Report</i></p>	<p>Se a entidade preencher os três parâmetros, será obrigada a reportar na sua declaração anual de imposto informações sobre o nível de substância da entidade:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• as instalações da empresa;</li> <li>• se possui uma conta bancária própria e ativa na UE;</li> <li>• a residência fiscal do(s) seu(s) diretor(es) e da maioria dos seus empregados a tempo inteiro</li> </ul> <p>Se entidade não conseguir fazer prova de substância, existe uma presunção de que se trata de uma <i>Shell Company</i>.</p>
<p>Artigo 9.º <i>Rebutal</i></p>	<p>Uma empresa tem o direito de ilidir esta presunção, fornecendo: (i) elementos de prova sobre a justificação comercial da empresa ou (ii) informações sobre os seus trabalhadores, que justifiquem que as decisões geradoras de rendimento têm lugar no EM onde dizem ter a empresa situada.</p> <p>Caso seja aceite, será válida para o ano fiscal em causa. Pode manter-se válida por mais cinco anos, se as circunstâncias de facto e de direito da empresa não se alterarem.</p>
<p>Se o <i>rebutal</i> não for aceite, qualquer vantagem fiscal obtida através de CDTs ou de diretivas da UE, como a PSD e IRD, serão terminadas.</p>	

Artigo 11.º	Neste seguimento, o rendimento da <i>holding</i> será tributado no EM onde os acionistas residem, como se tivessem recebido o rendimento diretamente.
Artigo 12.º Consequências Fiscais	O EM de residência fiscal da holding não emitirá um certificado de residência fiscal. Publicará uma declaração de aviso, para informar o país de origem que não deve conceder os benefícios, decorrentes de CDTs ou Diretivas, para os pagamentos efetuados.
Artigo 13.º Troca de Informações	As informações sobre as <i>holdings</i> serão trocadas automaticamente através de um Diretório Central Europeu. O repertório incluirá informações nos casos em que uma empresa se encontre isenta, fruto do âmbito de aplicação de uma Diretiva ou CDTs.
Artigo 15.º	Os EM poderão solicitar a outro EM que realize um controlo fiscal se tiverem razões para crer que uma entidade pode não ter uma substância mínima.

## Anexo IV - Holanda – *Ex-Libris* das Organização em Sociedades *Holdings*<sup>98</sup>

Para as regras de CFC holandesas os requisitos mínimos da substância centram-se numa avaliação da substância ao nível da subsidiária da empresa do grupo holandês, ou ao nível do acionista (direto) da empresa. Estas regras incidem sobre as denominadas “*financial service entities*”. Ou seja, empresas residentes na Holanda cujas atividades consistem predominantemente (valores superiores a 70%) em receber e pagar, direta ou indiretamente, juros, royalties, rendas ou valores de arrendamento de e para empresas do grupo fora da Holanda.

As Autoridades Tributárias Holandesas (“*belastingdienst*”) vão recorrer-se dos seguintes requisitos de substância para determinar a atribuição de benefícios fiscais.

Unshell Proposal	Holanda
<b>Diretores</b>	
<p>Pelo menos um diretor deverá ser residente fiscal no EM onde se situa a empresa. Caso não se encontre no EM, deverá encontrar-se dentro de uma distância compatível com o bom desempenho das suas funções.</p> <p>Os Diretores deverão estar autorizados a tomar decisões em relação às atividades que geram rendimentos relevantes para a empresa ou em relação aos ativos da empresa.</p> <p>A atividade do Diretor deverá ser levada a cabo ativamente e independentemente, sem influência de uma empresa terceira que não se encontre relacionada com a empresa-mãe.</p>	<p>Pelo menos metade dos membros do Conselho com autoridade para realizar decisões deverão residir ou possuir um estabelecimento na mesma jurisdição que o recetor dos dividendos.</p> <p>Os membros do Conselho com residência ou estabelecimento na mesma jurisdição que o recetor do rendimento deverão, ainda assim, ter autonomia profissional suficiente para realizar de forma adequada as suas obrigações. Os diretores deverão poder tomar decisões independentes relativamente à transação de dividendos e ao seu processamento.</p> <p>Decisões executivas, relativamente ao destinatário dos dividendos, deverão ser realizadas na jurisdição do destinatário.</p>

<sup>98</sup> MEUWISSEN Roland, 2022, “The European Commission’s Unshell Proposal: Substantive or Not?” in *Tax Notes international*, vol. 105, p. 1255-1261.

<b>Funcionários</b>	
<p>A maioria dos funcionários a tempo inteiro terão de ter residência habitual no EM da empresa, ou pelo menos deverão encontrar-se dentro de uma distância compatível com o bom desempenho das suas funções.</p> <p>Os funcionários deverão ser devidamente qualificados para realizar atividades que criem rendimento relevante para a empresa.</p>	<p>O recetor dos dividendos deverá ter à sua disposição funcionários qualificados que procedam ao cumprimento das suas funções e ao registo das transações realizadas.</p>
<b>Critérios Taxativos Vs Critérios Alternativos</b>	
<p>Na Iniciativa <i>Unshell</i> os critérios são alternativos no tema dos Diretores e Funcionários. Apenas terão de cumprir com um dos mesmos.</p>	<p>Existe a necessidade de respeitar os requisitos nas duas esferas numa fase inicial. O recetor dos dividendos terá de incorrer num custo salarial no valor de €100.000 (reduzido pelo fator de custo de vida), com vista ao interesse da empresa residente na Holanda.</p>
<b>Conta Bancária</b>	
<p>A empresa deverá ter, pelo menos, uma conta bancária ou uma conta de moeda eletrónica própria e ativa na UE, através da qual recebe os rendimentos relevantes</p>	<p>A conta bancária principal do recetor dos dividendos deverá estar na jurisdição do seu estabelecimento.</p> <p>Portanto, as contas bancárias deverão ser geridas e administradas a partir da do país da jurisdição da empresa – Holanda.</p>

<b>Contabilidade</b>	
<p>Não existe uma menção para com os requisitos de contabilidade.</p> <p>A subcontratação de serviços auxiliares, como os serviços de contabilidade, enquanto as atividades principais se mantêm na empresa, não é suficiente para afetar a substância da entidade.</p>	<p>Os livros de contabilidade onde estão presentes os destinatários dos dividendos serão geridos pela jurisdição do EE.</p>
<b>Instalações</b>	
<p>A empresa deve dispor de instalações próprias no EM, de instalações para sua utilização exclusiva ou de instalações partilhadas com entidades do mesmo grupo</p>	<p>O recetor dos dividendos deve ter um espaço de escritório próprio à sua disposição na mesma jurisdição do EE, pelo período de 24 meses. O espaço de escritório tem de ser suficiente para poder realizar as atividades da empresa</p>