

# AS HOLDINGS E OS DIVIDENDOS À SAÍDA À LUZ DO DIREITO EUROPEU

Pela Dra. Maria Amélia Barradas Carlos<sup>(1)</sup>

## SUMÁRIO:

**1. Introdução.** **1.1.** A noção de sociedade *holding* no Direito Europeu. **1.2.** O apelo a uma *holding* para obter uma vantagem fiscal nos dividendos à saída. *1.2.1.* O conceito de abuso fiscal. *1.2.2.* Lacunas não intencionais e disparidades. **2. A Diretiva sociedades-mães/afiliadas, as holdings e o conceito de beneficiário efetivo.** **2.1.** Considerações introdutórias. **2.2.** As *holdings* e as medidas de prevenção e combate ao abuso na Diretiva. *2.2.1.* A relevância do conceito de Beneficiário Efetivo. *2.2.2.* A insuficiente Targeted Anti-Abuse Rule (TAAR) e a necessária General Anti-Abuse Rule (GAAR). **3. O princípio geral de proibição de abuso no Direito Europeu.** **3.1.** O princípio geral de proibição de abuso nos Danish cases. **3.2.** Da relação entre o princípio geral de proibição de abuso e a cláusula geral antiabuso do art. 6.º da ATAD. **4. As holdings, as montagens não genuínas e as razões económicas válidas nos dividendos à saída.** **4.1.** As montagens não genuínas e a fundamentação económica. **4.2.** As *holdings* e o conceito de proibição de abuso. **5. Conclusões.** **6. Modo de citar e outras convenções.** **7. Bibliografia.** **8. Lista das principais abreviaturas.** **9. Jurisprudência.** **10. Direito Primário da UE.** **11. Direito Derivado da UE.** **12. Documentação.**

## 1. Introdução

### 1.1. A noção de sociedade *holding* no Direito Europeu

A sociedade *holding* é uma forma de organização empresarial cujo objeto, exclusivo ou principal, consiste na detenção duradoura de posições

---

<sup>(1)</sup> Advogada.

ou participações sociais noutras sociedades juridicamente independentes, num modelo de coordenação e gestão de médio-longo prazo<sup>(2)</sup>.

O conceito de sociedade *holding* tem vindo a ser desenvolvido pelo Direito Europeu como sinónimo de realidades muito heterógenas, justificando-se, por isso, uma breve caracterização das três principais modalidades que se mostram relevantes para o tema em análise.

Em primeiro lugar, quanto à posição que ocupam na cadeia societária em que se inserem, as *holdings* subdividem-se em *holdings sociedade-mãe* e *holdings intermédias*. A *holding sociedade mãe* situa-se no topo da estrutura societária e detém participações sociais numa perspetiva centralizada (ou global) de grupo, enquanto a *holding intermédia* é uma sociedade interposta entre a sociedade-mãe e outras sociedades do grupo, cabendo-lhe a gestão das participações detidas no âmbito de certa função ou área específica de negócio.

Em segundo lugar, quanto ao fim prosseguido pela gestão de participações sociais, as sociedades *holdings* podem qualificar-se como *holdings de direção* ou como *holdings financeiras*. As *holdings de direção* são aquelas cuja atividade compreende o controlo e a gestão indireta dos negócios das sociedades participadas, quer através da detenção de participações sociais quer através do exercício dos direitos resultantes da titularidade de tais participações. As *holdings financeiras* têm o seu âmbito de atividade restringido à administração de participações sociais com o fim de maximizar o capital investido, por via da realização de mais-valias e da obtenção de dividendos<sup>(3)</sup>.

Em terceiro lugar, quanto ao seu objeto social, deve distinguir-se *holdings puras* de *holdings mistas*. As *holdings puras* são aquelas cujo objeto social compreende, exclusivamente, a detenção e gestão de participações sociais noutras sociedades, como forma indireta de exercício de uma atividade económica. Ao invés, as *holdings mistas* são aquelas que, para além da detenção de participações sociais noutras sociedades, têm um escopo empresarial e desenvolvem atos ou negócios jurídicos inerentes a uma certa atividade produtiva, por exemplo, de natureza industrial ou comercial.

---

(2) Como refere, a propósito dos modelos de *software* para planeamento e gestão das *holdings*, RAINER ZIELKE, *International Tax Planning with Comtax, Intertax*, 37, 2009, p. 198. Por razões de simplificação de linguagem, usam-se indistintamente as expressões *holding* ou *sociedade holding* por referência à mesma figura jurídica.

(3) Para mais desenvolvimentos sobre esta distinção cf. ANDREAS PERDELWITZ, *Chapter 10: International Tax Structuring for Holding Activities, International Tax Structures in the BEPS Era: An Analysis of Anti-Abuse Measures, Online Books, IBFD*, 2016, p. 3.

Em síntese, uma *holding* é uma sociedade que tem por objeto a detenção de posições ou participações sociais noutras sociedades, devendo distinguir-se as que têm por objetivo a rentabilização do capital investido — *holding financeira* — e as que se destinam a exercer os direitos sociais inerentes às participações com o propósito de intervir na gestão ou obter o controlo das participadas — *holding em sentido restrito* —, dependendo da posição que ocupa no grupo, poderá ser uma *holding sociedade-mãe* ou, tratando-se de uma sociedade interposta entre a sociedade-mãe e outras sociedades do grupo, poderá ser considerada uma *holding intermédia*.

São as particularidades desta estrutura nas suas atuais ligações com vários ordenamentos jurídicos que permitem, através da interposição de uma *holding*, criar os requisitos exigidos para invocar a legislação europeia e conseguir a isenção da retenção na fonte dos dividendos distribuídos. A obtenção de tal vantagem, muitas vezes apenas de natureza fiscal, conduzindo a fenómenos de dupla não tributação, leva-nos a perguntar: serão as sociedades *holdings* ainda compatíveis com o Direito Europeu?

Propomo-nos por isso averiguar quais os efeitos da sua existência no âmbito da isenção de retenção na fonte dos dividendos à saída e discutiremos se dela resulta uma “verdadeira” prática racional no âmbito da livre iniciativa económica.

## 1.2. O apelo a uma *holding* para obter uma vantagem fiscal nos dividendos à saída

Ao abrigo das liberdades fundamentais, designadamente através do exercício da liberdade de estabelecimento, o grupo societário, legitimamente motivado por considerações fiscais, pode decidir constituir uma *holding* e escolher a localização que lhe garanta a mais baixa tributação.

À partida, o facto de qualquer sociedade adotar atos e negócios jurídicos que diminuam, ou até suprimem, o imposto a pagar constitui uma prática racional no âmbito da livre iniciativa económica<sup>(4)</sup>, consentida em todos os Estados-Membros (EM) da União.

---

<sup>(4)</sup> Cf., por exemplo, o interessante acórdão do *Cour Administrative*, do Luxemburgo 27.06.2013, n.º 30540, sobre o carácter racional de certa prática incomum levada a efeito pela *holding* não ser suficiente para qualificá-la como abusiva, no quadro da liberdade empresarial e iniciativa privada, ao reduzir significativamente a carga fiscal <<https://www.juricaf.org/arret/LUXEMBOURG-COURADMINISTRATIVE-20140318-32984C>>; e ver, também, ANA PAULA DOURADO, *Direito Fiscal, Lições*, Coimbra, 2022, p. 295.

Com efeito, o imposto altera não só os preços como também os custos inerentes à atividade de qualquer sociedade sendo expectável que a *holding*, como agente económico, assuma no mercado interno aquela prática de redução da carga fiscal<sup>(5)</sup>.

Mas, constituindo a diminuição do imposto a pagar uma vantagem comercial desejável, bastará a interposição de uma *holding* na estrutura do grupo, que invoque a legislação da União e preencha os requisitos formalmente exigidos, para obter tal vantagem?

Na verdade, a dúvida instala-se, desde logo, quando aquela prática racional atinge, por intermédio de uma *holding*, “uma zona cinzenta (...) onde estão os atos ou negócios jurídicos que assumem formas jurídicas que não são abrangidas pelas normas de incidência ou que evitam certas normas de determinação da matéria tributável”<sup>(6)</sup>. Como justificar tais atos ou negócios — para, designadamente, beneficiar da isenção da retenção na fonte dos dividendos distribuídos, sem contrariar o Direito Europeu?

Deverá tal justificação ser enquadrável na referida prática racional subjacente à liberdade empresarial e iniciativa privada ou estaremos já no plano da interpretação dos “comportamentos designados de elisão ou abuso de normas fiscais”<sup>(7)</sup>? E, sendo o abuso invocável apenas quando não é uma presunção inilidível, fazendo-se a prova caso a caso, quais são os prenúncios de uma prática abusiva juridicamente relevante<sup>(8)</sup>? Serão eles suficientes para recusar o benefício da isenção da retenção na fonte dos dividendos distribuídos pela *holding*?

Iniciaremos a tentativa de encontrar respostas apoiados nos princípios de uma União de Direito “interpretados à luz das liberdades fundamentais no TFUE (...) e da globalização (livre circulação de capitais)”, por ser “[e]ssa interpretação especialmente importante para os princípios

---

<sup>(5)</sup> Veja-se, por exemplo, em Portugal os arts. 61.º, n.º 1, 80.º, al. c) e 86.º todos da CRP e a jurisprudência dos tribunais superiores tributários. Vejam-se, por todos, os acórdãos do TCAS, proc. n.º 4255/10, de 15.02.2011, Relator: Juiz Desembargador José Correia e proc. n.º 3877/10, de 20.11.2012, Relator: Juiz Desembargador Pedro Vergueiro, onde se considera ser inerente à racionalidade económica a minimização do imposto a suportar; ANA PAULA DOURADO, *ibidem*, pp. 294-295. No mesmo sentido, SALDANHA SANCHES, *Manual de Direito Fiscal*, Coimbra, 2007, pp. 157-159.

<sup>(6)</sup> Cf., jurisprudência do *Cour Administrative* de Luxemburgo de 18.03.2014, n.ºs 31058, 32984-C e 33125-C, <<https://www.juricaf.org/arret/LUXEMBOURG-COURADMINISTRATIVE-20140318-32984C>> e ver, também, ANA PAULA DOURADO, *Direito Fiscal ...*, *cit.*, p. 301.

<sup>(7)</sup> *Ibidem*.

<sup>(8)</sup> As cláusulas antiabuso devem conter em regra presunções elidíveis, a não ser que tenham fundamento em princípios fiscais que prevaleçam no caso concreto à luz da proporcionalidade. Cf. ANA PAULA DOURADO, *ibidem*, p. 264. No mesmo sentido, um EM só pode aplicar uma cláusula antiabuso se permitir ilidir a presunção, cf. Acórdão TJUE, de 12.09.2006, C-196/04 (*Cadbury Schweppes*), § 50.

da igualdade e (da proibição) do abuso”<sup>(9)</sup>, e tomaremos posição crítica acomodando a jurisprudência do TJUE.

Neste sentido pretendemos contribuir para clarificar se, e em que condições, aqueles atos ou negócios jurídicos praticados por uma sociedade *holding*, com invocação da legislação europeia, de que resulte a isenção da retenção na fonte dos dividendos distribuídos, constituem, ou não, abuso em face do Direito Europeu.

A reflexão não será, por isso, frutuosa sem uma delimitação clara da figura do abuso contrapondo-a a outras figuras afins. É o que tentaremos fazer na secção seguinte.

### 1.2.1. O conceito de abuso fiscal

A legislação da União Europeia (UE) ao tratar da temática dos dividendos à saída não só utiliza muitas vezes o termo evasão fiscal para designar o abuso fiscal a que acabámos de fazer referência, como utiliza também o termo fraude fiscal para designar casos de infrações fiscais<sup>(10)</sup>. Ora, sabemos que “a fraude fiscal constitui um tipo legal de infração fiscal e não uma categoria abrangente dos diferentes tipos de infrações tributárias (...) [e] as situações de evasão fiscal constituem ilícitos, podendo constituir infrações administrativas ou criminais e estão sujeitas a sanções específicas em cada ordenamento. (...) O conceito de evasão fiscal abrange, portanto, (todos) os diferentes tipos de infrações (*i.e.*, crimes e contraordenações)”<sup>(11)</sup>.

Diferentemente, nesta nossa reflexão encaramos o abuso não como um ilícito, mas como um aproveitamento de lacunas, não intencionais, que criam dúvidas de interpretação em resultado de uma discrepância entre o espírito e a letra da norma de Direito Europeu<sup>(12)</sup>.

<sup>(9)</sup> Cf. ANA PAULA DOURADO, *ibidem*, p. 133.

<sup>(10)</sup> Veja-se, por exemplo, o uso indevido das expressões “evasão” e “fraude” no art. 1.º, n.º 4, da Diretiva sociedades-mães/afiliadas, Diretiva (UE) 2015/121 do Conselho de 27.01.2015, que altera a Diretiva 2011/96/UE, onde deveria apenas constar a expressão abuso fiscal.

<sup>(11)</sup> Considerando o conceito que “está a ser usado na documentação da União Europeia como um conceito vago e relacionado com um apelo a uma coordenação fiscal internacional (...) um conceito-chapéu que pode referir-se a situações de elisão fiscal (eventualmente, até, de evasão fiscal) ou a um mero planeamento fiscal, consoante o contexto”; cf. ANA PAULA DOURADO, *Governança Fiscal Global*, Coimbra, 2018, pp. 57, 218-219; *Direito Fiscal ... cit.*, pp. 297-298 e 332; RITA DE LA FERIA, *EU General Anti-(Tax) Avoidance Mechanisms; The Dynamics of Taxation: Essays in Honour of Judith Freedman*, Leeds, 2020, p. 21.

<sup>(12)</sup> O carácter sancionatório atribuído à elisão fiscal nas palavras de ANA PAULA DOURADO “é

Com efeito, sabemos que na sua origem podem estar imperfeições da linguagem jurídica que levam a inevitáveis lacunas legais, não intencionais, num dado ordenamento jurídico. No sentido em que conduzem à tributação desigual de iguais manifestações de riqueza, são naturalmente indesejáveis à luz do princípio da justiça e do princípio da segurança jurídica. Por isso, estas lacunas não intencionais nacionais — que gozam da proteção da reserva de lei nos vários EM — tendem a ser minimizadas, designadamente, através de lei formal usando “técnicas legislativas (...) com abertura do *Tatbestand* que evitem a enumeração taxativa”<sup>(13)</sup> ou através das regras de interpretação da lei fiscal, que as reduzem ou até mesmo eliminam. O que acabámos de escrever serve para distinguir estas lacunas não intencionais existentes num dado ordenamento — que proporcionam o abuso — de outras lacunas, que embora sejam igualmente lacunas não intencionais e também conformem abuso fiscal não se conseguem, porém, colmatar pelos critérios gerais de interpretação. São as designadas disparidades, resultantes da interação de dois ou mais ordenamentos jurídicos, que através da conjugação de regimes formam atos ou negócios dirigidos a alcançar a dupla não tributação. Da importância de esta distinção para os objetivos que prosseguimos neste estudo daremos a necessária nota na secção seguinte.

### 1.2.2. Lacunas não intencionais e disparidades

Importa começar por lembrar que as indesejadas (mas inevitáveis) imprecisões do vocabulário jurídico impõem que se faça a distinção entre casos envolvendo *holdings* intermédias que requerem a aplicação de cláusulas que fecham lacunas<sup>(14)</sup> resultantes daquelas disparidades<sup>(15)</sup> e casos

---

uma reação inadequada à facilidade de planeamento fiscal na economia globalizada, desmaterializada e digitalizada (...) resulta do modelo económico, social e político liberal (...) da inadequação dos impostos sobre o rendimento, traçados segundo princípios e regras enunciados há mais de um século. (...) a ilicitude não pode ser confundida com falta de ética nos comportamentos de planeamento fiscal”. *Direito Fiscal... cit.*, pp. 305-306.

<sup>(13)</sup> Cf. ANA PAULA DOURADO, *ibidem*, p. 298.

<sup>(14)</sup> Cf. ANA PAULA DOURADO, *Tax Avoidance Revisited in the EU BEPS Context*, Vol. 15, EATLP *International Tax Series*, 2017, pp. 3-15; ver, neste sentido, a alteração 5 da Proposta que altera a Diretiva 2011/16/UE relativa à cooperação administrativa, 10.03.2021, considerando 3-A (novo).

<sup>(15)</sup> Cf. ANA PAULA DOURADO, *Lições de Direito Fiscal Europeu-Tributação Directa*, Coimbra, 2010, p. 51. Como exemplo, pode ser apontada a cláusula que procura fechar lacunas de modo a evitar a dupla não tributação no caso dos híbridos, na Diretiva sociedades-mães/afiliadas, que iremos analisar

em que, sendo a interpretação insuficiente para que tais lacunas sejam passíveis de correção, requerem a aplicação de cláusulas antiabuso.

É reconhecendo o abuso nesta dupla perspectiva: em sentido amplo — podendo ser colmatado pelos princípios de Direito Europeu e pelas regras de interpretação — e em sentido restrito — podendo, à partida, ser corrigido pela aplicação de cláusulas antiabuso<sup>(16)</sup> — que importa analisar as *holdings* à luz do Direito Europeu.

Queremos saber se nas suas interações com os ordenamentos jurídicos dos vários EM estas sociedades estão, ou não, proibidas de invocar a legislação europeia para obterem a isenção de retenção na fonte dos dividendos distribuídos. A resposta requer reflexão crítica com os contornos que concretizaremos ao longo da exposição subsequente.

## 2. A Diretiva Sociedades-Mães/Afiliadas, as *holdings* e o conceito de Beneficiário Efetivo

### 2.1. Considerações introdutórias

O regime de isenção da retenção na fonte dos dividendos que um grupo societário através de uma *holding* residente num EM distribua a uma outra sociedade residente noutra EM está previsto na Diretiva sociedades-mães/afiliadas — Diretiva 90/435/CEE<sup>(17)</sup> — de 23.07.1990, atualizada pelas Diretivas: 2003/123/CE de 22.12.2003, 2011/96/UE de 30.11.2011, 2014/86/UE de 08.07.2014 e 2015/121/UE de 27.01.2015, aprovadas pelo Conselho, que consubstanciam as diversas alterações ao projeto inicial apresentado em 1969<sup>(18)</sup>.

Convirá começar por lembrar que a necessidade de aprovar a Diretiva decorreu do facto de a Convenção Modelo da OCDE não se ocupar desta matéria.

---

no contexto do *infra* ponto 2.; cf., no mesmo sentido, o Acórdão TJUE de 25.02.2021, C-403/19, (*Société Générale*), § 22, onde se clarifica que as desvantagens referentes a disparidades nas legislações dos vários EM não violam, necessariamente, a livre circulação de capitais.

<sup>(16)</sup> Cf. PAULUS MERKS, *Tax Evasion, Tax Avoidance and Tax Planning, Intertax*, 5, 2006, p. 274; CHRISTIANA PANAYL, *Is Aggressive Tax Planning Socially Irresponsible? Intertax*, 10, 2015, p. 552; cf., ainda, jurisprudência do *Cour Administrative* de Luxemburgo de 16.02.2016, n.ºs 35978-C e 35979-C, <<https://www.juricaf.org/arret/LUXEMBOURG-COURADMINISTRATIVE>>.

<sup>(17)</sup> Doravante “Diretiva”.

<sup>(18)</sup> Cf. BEM J. M. TERRA e PETER J. WATTEL, *European Tax Law*, 2019, p. 601.

Com efeito, no quadro das convenções bilaterais existe a preocupação em eliminar ou atenuar a dupla tributação jurídica internacional<sup>(19)</sup>, mas não a dupla tributação económica; que ocorre quando há distribuição transfronteiriça de dividendos, no âmbito do grupo societário onde se integra a *holding*<sup>(20)</sup>. Motivo pelo qual a Diretiva tem procurado suprir essa lacuna<sup>(21)</sup>. Da leitura do quarto considerando do respetivo preâmbulo retira-se que a mesma é aplicável às sociedades *holdings* e que pretende estabelecer regras fiscais neutras no que se refere à concorrência entre sociedades de EM diferentes, de modo que se ajustem às condições de criação do mercado interno e reforcem a sua concorrência no quadro internacional<sup>(22)</sup>.

Esta questão de neutralidade fiscal apresenta-se relevante, porquanto a distribuição de dividendos por uma *holding* interposta à sua sociedade-mãe era disciplinada pela lei fiscal interna dos vários EM, que já atendia à eliminação da dupla tributação económica, mas ao nível interestadual a situação ainda não estava prevista pelo Direito Europeu.

Ou seja, se houvesse lugar, por exemplo, a uma distribuição de dividendos por uma *holding* portuguesa para uma sociedade-mãe num outro EM da UE<sup>(23)</sup>, esse EM podia tributar os dividendos e Portugal — que já

<sup>(19)</sup> Cf. ALEXANDER RUST, *Exemption Method*, Klaus Vogel on Double Taxation Conventions, Ekkehart Reimer & Alexander Rust, Wolters Kluwer, 2015, pp. 1581-1582.

<sup>(20)</sup> A dupla tributação (jurídica) internacional observa-se, em dois ou mais Estados, quando sobre o mesmo sujeito passivo ocorre o mesmo facto tributário perante impostos semelhantes e aplicáveis no mesmo período temporal; Cf. ANA PAULA DOURADO, *Direito Fiscal ... cit.*, pp. 38-39; Acórdão TJUE de 25.02.2021, C-403/19, (*Société Générale*), §§ 26-30 e 39. No caso da dupla tributação económica estamos perante o mesmo facto tributário referente a impostos semelhantes e aplicáveis no mesmo período temporal, contudo tratam-se de sujeitos passivos diferentes. Cf. MICHAEL LANG, *Research Handbook on International Taxation*, Edited by Yariv Brauner, Massachusetts, 2020, pp. 174-183.

<sup>(21)</sup> Cf. BEM J. M. TERRA e PETER J. WATTEL, *European Tax ... cit.*, p. 601.

<sup>(22)</sup> Cf. art. 1.º, n.º 1 da Diretiva, em conformidade com o qual as relações entre sociedades-mãe e suas afiliadas dentro do mesmo EM ou envolvendo terceiros Estados não são consideradas pela Diretiva.

<sup>(23)</sup> O art. 3.º, n.º 1, al. b), admite a relação entre a sociedade-mãe e uma *holding* interposta, ao determinar que esta é a sociedade em cujo capital é detida a participação da sociedade-mãe. Diznos, ainda, o art. 3.º, n.º 1, al. a) (i) e (ii) que tal participação tem de ser de pelo menos 10%, mas este critério pode ser substituído pelo critério dos direitos de voto, que é, como sabemos, uma solução comum existente nos vários EM. Por ser assim, podemos aferir a qualidade da sociedade no caso concreto observando a percentagem de participação — a Diretiva prevê um mínimo de 10% — ou verificando se tem mais direitos de voto, de modo que possa haver domínio. Todavia, em qualquer um dos dois critérios deverá ser acomodado o entendimento que tem vindo a ser apresentado pelo TJUE. Com efeito, é exatamente pela análise da jurisprudência do Tribunal que se fica a saber que não se inclui na referida participação as ações detidas a título de usufruto, conforme foi clarificado no caso *Les Vergers du Vieux Tauves* e não se incluem também as correções ao abrigo dos preços de transferência. Significa



tinha tributado os lucros — tributava também os dividendos como estado da fonte; e quanto à dupla tributação económica causada entre lucros e dividendos, considerando que os dividendos eram distribuídos a um ente (contribuinte) situado no exterior, a mesma não era eliminada. O que constituía um obstáculo<sup>(24)</sup> à melhoria do funcionamento do mercado interno e ao crescimento das sociedades, designadamente, através do exercício das liberdades fundamentais de circulação de capitais e de estabelecimento. Motivo pelo qual a Diretiva, desde a sua versão originária — embora sem incluir, ainda, nem os estabelecimentos estáveis nem as situações triangulares —, sempre pretendeu eliminar a dupla tributação económica<sup>(25)</sup>.

Daí que de entre as diversas modificações substanciais apontadas, se destaquem as que decorrem da proposta do Conselho, apresentada pela Comissão, a 29.07.2003<sup>(26)</sup> que alargam o âmbito subjetivo da Diretiva permitindo-se — em face da jurisprudência do TJUE<sup>(27)</sup> — estender o seu regime aos referidos estabelecimentos estáveis nas situações triangulares, enquanto as condições para a isenção de retenção na fonte dos dividendos foram atenuadas através da redução da percentagem de participação mínima exigida<sup>(28)</sup>.

No entanto, apesar de ter sido inicialmente adotada para evitar a dupla tributação económica — na distribuição transfronteiriça de dividendos no seio do grupo societário na UE —, desde 2015<sup>(29)</sup> que a Diretiva tem também como objetivo essencial o combate à dupla não tributação, resultante do efeito combinado da isenção dos dividendos no estado da sociedade-mãe e da sua dedutibilidade no estado da sociedade *holding*<sup>(30)</sup>.

---

dizer que, existindo uma participação de 10%, se posteriormente os Estados procederem a correções no quadro dos preços de transferência, essas alterações não são refletidas por não estarem incluídas nesta participação para efeitos de aplicação da Diretiva. Atendendo à cláusula com acomodação desta jurisprudência, se se tratar como único critério de uma participação inferior a 10% a *holding* interposta está proibida de beneficiar da Diretiva.

<sup>(24)</sup> Cf. ANA PAULA DOURADO, *Lições de Direito Fiscal Europeu ... cit.*, p. 225.

<sup>(25)</sup> Cf. BEM J. M. TERRA e PETER J. WATTEL, *European Tax ... cit.*, p. 601.

<sup>(26)</sup> Proposta de Diretiva do Conselho, 24.07.2003, COM (2003) 462 final.

<sup>(27)</sup> Acórdão TJUE, 21.09.1999, C-307/97, (*Saint-Gobain*).

<sup>(28)</sup> De notar, quanto a condições para isenção de retenção na fonte, que a redução foi constante em cada dois anos posteriores a 2003 e até 2009, num fator de 5% para cada ano, partindo de uma percentagem de 25% com uma redução progressiva da percentagem de detenção mínima obrigatória no capital da subsidiária (de 25% na Diretiva 90/435/CEE para 20% a partir de janeiro de 2005, baixando para 15% em janeiro de 2007, até 10% em janeiro de 2009).

<sup>(29)</sup> Diretiva 2015/121/UE do Conselho, 27.01.2015, que veio introduzir uma cláusula geral antiabuso (TAAR).

<sup>(30)</sup> Cf. Diretiva 2014/86/UE do Conselho, de 08.07.2014, considerando 2 e 3 do preâmbulo e art. 1.º, n.º 1, al. a).

É nesta abrangência que a Diretiva convoca a nossa atenção no que toca, designadamente, à interpretação das medidas de prevenção e combate à sua invocação abusiva e que nos permitem avaliar, nos termos a seguir enunciados, se as *holdings* são, ou não, proibidas.

## 2.2. As *holdings* e as medidas de prevenção e combate ao abuso na Diretiva

Para uma sociedade *holding* de um EM<sup>(31)</sup> sujeita a imposto<sup>(32)</sup>, poder beneficiar da isenção de retenção na fonte, prevista no art. 5.º da Diretiva, o seu domicílio fiscal (direção efetiva) não deverá estar situado num Estado terceiro ao abrigo de uma convenção bilateral<sup>(33)</sup>. Importa perceber claramente porquê e quais as suas implicações no objeto em estudo.

Concretizemos através do seguinte exemplo. Admitindo que um Estado terceiro Z celebrou uma convenção bilateral com o EM1 (Países Baixos), mas não celebrou com o EM2 (Portugal). Se aquele Estado terceiro Z quisesse realizar um investimento numa afiliada no EM2 (Portugal)

---

<sup>(31)</sup> Ver art. 2.º, al. a), (i), que vem definir o conceito “sociedade de um Estado-Membro” para efeitos de aplicação da Diretiva, usando-se para tal a remissão para um anexo I), contendo uma listagem taxativa de tipos de sociedades e respetivas formas jurídicas que as mesmas deverão assumir num dado EM para nele beneficiarem do regime da Diretiva; e relativamente à qual o TJUE já se pronunciou no Acórdão de 02.04.2020, C-458/18, *GVC Services (Bulgária) contra Direktor na Direktsia Obzhalvane i danachno-osiguritelna praktika* — *Sófia (Autoridade tributária búlgara)*, considerando tratar-se de uma enumeração que por ser taxativa poderá não acompanhar a evolução do Direito interno nesta matéria. Assim, à luz desta cláusula específica, a sociedade *holding* está proibida de beneficiar da Diretiva se a sua forma não estiver incluída na lista; exceto se o EM a que a sociedade pertença tenha incluído na referida listagem uma cláusula residual que autorize a aplicação a casos não expressamente previstos, cf. als. b), e), f), i), j) e k) do anexo.

<sup>(32)</sup> Ver art. 2.º, al. a), (iii), ao estabelecer que a sociedade *holding* tem de ser sujeita a um dos impostos societários que constam da listagem anexa à Diretiva, ou quaisquer outros. que possam substituir os que estão em vigor, a que alude o art. 2.º da Diretiva, sem possibilidades de opção e sem deles se encontrar isenta. Significa dizer que se houver uma reforma do imposto societário, (v.g. IRC no caso de Portugal) que seja substituído por um imposto de diferente designação, mas que seja igualmente um imposto sobre o rendimento societário, esta cláusula da Diretiva permite essa substituição; quer a base tributária seja mais estreita ou mais ampla, possa a *holding* fazer mais, ou menos, deduções por referência a essa base, isso não tem repercussão em face do objetivo da Diretiva, que, recordemos, é evitar a dupla tributação.

<sup>(33)</sup> O art. 2.º, al. a), (ii), vem exigir que a *holding* seja residente num EM, impedindo-a de ser residente (*i.e.*, ter direção efetiva) num terceiro Estado ao abrigo de uma convenção bilateral, para poder invocar os benefícios da Diretiva.

poderia criar uma sociedade *holding* primeiro no EM1 (Países Baixos) e esta *holding* do EM1 poderia criar uma afiliada no EM2 (Portugal). Ou seja, a última sociedade-mãe seria residente no Estado terceiro Z, com uma *holding* no EM1 (Países Baixos) e uma SUB afiliada no EM2 (Portugal). À partida, o que acabámos de escrever é apenas uma prática de planeamento fiscal.

Contudo, ao abrigo da Diretiva quando a sociedade do EM2 (Portugal) distribuisse os lucros à sociedade-mãe no EM1 (Países Baixos) não havia possibilidade de retenção na fonte sobre os dividendos para eliminar a dupla tributação económica; o EM1 (Países Baixos) ao abrigo desta mesma Diretiva não podia tributar aqueles dividendos na esfera jurídica da sociedade-mãe. Todavia, se posteriormente aplicasse o tratado bilateral EM1 (Países Baixos) — Estado terceiro Z eliminava também a dupla tributação.

Porém, como vimos pela interpretação do art. 2.º, existe uma condição para beneficiar da Diretiva: aquela sociedade *holding* tem de ser residente num EM e não deve ser residente num terceiro Estado ao abrigo de uma convenção fiscal.

Continuando com o nosso exemplo. A *holding* (sociedade interposta) que foi criada de acordo com todos os pressupostos exigidos pelo direito societário do EM1 (Países Baixos) se não desempenhar quaisquer funções ao abrigo da convenção celebrada entre o Estado terceiro Z — EM1 (Países Baixos), pode ser considerada residente num EM: o EM1 (Países Baixos).

Além disso, existindo um tratado fiscal entre o EM1 (Países Baixos) e o Estado terceiro Z impõe-se verificar se esse tratado contém a regra “*tie-break*”, ou regra de desempate, quanto ao local efetivo de direção da sociedade *holding*. Porquê?

Porque se é verdade que as convenções bilaterais incluem uma regra de eliminação de empate no caso de dupla residência<sup>(34)</sup>, convém também não esquecer que a prevalência do critério da direção efetiva, ou seja, do local de exercício da atividade, foi uma matéria decidida no período anterior ao projeto BEPS e antes da Convenção Multilateral. A nova redação da Convenção Modelo OCDE de 2017 já não faz prevalecer a direção efetiva sobre a sede<sup>(35)</sup>. Poderá esta questão ter implicações nos dividendos à saída, à luz do Direito Europeu? Sim<sup>(36)</sup>. Bastará

(34) Equivalente ao art. 4.º, n.º 3, da Convenção Modelo da OCDE.

(35) Cf. ANDRES BÁEZ MORENO, *How Do ‘The Old’ and ‘The New’ Live Together? The Principal Purpose Test and Other Anti-avoidance Instruments in Tax Treaties*, *Intertax*, 10, 2021, pp. 771-785.

(36) Veja-se a explicitação desenvolvida por BEM J. M. TERRA e PETER J. WATTEL, *European Tax...cit*, p. 601.

lembrar a destacada importância que os intangíveis assumem nas sociedades *holdings*, no âmbito de uma economia crescentemente desmaterializada<sup>(37)</sup> — digitalizada — e constatar o quão é difícil, senão mesmo impossível, detetar — com critérios tradicionais de local de produção e localização de recursos humanos — onde é que está situada a direção efetiva, porquanto atualmente ela corresponde a uma caixa postal ou simples endereço eletrónico.

Pelo que, num tempo em que a prioridade já não é eliminar a dupla tributação, mas evitar a dupla não tributação, em caso de litígio no que concerne a saber onde se localiza a direção efetiva da *holding* os Estados têm de dialogar e se não chegarem a acordo a dupla tributação permanece.

Isto significa em termos de avaliar, à luz desta cláusula da Diretiva se, e em que condições, os atos ou negócios jurídicos praticados pela *holding* estão proibidos, que a referida cláusula está obsoleta.

Ainda assim, de acordo com a nossa interpretação, no exemplo dado, pode acontecer que, não havendo acordo entre os EM e o Estado terceiro, o estado da fonte EM2(Portugal) fique na dúvida de como aplicar esta cláusula, na medida em que o EM1(Países Baixos) se assume como estado de residência e o Estado terceiro Z se declara igualmente como estado de residência; não havendo regra de desempate, em face dos dois Estados afirmarem a dupla direção efetiva, se não chegarem a acordo quanto à decisão de se saber onde é que a mesma está localizada, pode daqui resultar dupla tributação.

Admitindo que, no contexto das sociedades *holdings* interpostas esta situação viesse a ser colocada à apreciação do TJUE como é que este interpretaria os termos da Diretiva em face do princípio da proibição do abuso no Direito Europeu? Estamos em crer que poderia dar prevalência a eliminar a dupla tributação económica, atendendo à integração europeia, por ser esse o objetivo que está na origem da Diretiva; ou será que — conforme discutiremos adiante — deveria dar prevalência ao princípio geral da proibição do abuso?

De todo o modo, entendemos que à luz desta cláusula haverá sempre a necessidade de averiguar, ao abrigo de uma convenção fiscal, onde se

---

(37) Cf. ANDRES BÁEZ MORENO e YARIV BRAUNER *Taxing the Digital Economy Post-BEPS... Seriously*, Madrid, 2019, pp. 30-37. Sobre como os negócios digitalizados requerem menos substância física para criar valor económico, cf. NIKOLAI MILOGOLOV, *The Emergence of the 'Technological Tax Hub': Digitally Oriented Trajectories of Reforms in Tax Planning Hub Jurisdictions*, Intertax, 12, 2020, pp. 1105-1124; SVETISLAV V. KOSTIC *Plea for a Workforce Presence PE Concept in a Post-Covid Digitalized World*, Intertax, 10, 2021, pp.758-770; ANA PAULA DOURADO, *Lições de Direito Fiscal Europeu...*, cit., p. 51.

situa a residência da sociedade *holding*<sup>(38)</sup> e o critério de que dispomos atualmente é apenas a sede ou a direção efetiva, entendida esta última, como já dissemos, como o local de exercício da atividade<sup>(39)</sup>, com todos os problemas que a sua identificação implica.

Este aspeto mostra-se relevante dada a importância desta cláusula para aferir se a sociedade interposta está proibida, ou não, de invocar a Diretiva<sup>(40)</sup>. Tal relevância é notória ao prosseguirmos com o nosso exemplo.

Com efeito, se a *holding* no EM1 (Países Baixos), no âmbito do tratado entre EM1 (Países Baixos) — Estado terceiro Z, tiver a sede no EM1 (Países Baixos), mas a direção efetiva no Estado terceiro Z, então, ao abrigo da convenção entre EM1 (Países Baixos) — Estado terceiro Z, ela vai ser considerada residente no Estado terceiro Z. E o que a Diretiva prescreve é que só beneficiam dela as *holdings* residentes num EM (que seria o EM1 Países Baixos), desde que ao abrigo de uma convenção com um terceiro Estado não sejam consideradas residentes nesse terceiro Estado<sup>(41)</sup>. Logo, avaliada à luz desta cláusula, nos termos observados, seria proibido à *holding* invocar as normas da Diretiva.

Diferentemente, se estivermos perante uma situação em que a sociedade interposta está situada no EM1 e a sociedade-mãe no EM2<sup>(42)</sup>,

<sup>(38)</sup> No sentido de considerar esta aspiração utópica, mas destinada a encorajar o debate num mundo cada vez mais globalizado, cf. HENRY ORDOWER, *Uniform International Tax Collection and Distribution for Global Development, a Utopian BEPS Alternative*, INDIANA/LEEDS SUMMER TAX WORKSHOP SERIES 2021, *Columbia Journal of Tax Law*, Vol. 12, n.º 2, 2021, pp. 127-170.

<sup>(39)</sup> Cf. Para uma visão sobre o reconhecimento num EM de sociedades comerciais constituídas em outros EM, DÁRIO MOURA VICENTE, *Liberdades comunitárias e Direito Internacional Privado*, *Revista Ordem dos Advogados*, ano 69, julho/dez, Lisboa, 2009, pp. 756-758.

<sup>(40)</sup> Ver KLAUS VOGEL, DANIEL GUTMANN e ANA PAULA DOURADO, *Tax treaties between Member States and Third States: "reciprocity" in bilateral tax treaties and non-discrimination in EC law*, *EC Tax Review*, 2, 2006, pp. 91-94.

<sup>(41)</sup> Sobre a aplicação desta regra, desde que evite a dupla tributação, bem como a sua correção com a aplicação de outras normas antiabuso de Direito Fiscal na Rússia à luz da nova abordagem da decisão do Supremo Tribunal Russo de 14.09.2020, no processo n.º A60-29234 / 2019 (*Mega-Invest Limited Responsabilidade Company (LLC)*), cf. IMEDA A. TSINDELIANI, OLGA I. LYUTOVA, KARINA T. ANISINA, ELENA V. MIGACHEVA, LYUSMILA LESINA, *Current Trends in Counteracting Thin (Insufficient) Capitalization in the Russian Legal System*, *Intertax*, 8/9, 2021, pp.713-724.

<sup>(42)</sup> O art. 3.º, n.º 1, al. a), (i) prevê a relação entre a sociedade-mãe e a *holding* interposta, ao explicitar que a qualidade de sociedade-mãe é reconhecida a qualquer sociedade de um EM que satisfaça as condições enunciadas no art. 2.º da Diretiva, e que detenha no capital de uma sociedade de outro EM uma participação mínima de 10%. Importa, todavia, não esquecer que, nas mesmas condições, é igualmente reconhecida a qualidade de sociedade-mãe a uma sociedade de um EM que detenha uma participação mínima de 10% no capital de uma sociedade do mesmo EM, quer seja total quer seja só parcialmente, por intermédio de um estabelecimento estável da primeira sociedade situado noutra EM (ii). Significa, no entanto, nos termos do art. 3.º, n.º 2, que os EM têm a faculdade, em derrogação do disposto no n.º 1, "de não aplicar a presente directiva às suas sociedades que não conservem, por

havendo uma participação de pelo menos 10%, desde que ambas as sociedades possam ser consideradas como fazendo parte da listagem do anexo da Diretiva e desde que observado o conjunto de circunstâncias objetivas autorizado pelas restantes cláusulas, então, *ceteris paribus*, a distribuição de dividendos da *holding* no EM1 para a sociedade-mãe no EM2, em princípio, beneficiária da isenção da retenção na fonte ao abrigo da Diretiva.

Importa, no entanto, sublinhar que este conceito de residência, enquanto elemento integrante desta cláusula da Diretiva, poderá ser de difícil interpretação, como dissemos, nos casos de dupla residência. Concretizando esta afirmação, consideremos, *v.g.*, que a sociedade-mãe está situada no EM3 e que tem uma SUBX com direção efetiva no EM1 e sede no EM2 onde também se situa uma subsidiária de SUBX (*holding* SUB SUB Z).

Admitindo que a SUB X tem também a *holding* SUB SUB Y que está no EM1. Consoante a SUBX seja considerada residente no EM1 ou residente no EM2 assim se aplica, ou não, a Diretiva.

Se SUBX for considerada residente no EM onde tem a sede, então, ela está coberta pela Diretiva na relação com a sociedade-mãe, nos lucros que distribuir; significando que no EM3 não pode haver retenção na fonte sobre os dividendos e o Estado da sociedade-mãe tem de isentar ou dar o crédito<sup>(43)</sup>.

---

um período ininterrupto de pelo menos dois anos, uma participação que dê direito à qualidade de sociedade-mãe, ou às sociedades em que uma sociedade de outro EM não conserve essa participação durante um período ininterrupto de pelo menos dois anos". A cláusula procura, assim, impedir, num contexto de fraude à lei, que a *holding* interposta possa aplicar a Diretiva dando origem à ausência ou atenuação (proibida) da tributação a que está submetida. O art. 3.º, n.º 2, al. b), convoca a nossa atenção para o acórdão *Denkavit*, quanto a saber se para aplicar o referido regime de isenção da retenção na fonte dos dividendos distribuídos em conformidade com o previsto na Diretiva — no sentido de não haver retenção na fonte e posteriormente o Estado da sociedade-mãe dar o crédito ou dar a isenção —, se se poderia exigir que houvesse um período mínimo de detenção de dois anos. Ou seja, admitindo que a lei fiscal nacional exigia o período de dois anos e os dividendos pudessem ser distribuídos antes de se atingir esse período; nesta situação haveria retenção na fonte ou a Administração Tributária teria de esperar até se atingir os dois anos? Parece-nos inegável que a Diretiva pretende fomentar os grupos societários no mercado interno e, portanto, incentivar as participações diretas com o mínimo de duração, e não os movimentos especulativos. Ou seja, pretende-se evitar tais movimentos e com eles um aproveitamento da dupla não tributação, exigindo-se o período mínimo. Por ser assim, acolhem-se as duas possibilidades. Ou se exige a retenção na fonte e depois devolve-se os montantes à sociedade se aquele período mínimo de detenção foi atingido ou, não se faz a retenção na fonte, mas se houver uma distribuição antes de o período mínimo de detenção ter ocorrido, então, exige-se à *holding* o montante de imposto que ainda não foi pago. O TJUE, na jurisprudência citada, veio afirmar que qualquer dos cenários não estava proibido, podendo ser feita a opção entre estas duas hipóteses.

<sup>(43)</sup> Cf. ALEXANDER RUST, *Credit Method, Klaus Vogel on Double Taxation Conventions*, 4.ª ed., eds. Ekkehart Reimer & Alexander Rust, Wolters Kluwer, 2015, p. 1583.

No entanto, convém acrescentar que, quanto à *holding* SUB SUBZ, os dividendos que a SUBX receber da *holding* SUB SUBZ já não estão abrangidos pela Diretiva, porque é uma situação puramente interna.

A *holding* SUB SUBY já está abrangida pela Diretiva porque está situada no EM1. Portanto, os dividendos que ela distribuir à SUBX no EM2 não podem ser retidos no EM1 e tem de haver um crédito ou uma isenção no EM2.

Se ao abrigo da convenção bilateral entre o EM1 e o EM2 a SUBX for considerada residente no Estado onde tem a direção efetiva (EM1), então, a *holding* SUB SUBY já não beneficia da Diretiva enquanto a *holding* SUB SUBZ beneficia.

Ou seja, conforme procurámos demonstrar, à luz desta cláusula específica, para beneficiar da isenção da retenção na fonte invocando a Diretiva, a *holding* tem de ser residente num EM, estando proibida de residir num terceiro Estado ao abrigo de uma convenção bilateral. Mas, será que preenchido este requisito ele constitui condição bastante para a *holding* estar presente e invocar a Diretiva nos dividendos à saída? Não. Conforme se verá com o contributo da secção seguinte.

### 2.2.1. A relevância do conceito de Beneficiário Efetivo

Num primeiro momento, a qualificação do destinatário dos dividendos distribuídos coloca-nos a questão de saber se o conceito de Beneficiário Efetivo (BE) constitui uma disposição convencional de combate ao abuso abrangida pelo art. 1.º, n.º 2, da Diretiva. Em que sentido deve o conceito ser interpretado à luz do Direito Europeu? Para provar a existência de uma prática abusiva é necessário que o EM identifique a entidade por conta da qual é efetuada tal prática? E se essa identificação não for possível?<sup>(44)</sup>.

Não devemos esquecer que os indícios do abuso — que não serão sempre os mesmos em qualquer circunstância, diferenciando-se com o tipo de ato ou operação levada a efeito pela *holding* — não têm um valor jurídico autónomo<sup>(45)</sup>. Ou seja, não conferem, por si só, a existência de

<sup>(44)</sup> Conforme melhor se observará em 3.1.

<sup>(45)</sup> Veja-se o exemplo do art. 4.º, n.º 1, al. a), que contém a regra anti-híbridos, ao estabelecer que o EM da sociedade-mãe deve abster-se de tributar os dividendos na medida em que estes não sejam dedutíveis pela afiliada (*holding* interposta) e tributá-los na medida em que os mesmos sejam

uma *holding* proibida, mas devem orientar o Tribunal na busca dos factos instrumentais para demonstrar a prática abusiva.

Tal como não será pelo facto da entidade que recebe os dividendos não ser o seu BE que os atos ou negócios passam a ser considerados proibidos. É que, a não ser assim, pareceria defender-se a aplicação de uma cláusula geral antiabuso (CGAA) sem estarem rigorosamente preenchidos

---

dedutíveis por esta. Estabelece-se, assim, nesta matéria, uma certa aproximação com a regra do projeto BEPS, ao fazer referência a uma opção entre resposta primária ou resposta secundária no caso de híbridos. Com efeito, na ação 2 do projeto BEPS prevê-se que o Estado da fonte (Estado da afiliada *holding* interposta) possa qualificar aqueles rendimentos como juros e, se forem juros pagos à sociedade-mãe, em princípio, por se tratar de gastos ou encargos, tais juros serão dedutíveis. No entanto, é possível que no caso dos híbridos o Estado da sociedade-mãe entenda que não se trata de juros, mas sim de dividendos e ao abrigo da Diretiva aplique o regime de isenção. Teríamos, neste caso, uma dupla não tributação. O que constituiria uma aplicação indevida da Diretiva, para que houvesse dedução no Estado da fonte e não tributação no Estado da sociedade-mãe. Consideramos que será por isso que a ação 2 do BEPS estabelece duas respostas optativas. Por um lado, a resposta primária (preferida no quadro internacional) por parte do Estado da fonte (ou estado da *holding* interposta, onde supostamente foram obtidos os rendimentos), que deve ter em atenção o regime do estado da sociedade-mãe e verificar como é que ele vai qualificar aquele rendimento; e se chegar à conclusão que para o Estado da sociedade-mãe o mesmo não é qualificado como juros, mas como dividendos e vai ser isento, então, o estado da fonte, em vez de permitir a dedução, o que deve fazer é tributar a *holding* (resposta primária). Por outro lado, a resposta defensiva no quadro do BEPS (ação 2) é a do Estado da sociedade-mãe (do acionista). O estado do acionista deve atender ao que ocorreu no estado da fonte. E se o estado da fonte não respondeu, não deu a resposta primária, se qualificou aquele rendimento como juro e deduziu, então, na resposta defensiva, o estado da sociedade-mãe em vez de qualificar o rendimento apenas à luz do seu próprio Direito (se só interpretasse a lei interna seriam dividendos e seriam isentos), vai considerar também o que aconteceu no Estado da fonte. E como na fonte houve uma dedução e uma qualificação como juros, então, nesse caso tem que tributar. Resposta defensiva. São as duas hipóteses. Esta cláusula da Diretiva contém apenas a resposta defensiva. Porquê? Porque a resposta primária (sendo a resposta interestadual proposta pela OCDE em face da economia digitalizada e do planeamento fiscal que lhe está associado e não para a situação interna) seria discriminatória, por contrária à livre circulação de capitais, razão pela qual a Diretiva optou pela resposta secundária. Porque é que estes aspetos são importantes em termos da nossa indagação sobre o benefício da isenção da retenção na fonte dos dividendos distribuídos? Para demonstrar que a Diretiva abrange apenas as situações entre sociedades-mães e *holdings* intermédias (afiliadas) e as situações triangulares, pelo que, de acordo com a Diretiva, as demais terão de ser interpretadas em conformidade com o direito interno respeitando as liberdades fundamentais. Em síntese, à luz desta cláusula, se o EM da sociedade-mãe escolher tributar a entidade transparente, tem que isentar ou creditar pelo imposto pago por parte da *holding* interposta, e na situação oposta, o EM da sociedade-mãe deve abster-se de tributar na medida em que o rendimento não seja dedutível pela referida sociedade *holding*. Tal dedutibilidade já poderá, no entanto, ocorrer se houver um híbrido e se, como dissemos, no Estado da *holding* aquele rendimento for qualificado, por exemplo, como juro. Se o Estado da *holding* considerar que se trata de juro, então, o Estado da sociedade-mãe também terá que qualificar o rendimento como juro e terá de tributar, já não havendo lugar à aplicação da Diretiva. Observamos, assim, que esta regra relativa às assimetrias híbridas assume particular importância, na interpretação do sentido do benefício da isenção da retenção na fonte dos dividendos distribuídos, ao eliminar lacunas não intencionais (disparidades), e, consequentemente, conforme tentámos demonstrar, ela não deve ser aplicada a uma *holding* interposta como cláusula antiabuso.



os respetivos pressupostos, e a considerar-se o BE como uma figura independente daquela prática abusiva. Consideramos, por isso, que este deve constituir um indício de abuso, no caso concreto (e noutros casos não, atendendo à interpretação da factualidade em apreço), sem, por si só, determinar o abuso. A ser assim, num segundo momento, cabe ainda saber se uma *holding* intermédia pode estar presente e invocar a Diretiva na qualidade de BE se tiver um poder limitado de gestão e de decisão relativamente aos dividendos à saída. Aceitando como ponto de partida que o conceito de BE surgiu pela primeira vez nos Comentários à Convenção Modelo da OCDE (CMOCDE) relativamente às disposições sobre dividendos — art. 10.º, n.º 2 — importará em futura investigação observar, num quadro de pluralismo jurídico, o possível contributo desta disposição legal para a interpretação do conceito de proibição de abuso no contexto das *holdings* à luz do atual Direito da União<sup>(46)</sup>; sem prejuízo de continuarmos o nosso percurso de indagação com a análise da cláusula geral antiabuso nos termos da secção seguinte.

### 2.2.2. A insuficiente *Targeted Anti-Abuse Rule* (TAAR) e a necessária *General Anti-Abuse Rule* (GAAR)

Pela investigação que temos vindo a realizar pudemos verificar que o art. 1.º, n.º 2, da Diretiva já previa não só a aplicação de normas nacionais como convencionais, com o objetivo de prevenir que uma *holding* interposta pudesse indevidamente invocar as normas da Diretiva, no sentido de obter o benefício da isenção da retenção na fonte dos dividendos distribuídos. Como também já continha cláusulas específicas para o evitar<sup>(47)</sup>.

A partir de agora deve-se sublinhar que para atingir aquele objetivo a Diretiva não só não impede a aplicação de cláusulas antiabuso nacionais e

---

<sup>(46)</sup> Tendo o TJUE considerado que o BE não é apenas um conceito de Direito Fiscal Internacional, mas também de Direito Europeu, a questão não deixará de ser merecedora de atenção em investigação ulterior cuja discussão por ora se remete para CHRISTIAN POIRET, *International — Beneficial Ownership: Concept, History and Perspective*, Vol. 56, n.º 7, 2016, pp. 274-283.

<sup>(47)</sup> Em linha com as recomendações desde há muito defendidas pela OCDE/BEPS, no sentido de, especificamente, fazer constar em qualquer convenção bilateral que tal convenção não proíbe a aplicação das regras nacionais antiabuso. O que poderá constituir um desafio para os tribunais, em face da crescente complexidade da economia digitalizada. Neste sentido, cf. EMER HUNT, *(Un)Fairness as an Irritant to the Legal System: The Case of Two Legislatures and More Multinational Enterprises, Tax Justice and Tax Law, Understanding Unfairness in Tax Systems*, Parte V, Cambridge, 2020, p. 156.

internacionais como permite expressamente, através do seu art. 1.º, n.º 4, com a redação dada pela Diretiva (UE) 2015/121, do Conselho, de 27.01.2015, a coexistência de um conjunto de regras preventivamente sobrepostas para combater o abuso fiscal.

Esta cláusula geral antiabuso (GAAR), embora mais abrangente do que as disposições analisadas anteriormente, está direcionada apenas para o objeto da Diretiva (TAAR), isto é, só é aplicável no âmbito da Diretiva, assumindo-se como uma “norma mínima” que pretende assegurar a sua interpretação coerente e harmonizada<sup>(48)</sup> tendente a prevenir, designadamente, a criação de uma *holding* num EM da UE para beneficiar de forma indevida da atenuação ou isenção de tributação ao abrigo da Diretiva<sup>(49)</sup>. Procura-se concretizar tal prevenção através da aplicação cumulativa de quatro requisitos previstos no seu art. 1.º, n.º 2, no sentido em que os EM da União não devem conceder os benefícios da Diretiva (primeiro requisito): “a uma montagem”, que pode ser constituída por mais do que uma etapa ou parte, “ou série de montagens”; (segundo requisito): “que, tendo sido posta em prática com a finalidade principal ou uma das finalidades principais de obter uma vantagem fiscal”; (terceiro requisito): “que fruste o objeto ou a finalidade da presente diretiva”; e (quarto requisito): “que não seja genuína tendo em conta todos os factos e circunstâncias relevantes”.

Para efeitos daquele n.º 2, considera-se no n.º 3 “que uma montagem ou série de montagens não é genuína na medida em que não seja posta em prática por razões comerciais válidas que reflitam a realidade económica”. Assim, nos termos do mencionado art. 1.º, n.º 2, ocorre uma prática abusiva se através de uma *holding* interposta se contruiu uma montagem (ou uma série de montagens) com a finalidade principal (ou uma das finalidades principais), de obter uma vantagem fiscal que fruste o objeto da Diretiva e que não seja genuína — por não ter sido posta em prática por razões comerciais válidas que reflitam a realidade

---

(48) Cf. ANA PAULA DOURADO, *Lições de Direito Fiscal Europeu ... cit.*, p. 163; neste sentido ver os acórdãos do TJUE, 17/7/1997, *Leur-Bloem*, C-28/95, § 41; TJUE, *Lankhorst-Hohorst*, § 37.

(49) Cf. ANA PAULA DOURADO, *Aggressive Tax Planning in EU Law and in light of BEPS — The EC Recommendation on Aggressive Tax Planning and BEPS Actions 2 and 6*, *Intertax*, 1, 2015, pp.42-57; *The EU Anti-Tax Avoidance Package: Moving Ahead of BEPS? Intertax*, 6/7, 2016, pp. 440-446; PASQUALE PISTONE, *Avoidance and Aggressive Tax Planning under BEPS in light of EU Law*, 7TH GREIT LISBON SUMMER COURSE ON TAX EVASION, TAX AVOIDANCE & AGGRESSIVE TAX PLANNING, *Intertax*, 2, 2016, pp. 88-89; STEF VAN WEEGHEL, *BEPS in the EU and the New EU GAAR- Realigning Taxation and Substance: The New EU GAAR in the Parent-Subsidiary Directive*, 7TH GREIT LISBON SUMMER COURSE ON TAX EVASION, TAX AVOIDANCE & AGGRESSIVE TAX PLANNING, *Intertax*, 2, 2016, pp. 77-78.

económica — considerando todos os factos e circunstâncias relevantes<sup>(50)</sup>.

Acomodando nesta cláusula a jurisprudência do TJUE, deve-se acrescentar que as razões económicas válidas que venham a ser apresentadas pela *holding* para poder invocar as normas da Diretiva e beneficiar da isenção da retenção na fonte dos dividendos distribuídos não podem cingir-se a vantagens fiscais, na medida em que o benefício económico tem de exceder o benefício fiscal obtido<sup>(51)</sup>. Na verdade, apesar dos avanços e recuos na interpretação das liberdades fundamentais, o TJUE tem mantido o entendimento de que na criação e existência de uma *holding* interposta, para além das razões de ordem fiscal, também têm de estar presentes outras razões, designadamente, comerciais, financeiras ou económicas<sup>(52)</sup>.

Sendo certo que “[n]uma economia globalizada, a segurança jurídica e a justiça fiscal postulam coordenação fiscal na União Europeia (...) com o objetivo de atração de investimento”, que se pretende compaginável com uma “reação coordenada (...) através da definição de abuso fiscal e de medidas antiabuso” que permitam validar aquelas razões.

Todavia, em face da atual desmaterialização de ativos e a rapidez com que aquelas *holdings* interpostas aparecem e desaparecem no mercado global, a permissão concedida pela TAAR aos EM para prevenirem e lutarem contra as práticas abusivas mostrou-se insuficiente tornando-se necessária “uma formulação mais simples”<sup>(53)</sup> que proibisse a dupla não tributação<sup>(54)</sup> por via de uma cláusula geral antiabuso e em que o entendi-

<sup>(50)</sup> Cf. art. 1.º, n.º 2, da Diretiva (UE) 2015/121 do Conselho, de 27.01.2015; ANA PAULA DOURADO, *Direito Fiscal ... cit.*, p. 321.

<sup>(51)</sup> Cf. Acórdãos do TJUE de 17.07.1997, C-28/95, (*Leur-Bloem*) § 47; 12.09.2006, C-196/04, (*Cadbury Schweppes*) “expedientes puramente artificiais desprovidos de realidade económica” §§ 55 e 75 e de 10.11.2011, C-126/10, (*Foggia*) § 34; ANA PAULA DOURADO, *Direito Fiscal ... cit.*, p. 293. Neste sentido, e muito expressivamente, acórdãos citados n.º 32984-C e 33125-C de 18.03.2014 do *Cour Administrative* de Luxemburgo.

<sup>(52)</sup> Cf. Ac. TJUE, 17.07.1997, *Leur-Bloem*, C-28/95, § 47; TJUE, 09.03.1999, *Centros*, C-212/97 § 18 e § 27; Ac. TJUE, *Lankhorst-Hohorst*, § 37; *Conclusões do AG Poiares Maduro, Halifax*, § 89; Ac. TJUE, 10.11.2011, *Foggia*, C-126/10, § 34 e § 35; Ac. TJUE, 07.09.2017, *Eqiom*, C-6/16, § 26.

<sup>(53)</sup> ANA PAULA DOURADO, *Governança Fiscal, cit.*, p. 132. Sobre as possíveis alterações à Diretiva que poderiam contribuir para a sua aplicação mais simples cf. ALESSIO PERSIANI, *Case Law Note: Italian Supreme Court and the Parent-Subsidiary Directive: A Dark Tunnel with a Light at the End?* Intertax, 11, 2020, pp. 1053-1061.

<sup>(54)</sup> O art. 4.º, n.º 2 surge no contexto dos híbridos, já no quadro de influência do projeto BEPS, com a versão de 2014 da Diretiva, tendo em vista combater a dupla não tributação. Diz-nos esta cláusula que se o EM da sociedade-mãe escolher tributar a entidade transparente, num caso de distribuição de dividendos, em que houve no Estado da afiliada (*holding* interposta) uma tributação, então, o EM da sociedade-mãe tem que isentar ou creditar pelo imposto pago por parte da *holding*. Perguntar-se-á porque é que houve uma tributação? Porque se entende que a afiliada (*holding* interposta) tem per-

mento do que se possa considerar uma prática abusiva fosse interpretado “segundo o Direito Europeu e jurisprudência constante do TJUE”<sup>(55)</sup>. Ou seja, faltava a *general anti-abuse rule* (GAAR) prevista no art. 6.º da ATAD<sup>(56)</sup> e a sua fulcral contribuição para interpretarmos o sentido de uma prática abusiva conducente à recusa do benefício da isenção da retenção na fonte dos dividendos distribuídos. Veremos, na *infra* secção 3.2., como o seu contributo é importante.

### 3. O princípio geral de proibição de abuso no Direito Europeu

#### 3.1. O princípio geral de proibição de abuso nos *Danish cases*

Invocar as normas de Direito Europeu, mais concretamente da Diretiva sociedade mães/afiliadas, para poder beneficiar da isenção da retenção na fonte dos dividendos distribuídos implica respeitar um conjunto de critérios identificados pelo TJUE nos casos C-116/16 (*T Danmark*) e C-117/16 (*Y Denmark*), de 26.02.19, mais conhecidos por *Danish cases*.

Recordando sinteticamente a matéria de facto com relevância para o objeto em estudo, convirá começar por sublinhar que para beneficiar da vantagem daquela isenção o grupo societário interpunha uma *holding* entre a sociedade que distribuía os dividendos e a entidade que efetivamente os viria a dispor, preenchendo formalmente os requisitos exigidos pela Diretiva, sem, contudo, realizar o objetivo das suas disposições e sem apresentar uma fundamentação económica e comercial<sup>(57)</sup>.

---

sonalidade jurídica. Todavia, verifica-se a existência de uma entidade transparente; o sócio é transparente e, portanto, se é transparente, à partida, não se aplicaria a Diretiva. Mas, se o Estado da sociedade-mãe escolher tributar neste caso a sociedade transparente, atendendo ao que se passou no Estado da afiliada (*holding*), consideramos que deve aplicar a Diretiva em toda a extensão: creditando ou aplicando o regime de isenção. Deste modo, centrando as atenções no benefício da isenção da retenção na fonte dos dividendos distribuídos, verificamos (cf. *supra* secção 2.2.1.) no caso dos híbridos que a cláusula — não sendo uma cláusula antiabuso — não só evita a dupla tributação como, ao procurar fechar lacunas, evita também a dupla não tributação.

<sup>(55)</sup> *Ibidem*.

<sup>(56)</sup> Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho, de 12.07.2016 (*Anti Tax Avoidance Directive*).

<sup>(57)</sup> Cf. Ac. TJUE, 26.02.2019, C-116/16 (*T Danmark*) e C-117/16, (*Y Denmark*), visando sociedades *holdings* interpostas dinamarquesas que reclamavam isenções de retenção na fonte ao abrigo da Diretiva sobre dividendos pagos à sociedade-mãe situada na UE, que por sua vez os transfe-

O que levou o Tribunal a pronunciar-se sobre “o caráter puramente formal da estrutura do grupo de sociedades”<sup>(58)</sup> e sobre a *substância da holding*<sup>(59)</sup>, entendendo que a existência de uma sociedade interposta, com o único objetivo de beneficiar da vantagem fiscal, *sem justificação económica e comercial* é uma *montagem financeira proibida* de beneficiar daquela isenção em face do princípio geral de proibição de abuso de Direito Europeu<sup>(60)</sup>.

Para avaliar à luz daquele princípio se a *holding* está, ou não, a beneficiar das normas da Diretiva de forma abusiva o Tribunal faz referência aos indícios atendíveis<sup>(61)</sup>.

Num cenário em que as alíquotas efetivas de tributação são baixas<sup>(62)</sup> e em que o parqueamento de participações sociais ocorre num EM de reduzida tributação, o TJUE considera que “o facto de estar reunido um certo número de indícios pode demonstrar a existência de um abuso de direito, desde que esses indícios sejam objetivos e concordantes e haja a possibilidade de fazer prova do contrário”<sup>(63)</sup>.

Notamos, no entanto, que o Tribunal não é especialmente claro quanto à inserção destes indícios no conceito de abuso<sup>(64)</sup>.

Apesar de “não ser tarefa simples para o TJUE, já que nem todos os comportamentos [das *holdings*] tendentes à redução dos impostos devem estar sujeitos ao veredicto do abuso”<sup>(65)</sup>, o Tribunal acaba por afirmar que aqueles

ria para sociedades localizadas fora da UE e consideradas como BE. Sobre a noção de sociedade interposta enquanto formalmente proprietária do rendimento, mas que na prática apenas dispõe de poderes muito limitados, não podendo ser considerada BE, cf. § 91 daquela decisão.

<sup>(58)</sup> *Ibidem*, §§ 72 e 98.

<sup>(59)</sup> Cf. OLE STEEN SCHMIDT e NICLAS HOLST SONNE *Introduction of Withholding Tax on Dividends from Danish Conduit Companies*, *Tax Notes Today International and Tax Notes Today Global*, Vol. 71, n.º 3, 2013, pp. 270-271.

<sup>(60)</sup> Cf. PABLO A. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ-BARRELA, *Holding Companies and Leveraged Buyouts in the European Union Following BEPS: Beneficial Ownership, Abuse of Law, and the Single Taxation Principle (Danish ECJ Cases C-115/16, 116/16, 117/16, 118/16, 119/16 and 299/16)*, *European Taxation*, 59, 2019, p. 409; Ac. TJUE, 26.02.2019, C-116/16 (*T Denmark*) e C-117/16, (*Y Denmark*), §§ 70 a 72, 75, 79, 80 e 98.

<sup>(61)</sup> Neste sentido, cf. JASPER KORVING, L. C. VAN HULTEN *Case law note: Svig og Misbrug: The Danish Anti-Abuse Cases, Intertax*, 8/9, 2019, pp. 793-800. Sobre uma análise crítica das respostas antiabuso dadas pela UE, numa visão alargada à reforma tributária americana de dezembro de 2017, cf. ANA PAULA DOURADO, *The US Base Erosion and Anti-Abuse Tax, and the EU Responses*, *Intertax*, 4, 2018, pp. 266-267. Ac. TJUE, 26.02.2019, C-116/16 (*T Denmark*) e C-117/16, (*Y Denmark*), § 72.

<sup>(62)</sup> ADAM ŻALASINSKI, *The ECJ's Decisions in the Danish Beneficial Ownership Cases: Impact on the Reaction to Tax Avoidance in the European Union*, *International Tax Studies* n.º 4, 2019, p. 11.

<sup>(63)</sup> Ac. TJUE, 26.02.2019, C-116/16 (*T Denmark*), e C-117/16, (*Y Denmark*), §§ 99 e 114.

<sup>(64)</sup> Cf. LUC DE BROE e SAM GOMMERS, *Danish Dynamite: The 26 February 2019 CJEU Judgments in the Danish Beneficial Ownership Cases*, 2019, 06, *EC Tax Review*, p. 270.

<sup>(65)</sup> Cf. *Conclusões da A.G. KOKOTT* de 01.03.2018, C-115/16, § 4.

indícios existem quando as *holdings* procuram alcançar abusivamente uma vantagem através da *criação* dos requisitos exigidos para a sua obtenção<sup>(66)</sup>.

Afirmando o Tribunal que tal vantagem deve ser considerada abusiva — e por isso recusada — se for desprovida de qualquer justificação económica e comercial, fazendo-se a prova de tal abuso à luz daqueles indícios<sup>(67)</sup>.

No entanto, não elenca expressamente as condições a satisfazer para que se possa concluir que uma *holding* foi constituída por razões que consubstanciam a realidade económica e comercial.

Com efeito, o TJUE apenas declara que uma *holding* interposta cuja estrutura seja apenas formal e tenha como principal objetivo (ou como um dos principais objetivos) a obtenção de uma vantagem fiscal que contrarie o objeto ou finalidade do direito aplicável [no caso o art. 5.º da Diretiva] poderá ser considerada uma prática abusiva<sup>(68)</sup> se desprovida de justificação económica<sup>(69)</sup>.

Para proceder à sua aferição importa, desde logo, atender ao primeiro indício que, de acordo com o Tribunal, estará preenchido através de três condições cumulativas<sup>(70)</sup>: a transferência da totalidade (ou quase totalidade) dos dividendos (*i*); num prazo muito curto após terem sido recebidos (*ii*); para uma entidade que não preenche os requisitos de aplicação da Diretiva (*iii*)<sup>(71)</sup>.

A complementar este seu entendimento, o TJUE refere-se a um segundo indício que nos é dado pelo lucro tributável insignificante<sup>(72)</sup> da sociedade *holding* interposta que transfere os dividendos da sociedade devedora para o BE<sup>(73)</sup>.

O que nos leva a perguntar se a insignificância de tal lucro não deverá ser ponderada perante o tipo de atividade que a *holding* realiza. Será por apresentar um lucro diminuto que os seus atos ou negócios jurídicos são abusivos? Não será antes por ter um lucro desproporcional quando comparado com o tipo de operações que pratica?

O terceiro indício tem que ver com a inexistência de atividade económica da sociedade *holding*<sup>(74)</sup>. Constituem pressupostos para tal falta de

---

<sup>(66)</sup> Ac. TJUE, 26.02.2019, C-116/16, (*T Danmark*) e C-117/16, (*Y Denmark*), § 97.

<sup>(67)</sup> *Ibidem*, § 98.

<sup>(68)</sup> *Ibidem*, § 100.

<sup>(69)</sup> *Ibidem*, § 114.

<sup>(70)</sup> *Ibidem*, §§ 100 e 103.

<sup>(71)</sup> *Ibidem*, § 101.

<sup>(72)</sup> *Ibidem*, § 103.

<sup>(73)</sup> *Ibidem*, § 97.

<sup>(74)</sup> Cf. Ac. TJUE, 26.02.2019, C-116/16 (*T Danmark*) e C-117/16, (*Y Denmark*), § 104.

atividade: (i) ausência de gestão da sociedade; (ii) balanço contabilístico que evidencie uma ausência de ativos e passivos relevantes para a atividade; (iii) estrutura de custos e gastos quase inexistente, v.g. todos os custos serem suportados por outras sociedades do grupo; (iv) recursos humanos, instalações e equipamento não serem os adequados à atividade<sup>(75)</sup>.

O quarto indício apresentado pelo Tribunal refere-se aos contratos celebrados entre as sociedades envolvidas<sup>(76)</sup>, desde que tais formas contratuais utilizadas mostrem a impossibilidade de a sociedade interposta dispor do direito de utilizar os dividendos<sup>(77)</sup>, ainda que não exista a obrigação de os transmitir.

Por fim o Tribunal considera como quinto e último indício as coincidências ou proximidades temporais entre a entrada em vigor de uma nova legislação fiscal relevante e a tomada de decisão de operações financeiras no âmbito do grupo<sup>(78)</sup>.

Evitando que tais indícios de abuso se tornem num “teste de cheiro”<sup>(79)</sup> o Tribunal entende que a sua confirmação não substitui a prova do preenchimento das condições para o benefício da isenção, nem a requalificação dos atos ou negócios realizados pela *holding* em virtude de aplicação de norma antiabuso pela AT<sup>(80)</sup>. Sendo ainda de sublinhar que não é necessário que esta identifique o BE dos dividendos para demonstrar a existência de uma prática abusiva, porque, como também já referimos<sup>(81)</sup>, pode tal identificação não ser possível. Basta-lhe demonstrar que o BE é uma *holding* interposta por via da qual foi cometido o abuso<sup>(82)</sup>. Deste modo, e de acordo com o art. 10.º, n.º 2, da CMOCDE, o princípio geral de proibição

<sup>(75)</sup> *Ibidem* § 104; neste sentido Ac. TCAS 07.06.2018, relator Juiz Desembargador JORGE CORTÉS, 1367/10.8 BESNT, <www.dgsi.pt> (integral); v.g., “não pode a sociedade *holding* externalizar perdas e custos ocorridos nas sociedades do grupo”.

<sup>(76)</sup> *Ibidem* § 105. Ver, ainda, Ac. TCAN 11.03.2021, relatora Juíza Desembargadora MARGARIDA REIS, 01770/07.0BEVIS, <www.dgsi.pt> (integral), no sentido da necessária apreciação do clausulado dos contratos que titularam a operação ser consistente com a argumentação apresentada pela sociedade.

<sup>(77)</sup> *Ibidem* § 103.

<sup>(78)</sup> BROE e GOMMERS, *Danish Dynamite...*, cit., p. 272 e Ac. TJUE, 26.02.2019, C-116/16 (*T Denmark*) e C-117/16, (*Y Denmark*) § 106.

<sup>(79)</sup> SUSI BAERENTZEN, *Danish Cases on the Use of Holding Companies for Cross-Border Dividends, and Interest — A New Test to Disentangle Abuse from Real Economic Activity?* *World Tax Journal: WTJ*. 2020, p. 28.

<sup>(80)</sup> Cf. Ac. TJUE, 26.02.2019, C 116/16 (*T Denmark*) e C-117/16, (*Y Denmark*), §§ 116 e 117.

<sup>(81)</sup> Cf. *supra* ponto 2.1.2; neste sentido, ver na jurisprudência francesa a decisão do *Conseil d'Etat, 9ème-10ème chambres*, 05.06.2020, n.º 423809, (*Atlantique Négoce*), ao explicitar que a qualidade de BE dos dividendos deve ser considerada uma condição para beneficiar da isenção da retenção na fonte prevista no art. 5.º da Diretiva; não sendo de considerar a isenção se o BE dos dividendos for uma sociedade com residência fiscal fora da UE.

<sup>(82)</sup> Cf. Ac. TJUE, 26.02.2019, C 116/16 (*T Denmark*) e C-117/16, (*Y Denmark*), § 118.

de abuso de Direito Europeu passa a acompanhar o conceito de abuso pós-BEPS<sup>(83)</sup>.

Neste exercício de acompanhamento encontramos na intensificação da troca de informações a eventual viabilidade de um acordo internacional sobre a tributação dos dividendos à saída. Neste sentido, julgamos que a atuação da OCDE no âmbito do projeto BEPS e da UE no âmbito da cláusula geral antiabuso contida no art. 6.º da ATAD deveria ser (ainda mais) articulada e reforçada de modo a impedir a atuação ilegal das sociedades *holdings*. Considerando que os referidos indícios são suficientes para justificar medidas mais exigentes do que apenas as que resultam da prolação do acórdão do TJUE em *Danish cases*.

Importa, no entanto, notar que o Tribunal apesar de afirmar o princípio geral de proibição de abuso do Direito da União nos termos expostos, por enquanto, ainda não clarificou a relação entre o princípio e a cláusula geral antiabuso da ATAD. Ora, sendo exatamente este princípio que proíbe a *holding* de poder invocar (abusivamente) a Diretiva e sendo a cláusula um conjunto de critérios que nos dizem o que é o abuso, então, impõe-se que o nosso percurso de indagação, sobre se as *holdings* ainda são compatíveis, ou não, com o Direito Europeu, tenha passagem obrigatória pela secção seguinte.

### 3.2. Da relação entre o princípio geral de proibição de abuso e a cláusula geral antiabuso do art. 6.º da ATAD

O art. 6.º da Diretiva Antiabuso — Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho, de 12.07.2016, *Anti Tax Avoidance Directive* — contém uma cláusula geral antiabuso setorial<sup>(84)</sup> cuja aplicação, tendencialmente uniforme nos vários EM bem como nas suas relações com terceiros Estados, procura colmatar a insuficiência da TAAR e dos instrumentos interpretativos bem como a inexistência de certas cláusulas específicas antiabuso no ordenamento jurídico de qualquer EM. Pretendendo-se que o seu âmbito de aplicação e os resultados que possa atingir não se diferenciem entre situações internas e transfronteiriças.

---

<sup>(83)</sup> CARLOS PALAO TABOADA, *OECD Base Erosion and Profit Shifting Action 6: The General Anti-Abuse Rule*, *Bulletin for International Taxation*, n.º 10, 2015, pp. 602-608.

<sup>(84)</sup> Significa dizer que se aplica ao imposto societário na UE.



Assim, tendo como escopo o imposto societário<sup>(85)</sup>, a partir da ATAD os EM passaram a estar obrigados a ter uma CGAA que, procurando complementar as regras antiabuso que analisámos anteriormente, tenta colmatar lacunas no quadro das práticas abusivas.

A atual cláusula contém os quatro elementos típicos das CGAA. Isto é, há abuso, com consequente recusa do benefício da isenção da retenção na fonte dos dividendos distribuídos, por aplicação do seu art. 6.º, se: existir uma vantagem fiscal (elemento resultado) — já referida na TAAR —, cuja obtenção constitui o principal ou um dos principais objetivos (elemento finalidade) — também já referida na Diretiva mães-afiliadas —, frustrando ou contrariando o objeto da ATAD (elemento normativo) — à semelhança do referido na TAAR —, mas, a partir de agora, através da utilização de uma montagem ou série de montagens que não sejam genuínas, na medida em que não sejam postas em prática por razões comerciais válidas que reflitam a realidade económica, tendo em conta todos os factos e circunstâncias relevantes (elemento meio)<sup>(86)</sup>. Ou seja, estamos perante uma formulação diferente daquela que foi afirmada anteriormente em *Cadbury Schweppes* quando o Tribunal, através da análise das “instalações, de pessoal e de equipamentos”, considerou que haveria abuso se existisse um “esquema puramente artificial”, considerando-o como sendo “esquema não genuíno” (v.g., se a *holding* se resumisse a uma caixa postal)<sup>(87)</sup>.

Aqui, na ATAD o legislador preocupado com a questão da dupla não tributação e procurando implementar na UE as recomendações do BEPS, vem utilizar o conceito de *montagem não genuína*.

Compreende-se que o tenha feito considerando que aquela indeterminação legal em *Cadbury Schweppes* se encontrava desatualizada à luz do BEPS, por dificultar a averiguação de uma prática abusiva de uma *holding* que criasse os requisitos exigidos para beneficiar da isenção da retenção na fonte, respeitando-os formalmente, mas sem justificação comercial a aferir no contexto de uma economia, muito móvel, digitalizada, assente fundamentalmente no valor dos intangíveis, conforme fizemos referência.

Ainda assim, aceitando-se como tendo sido essa a intenção do legislador da ATAD importa observar que talvez não o tivesse conseguido plena-

<sup>(85)</sup> Cf. o considerando (4) onde se refere que “não é desejável alargar o âmbito de aplicação da presente diretiva a tipos de entidades que não sejam sujeitos a imposto sobre as sociedades num Estado-Membro”. Cf., também, o art. 1.º que restringe o âmbito aos contribuintes sujeitos a imposto sobre sociedades num dos EM da UE. Desta forma a Diretiva determina expressamente que não se aplica às normas de imposto societário, mas sim aos sujeitos passivos sobre os quais incida o imposto.

<sup>(86)</sup> Cf. art. 6.º, n.º 1, da Diretiva.

<sup>(87)</sup> Ac. TJUE, 12.09.2006, C-196/04, § 67 (*Cadbury Schweppes*).

mente, porquanto, estamos em crer, bastaria à sociedade *holding*, apoiada em *Cadbury Schweppes*, mas à luz do BEPS, argumentar ser beneficiária da isenção na medida em que a sua caixa postal assenta na possibilidade de exercício de uma liberdade fundamental, ainda que motivada por razões fiscais, verificando-se a realização de uma *atividade comercial genuína* ou *esquema genuíno*, por não ser um esquema artificial<sup>(88)</sup>.

Trata-se na verdade de uma questão literal com repercussões na definição de “não genuinidade” que poderá vir a ser considerada em futuras decisões do TJUE e, de certo modo, levar ao aperfeiçoamento da sua jurisprudência, em face da interpretação de uma montagem não ser “genuína na medida em que não seja posta em prática por razões comerciais válidas que reflitam a realidade económica”<sup>(89)</sup>.

O que nos leva a indagar se tal conceito de razões comerciais válidas não poderá constituir no caso em análise “um critério aferidor da finalidade do Direito Europeu (o critério que concretiza o elemento normativo)”<sup>(90)</sup>, na averiguação do abuso em certa transação ou operação por parte da *holding*<sup>(91)</sup>. Tendo presente que na constante tensão entre a motivação fiscal da sociedade e a substância económica da operação quer o TJUE quer os tribunais nacionais inserem o conceito de razões económicas válidas no preenchimento do elemento normativo.

De resto, a cláusula geral antiabuso quando foi proposta já procurava refletir os requisitos de práticas abusivas interpretados até então pelo Tribunal<sup>(92)</sup>, tendo este referido expressamente que mais do que procurar uma

<sup>(88)</sup> Cf. ANA PAULA DOURADO, *Governança Fiscal ... cit.*, p. 130: “(...) não são genuínos os esquemas que, ponderados todos os factos e circunstâncias, tenham sido adotados com o objetivo principal, ou um dos objetivos principais, de obter uma vantagem fiscal contrária ao objeto e finalidade da lei fiscal aplicável”.

<sup>(89)</sup> Cf. art. 6.º, n.ºs 2 e 3, da Diretiva. Neste sentido, por contraponto com o Ac. TJUE de 29.03.2007, (*Rewe Zentralfinanz eG. v. Finanzamt Köln-Mitte*), C-347/04, §§ 71-72 e Ac. TJUE de 05.07.2007, C-321/05, (*Kofoed*) § 38 e, ainda, DENNIS WEBBER, *The New Common Minimum Anti-Abuse Rule in the EU Parent-Subsidiary Directive: Background, Impact, Applicability, Purpose and Effect*, *Intertax*, n.º 2, 2016, pp. 103-104, cf. a formulação declarada pelo TJUE, 26.02.2019, C 116/16 (*T Denmark*) e C-117/16, (*Y Denmark*), ponto 3 da decisão: “sociedades interpostas sem justificação económica com carácter puramente formal da montagem financeira”.

<sup>(90)</sup> Cf. ANA PAULA DOURADO, *Governança Fiscal... cit.*, p. 315.

<sup>(91)</sup> Ver, a este propósito, as repercussões da ATAD no mercado único, tendo em consideração as liberdades fundamentais, cf. GIANLUIGI BIZIOLI, *Taking EU Fundamental Freedoms Seriously: Does the Anti-Tax Avoidance Directive Take Precedence over the Single Market? EC tax review*, Vol. 26, n.º 3, 2017, pp. 167-175; sobre o impacto da implementação do art. 6.º da ATAD na legislação fiscal luxemburguesa, KATERINA PANTAZATOU, *Critical Review of the ATAD Implementation. The Implementation of the ATAD in Luxembourg*, *Intertax*, 1, 2022, pp. 59-60.

<sup>(92)</sup> Cf. *Proposta da Comissão de 28.01.2016 sobre regras contra práticas que afetem diretamente o funcionamento do mercado interno*, COM (2016) 26 final, pp. 9-10.

vantagem fiscal importava demonstrar a existência de tais razões económicas válidas<sup>(93)</sup>.

O que nos impele a indagar, à luz do art. 6.º da ATAD, se não obstante a *holding* ser dotada de ativos, riscos e funções — com instalações, pessoal, capital e demais meios —, possuir substância económica e realizar uma atividade real, se a sua escolha para residir num EM, em preterição de outro, tiver sido fundamentada apenas em razões de poupança fiscal poderá tal escolha constituir uma prática abusiva?

A questão implica que se estabeleça a relação com o princípio geral de proibição de abuso, na medida em que do percurso de indagação e de análise crítica possam resultar contributos para a resposta.

Os atos ou negócios praticados por uma sociedade *holding* que preencham formalmente os requisitos para beneficiar da Diretiva sem que se realizem os objetivos que esta visa prosseguir são entendidos pelo TJUE como abusivos<sup>(94)</sup>. Nessa situação, mesmo que inexistam ou não sejam aplicáveis ao caso concreto disposições nacionais ou convencionais anti-abuso, deve prevalecer aquele princípio e os benéficos devem ser recusados<sup>(95)</sup>. É precisamente tal princípio que está refletido no art. 6.º da ATAD, motivo pelo qual consideramos que a cláusula geral antiabuso poderá ser integrada no princípio geral de proibição de abuso de Direito Europeu, devendo ser interpretada à luz deste princípio geral<sup>(96)</sup>.

Porém, ainda que se considere o art. 6.º da ATAD como expressão do princípio geral de abuso, pode questionar-se a permissão dada ao EM de invocar contra a *holding* disposições de uma Diretiva — que eventualmente poderá até não estar transposta, ou corretamente transposta —, para lhe negar benefícios, que perante jurisprudência anterior seriam concedidos em virtude de ausência legislativa que o proibisse?

Com efeito, uma Diretiva necessita de ser transposta para a ordem jurídica interna para que seja considerada vigente e tenha eficácia. Neste sentido, lembremo-nos que anteriormente — em *Kofoed* — o TJUE defendia a necessidade de uma disposição interna que traspusesse a Diretiva

<sup>(93)</sup> Ac. TJUE, 17.07.1997, *Leur-Bloem*, C-28/95, § 47 e 10.11.2011, *Foggia*, C-126/10, § 34.

<sup>(94)</sup> *Ibidem*, § 3 da decisão.

<sup>(95)</sup> Cf. Ac. TJUE, 26.02.2019, C 116/16 (*T Danmark*) e C-117/16, (*Y Danmark*), §§ 72, 76, 83, 88 e 89.

<sup>(96)</sup> ANA PAULA DOURADO, *Direito Fiscal...*, cit., p. 317; WOLFGANG SCHOEN, *The Concept of Abuse of Law in European Taxation: A Methodological and Constitutional Perspective*, Munique, 2019, pp. 6-22, defendendo o autor o reconhecimento de um conceito de abuso ao nível do direito secundário da UE, sem alterar a hierarquia das normas do direito europeu e a relação entre o direito da UE e a legislação nacional.

para que esta fosse invocada contra uma *holding* perante a existência de abuso<sup>(97)</sup>.

Assim, de modo a respeitar o efeito direto das Diretivas evitando que a cláusula geral antiabuso o possa reverter<sup>(98)</sup>, salvaguardando a tutela jurisdicional efetiva das *holdings* e uma interpretação uniforme do (ainda em construção) princípio geral de proibição de abuso, importará que os EM, através do mecanismo das questões prejudiciais<sup>(99)</sup>, solicitem ao Tribunal que clarifique o significado e os limites do referido princípio, no quadro do pluralismo jurídico a concretizar no âmbito da atual relação de diálogo entre o TJUE e os tribunais nacionais.

Perante as linhas orientadoras de que se dispõe atualmente em face da jurisprudência do Tribunal nos *Danish cases*, coloca-se a questão de interpretar à luz do princípio geral a relevância da cláusula geral antiabuso, considerando que o princípio prevalece independentemente da adoção de normas internas, e obriga os EM a recusar o benefício da isenção quando a *holding* tenha adotado um ato ou negócio que, enquanto *montagem financeira sem justificação económica*, frustra os objetivos da Diretiva<sup>(100)</sup>.

(97) Cf. Ac. TJUE, 05.07.2007, C-321/05, (*Kofoed*) §§ 40-44, no sentido em que “um Estado-Membro não pode opor aos particulares uma disposição de uma diretiva que ele próprio não traspôs, na medida em que, nos termos da jurisprudência constante, uma diretiva não pode, por si só, criar obrigações para um particular e não pode, portanto, ser invocada, enquanto tal contra ele”; *Conclusões da AG* § 99.

(98) Ver ADOLFO MARTÍN JIMÉNEZ, *Towards a Homogeneous Theory of Abuse in EU (Direct) Tax Law*, *Bulletin for International Taxation*, n.ºs 4-5, Amesterdão, 2012, p. 288.

(99) Ver art. 267.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) e a obrigação de reenvio prejudicial, Ac. TJUE 06.10.1982, C-283/81 (*Cilfit*).

(100) Ver, neste sentido, as decisões dos tribunais nacionais nas quais se aplica o raciocínio dos casos dinamarqueses, v.g. Cassação italiana: sentença n.º 17746, 22.06.2021, onde a *Corte Suprema di Cassazione* afirma à luz do princípio geral de proibição de abuso que o BE é aquele que tem a real disponibilidade dos dividendos, isto é, numa perspetiva jurídica, mas também económica, dispõe efetivamente do rendimento. Não pode ser qualificado como BE uma *holding* que não tem o direito de usufruir dos fluxos financeiros que se apresentam limitados por uma obrigação contratual de imediata transferência a terceiros. Também na sentença n.º 14756, de 10.07.2020, a *Corte Suprema di Cassazione* decidiu que uma *holding* que se limite a deter ações sem exercer qualquer atividade substancial e que num curto espaço de tempo após o recebimento dos dividendos procede à sua transferência para uma terceira sociedade (que pode ser, ou não, o beneficiário final), não cumpre os requisitos de aplicação da Diretiva, sendo uma *holding* proibida. Neste sentido, na sentença n.º 24287, 30.09.2019, a *Corte Suprema di Cassazione* já tinha considerado que uma *holding* interposta proibida é aquela que intervém formalmente nas relações entre quem distribui os dividendos e o seu BE sendo um mero canal de transferência do rendimento. A sua constituição não é sustentada por razões económicas válidas, mas sim por razões que se circunscrevem à vantagem fiscal de diminuir ou isentar a respetiva tributação. Também na sentença n.º 32840, 19.12.2018, a *Corte Suprema di Cassazione* afirmou que a mera referência a elementos operacionais tais como: fracos recursos, falta de funcionários, margem de lucro muito modesta ou uma estrutura organizacional desadequada não é suficiente para fazer da *hol-*

Nesta perspectiva, poder-se-á questionar a aplicação da cláusula anti-abuso? Na medida em que pela imposição do princípio geral os benefícios da Diretiva seriam sempre recusados, perante uma montagem financeira levada a efeito por uma *holding* interposta na estrutura do grupo com carácter puramente formal, sem justificação económica? Seria, assim, dispensável a aplicação do regime da ATAD?

Vejam os. Consideramos que embora o princípio geral de proibição de abuso e o art. 6.º da ATAD possam interagir de diversos modos, existe uma relação hierárquica entre eles que deriva da ordem constitucional da União. O que nos leva a pensar se decorrerá da jurisprudência do TJUE uma certa recusa do Tribunal em fiscalizar a legalidade do art. 6.º da ATAD à luz do princípio geral de proibição de abuso, evitando fazer cumprir a hierarquia entre os dois<sup>(101)</sup>.

Entendemos que mesmo sem abordar diretamente um possível conflito entre o princípio e a cláusula, o Tribunal poderá sempre reforçar a fiscalização efetiva da legalidade do art. 6.º da Diretiva Antiabuso. Na medida em que é através desta cláusula-geral que o grau de harmonização tenderá a aumentar num quadro em que as medidas de harmonização por meio da aplicação do princípio geral de proibição do abuso, como vimos, vão além do seu âmbito tradicional.

Acresce que, a indeterminação do art. 6.º da ATAD levanta a questão da interpretação que lhe vem sendo dada pelos tribunais nacionais. Importa que estes controlem a verificação dos seus pressupostos — sobretudo nos *casos difíceis* insíto a uma economia digitalizada, que começam agora a ser discutidos<sup>(102)</sup> à luz do princípio geral de proibição do abuso, na procura da *justa* distribuição dos encargos tributários.

*ding* um “canale di transito” dos dividendos, devendo valorizar-se igualmente a autonomia de organização e gestão da *holding*. Neste sentido cf., ainda, ROBERT DANON, DANIEL GUTMANN, MARGRIET LUKKIEN, GUGLIELMO MAISTO, ADOLFO MARTÍN JIMÉNEZ e BENJAMIN MALEK, *The Prohibition of Abuse of Rights After the ECJ Danish Cases, Intertax*, 6 e 7, 2021, pp. 485-487.

<sup>(101)</sup> RITA SZUDOCZKY, *The Sources of EU Law, and their Relationships: Lessons for the Field of Taxation, Doctoral series*, IBFD, 2014, pp. 97-107.

<sup>(102)</sup> Ver, v.g., de entre a jurisprudência francesa a decisão do *Cour Administrative d’Appel de Versailles*, 27.05.2021, 3.ª *chambre*, n.º 19VE00090 (*Alphatrad*) onde se entendeu que a *holding* tem que exercer uma atividade real e não se limitar a efetuar um contrato de tesouraria entre duas sociedades que, por ser insuficiente, não constitui uma justificação económica. No mesmo sentido se têm vindo a pronunciar os tribunais suíços, cf., por todas, a decisão 2C-354-2018 do *Bundesgericht/Tribunal fédérale*, (*Federal Supreme Court*), 20.04.2020. Ver, ainda, em sentido idêntico, Ac. STA, 03-06-2020, relatora Juíza Desembargadora SUZANA TAVARES SILVA, 0401/13.4BEVIS 0444/18, <www.dgsi.pt> (integral); onde se exige a participação ativa na gestão e concessão de crédito, não podendo [essas atividades] ser classificadas como meramente acessórias. Sobre a noção de casos difíceis, que não cabem no núcleo da disposição legal, v. ANA PAULA DOURADO, *Princípio da Legalidade... cit.*, p. 373.

Convém não esquecer que o princípio da legalidade fiscal, como princípio estruturante de uma União de Direito, assegura o princípio geral da igualdade exigindo uma tributação baseada na capacidade contributiva das sociedades, tributando-se igualmente o que é igual e desigualmente o que é desigual, na medida dessa desigualdade. Quando certa *holding* com determinada capacidade económica contorna as normas da Diretiva está a onerar as demais *holdings* de idêntica capacidade contributiva, numa clara afronta ao princípio da igualdade, que o princípio geral de proibição de abuso procura evitar.

Por este motivo, consideramos que o princípio geral de proibição de abuso não carece de expressa consagração no texto do TFUE, pois decorre do princípio geral da igualdade.

Neste quadro de explanação da prevalência do princípio geral de proibição de abuso, justificamos uma *holding* incompatível com o Direito Europeu através de uma prática que desprovida de justificação económica — apesar de respeitar formalmente as cláusulas da Diretiva — ofende aquele princípio geral, tornando-o na solução para garantir a supremacia do Direito da União sobre as dificuldades do legislador europeu em prever toda a complexa criação abusiva de *montagens financeiras*<sup>(103)</sup>.

A manifestação do princípio geral de proibição de abuso consistirá, assim, em fazer prevalecer a racionalidade económica da montagem, sobre a forma abusivamente utilizada para beneficiar da isenção da retenção na fonte dos dividendos distribuídos<sup>(104)</sup>.

Deste modo, respondendo à questão levantada, não obstante a *holding* concretizar uma atividade real se a sua escolha por um EM, em preterição de outro, tiver sido fundamentada apenas por razões de poupança fiscal a mesma poderá ser proibida. Bastará que tenha sido utilizada uma montagem sem justificação económica ou sem razões económicas válidas para justificar tal escolha. Por ser assim, à luz do princípio geral de proibição do abuso a referida escolha não seria admitida e, consequentemente, não se produziria a vantagem fiscal pretendida, de acordo com a interpretação que fizemos dos indícios de abuso apontados pelo TJUE.

Refira-se, ainda, em face designadamente das atuais dificuldades de aplicação da cláusula geral antiabuso contida no art. 6.º da ATAD no âmbito da economia digitalizada, que a celebração de um acordo internacional sobre a tributação dos dividendos à saída poderia contribuir para a

---

<sup>(103)</sup> Cf. Ac. TJUE, 26.02.2019, C-116/16 (*T Danmark*) e C-117/16, (*Y Denmark*), § 118.

<sup>(104)</sup> Cf. Ac. TJUE, 26.02.2019, C-116/16 (*T Danmark*) e C-117/16, (*Y Denmark*), ponto 3 da decisão.

aplicação eficaz do princípio geral de proibição de abuso e intensificaria a monitorização de resultados da troca de informações entre as várias Administrações Tributárias, tendente a uma maior transparência, de modo a evitar o abuso fiscal com utilização de *holdings* interpostas.

Sendo certo que se não lhes é permitido “beneficiar da isenção da retenção na fonte (...), perante uma prática abusiva”<sup>(105)</sup>, também não deverá ser permitida uma errada interpretação do princípio, quer por parte da AT quer por parte dos tribunais, que possa dar lugar a intoleráveis violações da liberdade societária, de acordo com as legislações e práticas nacionais conformes ao Direito Europeu<sup>(106)</sup>.

Caberá, assim, ao Tribunal a última palavra para aferir, no caso concreto, se o art. 6.º da ATAD (e a sua interpretação) reflete as razões em que se deveria ter baseado de modo a atingir os *casos típicos*<sup>(107)</sup>, sob pena de se colocar em causa a segurança jurídica, com desrespeito pelo substrato económico efectivo da montagem financeira da *holding* interposta entre a sociedade-mãe e outras sociedades do grupo, como discutiremos a seguir.

## 4. As *holdings*, as montagens não genuínas e as razões económicas válidas nos dividendos à saída

### 4.1. As montagens não genuínas e a fundamentação económica

Depois de se observar como é que as *holdings* podem estar presentes em face das liberdades fundamentais e após termos procedido à necessária análise do art. 6.º da ATAD, para se estabelecer a relação e comparativamente se compreender os avanços resultantes da aplicação do princípio geral de proibição de abuso, desenvolvido pelo TJUE nos *Danish cases*, estamos agora em condições de discutir a justificação económica e comer-

---

<sup>(105)</sup> Ac. TJUE, 26.02.2019, C 116/16 (*T Danmark*) e C-117/16, (*Y Denmark*), ponto 2 da decisão.

<sup>(106)</sup> Cf. arts. 16.º e 20.º da *Carta dos Direitos Fundamentais da UE (2016/C 202/02)*, *Jornal Oficial da União Europeia*, 07.06.2016, p. C 202/397; neste sentido já se pronunciaram os tribunais nacionais, v.g., os tribunais espanhóis, ver decisões do *Tribunal Económico Administrativo Central*, 08.10.2019, rec. 185-2017 e rec. 2188-2017.

<sup>(107)</sup> De modo “a atingir a igualdade substancial, no sentido em que a ligação permanente ao tipo, por quem aplica a lei (o vai-vem entre a norma e o tipo), permite ponderar os casos individuais”, ver ANA PAULA DOURADO, *O princípio da legalidade fiscal ...*, cit., p. 562.

cial exigida às *holdings* para que a sua constituição e atividade não assumam um caráter puramente formal considerado pelo Tribunal como prática abusiva, impeditiva de invocação do Direito da União<sup>(108)</sup>. Princípio na base do qual a isenção de retenção na fonte dos dividendos distribuídos por uma *holding* à sua sociedade-mãe, prevista no art. 5.º da Diretiva, deve ser recusada, ainda que perante tal prática abusiva não existam disposições de “direito nacional ou convencional que prevejam essa recusa”<sup>(109)</sup>.

Como vimos, a demonstração dessa prática abusiva faz-se através de um conjunto de *indícios objetivos e concordantes* dos quais se retira que apesar de a *holding* ter respeitado formalmente as condições previstas nas disposições de Direito Europeu o fim prosseguido por essas disposições não foi atingido. O que foi alcançado foi uma vantagem para a *holding* resultante da aplicação dessas disposições através da *criação*<sup>(110)</sup> abusiva dos requisitos exigidos para a sua obtenção.

Podem constituir tais prenúncios a existência de uma *holding* interposta entre a sociedade-mãe e outras sociedades do grupo sem justificação económica e comercial, que através de uma montagem financeira assumam caráter puramente formal na estrutura societária.

A indagação se uma determinada prática levada a efeito pela *holding* através dos dividendos à saída consubstancia tal montagem faz-se, por um lado, através de aplicação de cláusulas antiabuso, de que constitui exemplo, precisamente, o teste das razões económicas válidas, interpretado como um critério de atuação das *holdings* que dá poderes à AT para efetuar a tributação nos casos em que esta abusivamente não existiria, ou seria reduzida.

Por outro lado, aperfeiçoando e remetendo para a sua jurisprudência, a aproximação que o TJUE faz ao conceito é maioritariamente negativa, isto é, vai determinando o que não são razões económicas válidas atendendo ao objeto ou finalidade das disposições fiscais aplicadas caso a caso. O Tribunal não é, no entanto, suficientemente claro na aferição da finalidade de uma dada prática por parte da *holding* de modo a reconhecer,

---

<sup>(108)</sup> Ac. TJUE, 26.02.2019, C 116/16 (*T Danmark*) e C-117/16, (*Y Denmark*), § 98. Neste sentido ver, ainda, a decisão do *Hoge Raad*, n.º 18-00219, 10.01.2020, onde o Supremo Tribunal da Holanda afirma que uma *holding* pobre em recursos que exerce apenas atividades coadjuvantes e administrativas é uma *holding* sem substância e sem atividade económica, cujo objetivo principal, ou um dos objetivos principais, é evitar a cobrança do imposto.

<sup>(109)</sup> Ac. TJUE, 26.02.2019, C 116/16 (*T Danmark*) e C-117/16, (*Y Denmark*), ponto 2 da decisão.

<sup>(110)</sup> *Ibidem*, ponto 3 da decisão.



a partir dela, um indício de prática abusiva. É certo que sempre se poderá contar com o teor da ATAD, que neste ponto é idêntico ao que resulta da atual CMOCDE, mas coloca-se a questão de saber: qual o critério de distinção entre as finalidades principais e as não-principais?

Ao contrário da CMOCDE, cujos comentários esclarecem em que medida deve uma finalidade ser considerada principal, a ATAD é omissa relativamente a essa análise. Convirá, no entanto, lembrar a Recomendação da Comissão<sup>(111)</sup>, de 06.12.2012, que ao fazer alusão à regra geral anti-abuso refere que a finalidade imputada à montagem é considerada principal ou essencial se não for “negligenciável, tendo em consideração todas as circunstâncias da situação”. Admitindo que esta formulação possa ser mais abrangente na qualificação de práticas abusivas, poderá questionar-se se este requisito não virá no futuro a contribuir para a obrigatoriedade de a *holding* estreitar a zona cinzenta do seu planeamento fiscal<sup>(112)</sup>.

Não obstante, o TJUE mantém a afirmação<sup>(113)</sup> de que “não se pode censurar o grupo por ter optado por uma estrutura em vez de fazer um pagamento direto dos dividendos”<sup>(114)</sup>. Tal como a cláusula geral anti-abuso contida no art. 6.º da ATAD não pretende eliminar as oportunidades de as *holdings* invocarem as normas do direito da União para através daquela estrutura beneficiarem da isenção da retenção na fonte dos dividendos distribuídos. Contudo, sublinhe-se, desde que as sociedades interpostas não assumam um carácter puramente formal na referida estrutura do grupo, mas antes concretizem uma montagem financeira com justificação económica e comercial<sup>(115)</sup>. É perante este objetivo que entendemos ser possível interpretar aquela disposição, no sentido de a atividade da *holding* dever ser qualificada como abusiva à luz do princípio geral de proibi-

---

(111) Ver *Recomendação da Comissão (2012/772/UE)*, 06.12.2012, JOUE, L 338/42, pontos 4., 4.2. e 4.6. A defenderem o preenchimento do requisito *sole or predominant purpose* à luz dos objetivos tratados na *supra* secção 2.3. referentes ao art. 6.º da ATAD, cf., ainda, entre outros, ROBERT DANON, DANIEL GUTMANN, MARGRIET LUKKIEN, GUGLIELMO MAISTO, ADOLFO MARTÍN JIMÉNEZ e BENJAMIN MALEK, *The Prohibition of ...*, *cit.*, pp. 482-516.

(112) A que nos referimos na *supra* secção 1.2.

(113) Ac. TJUE, 07.09.2017, C-6/16 (*Eqiom e Enka*), e 20.12.2017, C-504/16 e C-613/16 (*Deister Holding e Juhler Holding*).

(114) Cf. Ac. TJUE, 26.02.2019, C 116/16 (*T Danmark*) e C-117/16, (*Y Denmark*), § 110.

(115) Ver, neste sentido, SATURNINA MORENO GONZÁLEZ, *Critical Review of the ATAD Implementation: Implementation of the EU ATAD in Spain: Outstanding Issues of a Partial Transposition, Intertax*, 12, 2021, pp. 995-997. Neste sentido, já se pronunciaram os tribunais belgas, v.g., o Tribunal de Recurso de Ghent, n.º 25264, 01.12.2020, ao aplicar o princípio geral de proibição de abuso defendeu uma interpretação ampla de abuso com prevalência da substância sobre a forma, afirmando que faltava substância à atividade da *holding* quando na sua forma de atuação predominavam razões de natureza fiscal conducentes apenas à isenção da retenção na fonte.

ção de abuso de Direito Europeu que fundamenta a CGAA perante uma montagem não genuína.

Nessa medida, ao instituir o requisito da *genuinidade* a ATAD estabelece que esta deve ser aferida “tendo em conta todos os factos e circunstâncias”<sup>(116)</sup>, sendo que uma montagem não será genuína “na medida em que não seja posta em prática por razões comerciais válidas que reflitam a realidade económica”. O conceito de *não-genuinidade* num primeiro momento não foi, como já vimos, adotado pelo TJUE, no entanto, se retomarmos o entendimento de que uma montagem é genuína se não for artificial<sup>(117)</sup>, então, talvez ambas as expressões possam ter idêntico alcance nas normas antiabuso. Será, nomeadamente, o que acontece “quando, através de uma *holding* interposta entre a sociedade que paga os dividendos e a sociedade do grupo que é beneficiária efetiva destes, é evitado o pagamento do imposto”<sup>(118)</sup> conforme se demonstrará através da análise do conceito de proibição de abuso na secção seguinte.

#### 4.2. As *holdings* e o conceito de proibição de abuso

O debate atual em torno das *holdings* e da proibição de abuso ao nível da isenção da retenção na fonte dos dividendos distribuídos foi relançado pela Comunicação da Comissão Europeia ao Parlamento Europeu e ao Conselho sobre a tributação das sociedades para o século XXI, publicada a 18.05.2021. Nela se procura alertar para a necessidade de se “proibir a utilização de *holdings* com uma presença substancial e atividade económica real mínima ou nula”<sup>(119)</sup>.

Tentando zelar pelo cumprimento das condições exigidas às sociedades *holdings*, de modo a contribuir para a sua presença do ponto de vista fiscal no âmbito europeu e internacional, a UE pretende reforçar as ações para combater *montagens não genuínas*, designadamente, com utilização

---

<sup>(116)</sup> Conforme vimos quando analisámos o seu art. 6.º, n.º 1, na *supra* secção 2.2.2. e secção 2.3.

<sup>(117)</sup> Com efeito, “um grupo de sociedades que não seja constituído por razões que reflitam a realidade económica, que tenha uma estrutura puramente formal e que tenha como principal objetivo ou como um dos seus principais objetivos a obtenção de uma vantagem fiscal que contrarie o objeto ou a finalidade do direito fiscal aplicável pode ser considerado uma *montagem artificial*”. Ac. TJUE, 26.02.2019, C 116/16 (*T Denmark*) e C-117/16, (*Y Denmark*), § 100.

<sup>(118)</sup> *Ibidem*.

<sup>(119)</sup> COM/2021/251 final.

abusiva de *empresas de fachada* para fins fiscais e sem qualquer fundamentação económica<sup>(120)</sup>.

Para o efeito, a CE considera que seria de exigir às *holdings* que divulgassem, à Administração Tributária do EM onde estão localizadas, todas as informações necessárias para se avaliar se têm presença substancial e atividade económica real<sup>(121)</sup>.

Em linha com o entendimento que até ao momento tem vindo a ser dado pelo TJUE sobre a proibição de abuso, a CE sugere que se tenha um especial cuidado em identificar no caso concreto, e à luz do Direito Europeu, se são os dividendos que estão isentos<sup>(122)</sup> de retenção na fonte ou se é a *holding* que está abusivamente a *escapar* à tributação. Se forem os dividendos, independentemente de qual seja a sua designação, importa aferir com rigor se a sociedade *holding* está, ou não, sujeita a imposto e preenche os demais requisitos referidos pelo TJUE<sup>(123)</sup>.

Assim, acompanhando a interpretação do Tribunal, se admitirmos que uma dada convenção bilateral, celebrada v.g. entre EM (Portugal) como estado da fonte dos dividendos e EM (Itália) enquanto estado de residência da sociedade-mãe, distribuir competência cumulativa, no sentido do EM (Portugal) poder tributar e o EM (Itália) também poder tributar (observando-se na legislação de ambos os EM que existe norma de incidência fazendo com que aquela competência seja exercida), então, a *holding*, em princípio, não está proibida de obter a isenção dos dividendos no EM (Portugal)<sup>(124)</sup>. Repare-se, no entanto, que quando os dividendos são distribuídos para o EM (Itália) a Diretiva determina que no EM (Portugal) não deve haver retenção na fonte e no EM onde está localizada a sociedade-mãe não devem ser tributados os dividendos obtidos no EM (Portu-

---

<sup>(120)</sup> *Ibidem*.

<sup>(121)</sup> *Ibidem*.

<sup>(122)</sup> Ver ALESSIO PERSIANI, *Case Law Note: Italian Supreme Court... cit.*, pp. 1053-1061 sobre quatro acórdãos do Supremo Tribunal italiano que negaram a isenção de retenção na fonte nos dividendos à saída através de uma interpretação restritiva da cláusula *sujeito a imposto* contida no art. 2.º, alínea (a) (iii) da Diretiva, por contraponto ao mais recentíssimo acórdão do mesmo Tribunal que “parece mudar a sua abordagem, esclarecendo que o regime de isenção da retenção na fonte dos dividendos se aplica mesmo nos casos em que a sociedade-mãe seja apenas tributável no seu Estado de residência, não sendo exigido que os dividendos recebidos pela sociedade-mãe sejam tributados nesse Estado”.

<sup>(123)</sup> Para análise dos requisitos, ver BEM J. M. TERRA e PETER J. WATTEL, *European Tax... cit.*, pp. 601-609.

<sup>(124)</sup> O EM (Itália) no caso não daria um crédito ao EM (Portugal) se equacionarmos neste exemplo que em Portugal não houve lugar a imposto à luz do Direito Europeu; a não ser que o EM (Itália), ao abrigo da convenção bilateral tenha de conceder um crédito fictício, apesar de os dividendos no EM (Portugal) estarem isentos (ou terem uma tributação reduzida).

gal). Não haverá, portanto, lugar a tributação, ainda que o EM (Itália) tenha de dar um crédito se este estiver previsto na convenção bilateral.

Mas, se a proibição de abuso impõe à *holding* ser sociedade de um EM, nele residir, estar sujeita a imposto societário e preencher os demais requisitos em todos os EM envolvidos, não se deve deixar de atender às frequentes situações triangulares em que um estabelecimento estável tem uma participação de pelo menos 10%. Esta questão é pertinente ao colocar sérias dúvidas quanto à proibição de retenção na fonte dos dividendos distribuídos, em face de montagens “criadas com o principal objetivo de reduzir a responsabilidade fiscal ou disfarçar a conduta imprópria do grupo ou das operações a que pertencem”<sup>(125)</sup>; convocando, por isso, a nossa particular atenção para a cláusula relativa ao estabelecimento estável contida no art. 2.º, al. b) da Diretiva.

Tendo em conta esta cláusula, entendemos que o Direito Europeu pretende colmatar uma lacuna do Direito Fiscal Internacional ao cobrir a seguinte situação triangular: (i) admitindo que a sociedade-mãe é residente no EM2 e que possui um estabelecimento estável no EM3; (ii) considerando que o estabelecimento estável, porque não tem personalidade jurídica, não reside no EM3, mas possui, no entanto, património próprio (ativo e passivo) e tem uma participação de pelo menos 10% na afiliada *holding* no EM1; (iii) ou seja, a participação na *holding* no EM1 está ligada materialmente ao ativo do estabelecimento estável<sup>(126)</sup>.

Na verdade, juridicamente a *holding* é uma afiliada da sociedade-mãe e na medida em que esta é detentora de personalidade jurídica os dividendos são distribuídos pela *holding* à sociedade-mãe. Porém, materialmente, os mesmos são distribuídos ao estabelecimento estável, por ser a entidade a quem pertence o ativo. Coloca-se, por isso, a questão de saber: qual a solução específica a adotar à luz do Direito Europeu, no sentido de garantir mais transparência e justiça no que se refere à tributação da *holding*<sup>(127)</sup>?

---

<sup>(125)</sup> Comunicação da Comissão ao Parlamento e ao Conselho, 18.05.2021, COM/2021/251 final.

<sup>(126)</sup> O nosso entendimento sobre o estabelecimento estável vai no sentido de o considerar como uma instalação fixa, situada num EM, através da qual a sociedade de outro EM desenvolve parte ou a totalidade da sua atividade, desde que os dividendos estejam submetidos a imposto no EM onde está situado, em conformidade com uma convenção ou normas internas. Significa dizer que os estabelecimentos estáveis estão cobertos pela Diretiva desde que submetidos a imposto; existindo uma recondução ao conceito de estabelecimento estável real, não pessoal, por correspondência ao art. 5.º, n.º 1, da Convenção Modelo da OCDE (e já não o estabelecimento estável através do agente pessoal, do art. 5.º, n.º 5, da Convenção Modelo que entendemos como não integrando esta definição da Diretiva).

<sup>(127)</sup> Ver, neste sentido, a Comunicação da Comissão ao Parlamento e ao Conselho, 18.05.2021, COM/2021/251 final.

Consideramos que, em princípio, a referida cláusula da Diretiva nos fornece a resposta ao determinar que o EM3 não deve provocar dupla tributação dos dividendos à saída da *holding* no EM1; ou seja, tem de dar um crédito ao estabelecimento estável ou isentar, consoante o método escolhido; o EM1 não deve reter na fonte o imposto sobre os dividendos distribuídos; e o EM2 também deverá dar um crédito ou isentar, porque, estamos perante dupla tributação económica, na medida em que quer o EM2 quer o EM3 estão a tributar o acionista<sup>(128)</sup>.

Mas, a pergunta continua a impor-se: e se tanto a sociedade-mãe como a afiliada *holding* se situarem no mesmo EM1, e o estabelecimento estável se encontrar noutra EM2? Admitindo que a participação em termos materiais sai do estabelecimento estável para a *holding*. Significa, em nossa opinião, que o EM1 não deve reter na fonte os dividendos distribuídos e o EM2 é obrigado a isentar ou a dar um crédito, à semelhança do EM1 que deverá proceder de idêntico modo na esfera da sociedade-mãe. Porquê?

Porque a não ser assim, se esta cláusula não existisse, a situação em análise seria considerada como meramente interna, porquanto tanto a sociedade-mãe quanto a *holding* estão situadas no mesmo EM1 e o estabelecimento estável não revelaria, porque, como lembrámos, não tem personalidade jurídica. Tratar-se-ia de uma situação que escaparia ao conceito de proibição de abuso, na medida em que não estando abrangida pela Diretiva a mesma não se lhe aplicaria. Razão pela qual ao considerarmos a referida situação triangular como estando prevista na mencionada cláusula, interpretada nos moldes expostos, a proibição de abuso impede a *holding* de invocar os benefícios da isenção da retenção na fonte dos dividendos distribuídos<sup>(129)</sup>. Deve, no entanto, a este propósito, sublinhar-se a falta de clareza da definição de retenção na fonte prevista na Diretiva. É certo que os elementos a considerar na interpretação do que é uma retenção na fonte à luz do Direito Europeu — e até para efeitos de análise das liberdades fundamentais — foram dados pelo TJUE no acórdão *Epson*<sup>(130)</sup>.

---

<sup>(128)</sup> Ver ALESSIO PERSIANI, *Case Law Note: Italian Supreme Court... cit.*, p. 1061; KLAUS TIPKE, ROMAN SEER, JOHANNA HEY, JOACHIM HENNRICH, *Steuerrecht*, Munique, 2021, pp. 68-70.

<sup>(129)</sup> Contribuindo, assim, “para intensificar a luta contra a utilização abusiva de sociedades de fachada (...) e combater a utilização de estruturas fiscais abusivas, ou entidades jurídicas com nenhuma ou apenas uma substância e atividade económica mínimas que continuam a representar um risco de serem utilizadas para fins indevidos”, cf. Comunicação da Comissão ao Parlamento e ao Conselho, 18.05.2021, COM/2021/251 final.

<sup>(130)</sup> Ac. TJUE, 08.06.2000, C-375/98, (*Epson Europe BV*), que envolveu Portugal e em que o Tribunal veio declarar que (primeiro elemento) tínhamos uma retenção na fonte quando houvesse um

Tendo o Tribunal atendido à prevalência da substância sobre a forma, de modo a evitar que a sociedade interposta possa ser considerada sujeito passivo ao abrigo de uma legislação nacional quando na realidade a carga fiscal está a ser suportada pelo acionista. Importando, ainda assim, observar se mesmo depois da análise da substância sobre a forma o benefício da isenção da retenção na fonte continua a ser proibido por invocação abusiva da Diretiva<sup>(131)</sup>.

Mas, o que é que significa proibição de retenção na fonte à luz do conceito de proibição de abuso de Direito Europeu, para efeitos de aplicação da Diretiva? Convém lembrar que o n.º 1 do seu art. 7.º contém uma definição negativa. Colocando-se a questão de saber se a proibição de retenção na fonte significa só o facto tributário final ou abrange também os pagamentos antecipados (ou pagamentos especiais por conta)?

Atendendo à decisão do Tribunal em *Burda*<sup>(132)</sup>, o primeiro pagamento e a primeira tributação sobre esse pagamento não são proibidos em face das liberdades fundamentais e, portanto, isto ajuda-nos a interpretar a cláusula da Diretiva. Ou seja, considera-se que a primeira tributação não se integra no conceito de “retenção na fonte”, na medida em que o caso *Burda* esclarece que tal tributação — pagamento antecipado ou pagamento especial por conta<sup>(133)</sup> — não é proibida por se tratar de uma só tributação e a retenção na fonte proibida para efeitos da Diretiva deve ser interpretada como provocando dupla tributação económica.

---

facto tributário relacionado com o pagamento de dividendos; (segundo elemento) desde que, quanto à matéria tributável, se se tratasse de rendimentos de ações — e não de rendas, juros ou de trabalho dependente — e (terceiro elemento) se o sujeito passivo fosse o detentor das ações. Ou seja, se houvesse um pagamento de dividendos que tivesse por base ações e a *holding* fosse a detentora das mesmas, então, nesse caso, teríamos uma retenção na fonte proibida pela Diretiva.

<sup>(131)</sup> Sobre esta questão já se pronunciaram, entre outros, os tribunais italianos, ver, IT: *Supreme Court*, n.º 2313 (31 Jan. 2020); IT: *Supreme Court*, n.º 32556 (12.12.2019); IT: *Supreme Court*, n.º 30347 (21.11.2019); IT: *Supreme Court*, n.º 30140 (20.11.2019); IT: *Supreme Court*, n.º 29635 (14.11.2019); IT: *Supreme Court*, n.º 25490 (10.10.2019); IT: *Supreme Court*, n.º 32255 (13.12.2018); IT: *Supreme Court*, n.º 25264 (25.10.2017) e IT: *Supreme Court*, n.º 4771 (24.02.2017).

<sup>(132)</sup> Ac. TJUE, 26.06.2008, C-284/06, (*Burda*).

<sup>(133)</sup> A interpretação desta cláusula remete-nos para o caso da Estónia. Este EM tinha beneficiado de uma reforma fiscal em que não havia imposto societário anual sobre os lucros se estes fossem retidos (não distribuídos). A CE entendeu que se tratava de um imposto inserido na proibição de abuso da Diretiva e argumentou que como a Estónia ia integrar a UE tinha de ter toda a sua legislação compatível com o *acquis communautaire*, levando a Estónia a abandonar o imposto. O caso não chegou a ser apreciado pelo TJUE, no entanto, em princípio, poderia equacionar-se a possibilidade de tal retenção na distribuição ser proibida pela Diretiva e pelas liberdades fundamentais se fosse entendida como discriminatória. Todavia, atendendo à interpretação da jurisprudência do Tribunal conclui-se que, na verdade, o imposto não era incompatível com a Diretiva, porquanto não provocava dupla tributação económica, não sendo, por isso, contrário ao Direito Europeu.

Assim e em síntese, relacionando os vários critérios e acomodando neles a jurisprudência do TJUE, podemos afirmar que, em princípio, a Diretiva proíbe as retenções na fonte dos dividendos à saída. Observamos que o acórdão *Epson*<sup>(134)</sup> vem explicitar as retenções na fonte proibidas, que não devem deixar de ser conjugadas com o entendimento do Tribunal em *Burda*, na medida em que este caso nos esclarece que o primeiro pagamento e a primeira tributação sobre esse pagamento — por não caberem no conceito de “retenção na fonte” da Diretiva — não estão proibidos.

A finalizar, e em resultado das novas iniciativas levadas a efeito pela UE ao nível das sociedades *holdings* sobre a proibição de abuso nos dividendos à saída, importa considerar as regras comuns no que respeita a assimetrias híbridas<sup>(135)</sup>, no quadro de influência do projeto BEPS, tendo em vista combater a dupla não tributação, enquanto objetivo a alcançar desde a atualização da Diretiva em 2014<sup>(136)</sup>.

Assim, se o EM de residência da sociedade-mãe escolher tributar uma entidade transparente nos dividendos à saída e havendo lugar a tributação no EM da *holding* interposta aquele EM de residência da sociedade-mãe deve isentar ou dar um crédito. É certo que, tratando-se de uma entidade transparente, em princípio, não se aplicaria a Diretiva. No entanto, se o Estado onde reside a sociedade-mãe escolher tributar a sociedade transparente, considerando o que ocorreu no Estado onde se situa a *holding* interposta, deve-se aplicar a Diretiva, creditando-se ou aplicando-se o regime de isenção<sup>(137)</sup>. Deste modo, centrando as atenções no benefício da isenção da retenção na fonte dos dividendos distribuídos, verifica-se no caso de assimetrias híbridas que a cláusula do art. 4.º, n.º 1, alínea *a*) não só evita a dupla tributação como, ao procurar fechar lacunas, evita também a dupla não tributação.

---

(134) Ac. TJUE, 08.06.2000, C-375/98, (*Epson Europe BV*).

(135) Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho sobre Boa Governança Fiscal dentro e fora da UE, 15.07.2020, COM (2020) 313 final.

(136) Ver LEOPOLDO PARADA, *Hybrid Financial Instruments and Anti-Hybrid Rules in the EU ATAD A Guide to the Anti-Tax Avoidance Directive*. *Elgar Tax Law and Practice series*. Edward Elgar Publishing, 2020, pp. 31-39.

(137) Ver LEOPOLDO PARADA, *Tax Treaty Entitlement and Fiscally Transparent Entities: Improvements or Unnecessary Complications? The Aftermath of BEPS*, IBFD, Amesterdão, 2020, pp. 3-42.

## 5. Conclusões

Observámos que uma *holding* é uma sociedade que tem por objeto a detenção de posições ou participações sociais noutras sociedades e caracterizámos uma sociedade interposta entre a sociedade-mãe e outras sociedades da estrutura do grupo, identificando-a como uma *holding intermédia*.

Mostrámos que as particularidades desta estrutura nas suas atuais ligações com vários ordenamentos jurídicos permitem, através da interposição de uma *holding*, criar os requisitos exigidos para invocar a legislação europeia e alcançar a vantagem da isenção de retenção na fonte dos dividendos distribuídos.

A obtenção de tal vantagem de natureza fiscal, conduzindo a fenómenos de dupla não tributação, levou-nos a querer saber se as sociedades *holdings* ainda são compatíveis com o Direito Europeu.

Concluimos que para atingir tal compatibilidade se torna cada vez mais notória a necessidade de as *holdings* demonstrarem, à luz do Direito Europeu, as razões económicas subjacentes à sua interposição na estrutura do grupo, de modo a beneficiarem da isenção de retenção na fonte dos dividendos à saída, ao invocarem as normas da Diretiva sociedades-mães/afiliadas — Diretiva 90/435/CEE.

Pudemos ver em face desta Diretiva, da regra geral antiabuso da ATAD, e do princípio geral de proibição de abuso resultante das decisões do TJUE, de 26.02.2019, nos casos C-116/16 (*T Danmark*) e C-117/16 (*Y Denmark*), conhecidos por *Danish cases*, que tal demonstração implica, designadamente, fazer prova da utilização de meios humanos e materiais dimensionados para o exercício de uma atividade económica real. Não devendo esta atividade, na sua essência, ter como único propósito alcançar uma vantagem fiscal ou esta vantagem exceder o benefício económico obtido, através de uma montagem que permita às *holdings* invocarem abusivamente as normas da Diretiva.

Neste sentido, defendemos que o seu art. 1.º, n.º 2, não impede a aplicação do direito nacional ou convencional de modo a evitar tal abuso, e concluimos que o Tribunal entende que esta disposição não deve ser interpretada no sentido de excluir aquele princípio geral.

Constatámos que o TJUE considera que se se excluísse a aplicação do princípio geral de proibição de abuso e se se admitisse uma montagem financeira com o objetivo, ou com um dos principais objetivos, de benefi-



ciar de uma vantagem fiscal atentar-se-ia — por via da evasão ou redução do imposto — contra o mercado interno e as condições de concorrência que constituem objetivos da Diretiva.

Nessa medida, defendemos que o direito de as *holdings* beneficiarem da concorrência fiscal existente entre os vários EM não deve ser invocado contra a aplicação daquele princípio geral, ainda que os referidos EM não tenham adotado à luz do direito interno cláusulas antiabuso. A este propósito, interpretámos a posição do Tribunal no sentido de se justificar a rejeição da isenção de retenção na fonte mesmo quando a montagem financeira não prossiga exclusivamente uma vantagem fiscal. Com efeito, torna-se, ainda, necessário considerar, no caso concreto, a possibilidade de o legislador não ter pretendido tal vantagem fiscal no âmbito da aplicação do Direito Europeu.

Advogámos que, neste caso, para se avaliar a existência, ou não, de abuso deve ocorrer uma ponderação das diferentes razões com base nas quais a *holding* invoca o Direito Europeu para beneficiar da isenção de retenção na fonte dos dividendos distribuídos. Na verdade, procurar um regime fiscal mais vantajoso por si só não consubstancia uma prática abusiva, desde que a carga tributária mais baixa seja excedida pelo benefício económico obtido por *razões económicas válidas*, atentos todos os factos e circunstâncias relevantes.

Defendemos que o que constitui uma razão económica válida subjacente a uma montagem será apreciado caso a caso, não devendo existir conceções *rígidas* de natureza administrativa que a definam, mas sim uma interpretação evolutiva de natureza jurisprudencial, considerando que a decisão cabe ao Tribunal, designadamente, ao permitir à *holding* provar a validade da razão não fiscal (leia-se razão económica) prosseguida que justifique e, conseqüentemente, valide tal montagem à luz do Direito Europeu.

A este propósito interrogámo-nos sobre como aferir a ausência de *razão económica válida* daquela *montagem não genuína*, referida pelo TJUE nos *Danish cases* no quadro da análise de uma prática abusiva, e interpretámos o entendimento do Tribunal ao elencar um conjunto de indícios atendíveis, que tivemos oportunidade de explicitar criticamente e que, em síntese, a seguir se identificam.

Assim, observámos que quando no grupo societário é interposta uma *holding* entre a sociedade que paga os dividendos e a sociedade que beneficia dos mesmos com o objetivo de evitar o pagamento do imposto, esta-

mos perante um indício de uma *montagem não genuína* ou prenúncio de uma prática abusiva.

Vimos também que quando no grupo societário a *holding* interposta recebe os dividendos e, ato contínuo, transfere-os (na totalidade ou em parte) para uma terceira sociedade que não preenche os requisitos para poder invocar a Diretiva (v.g., não está estabelecida num EM, ou não foi constituída sob uma das formas determinadas na Diretiva, ou não é sujeito passivo de algum dos impostos elencados no art. 2.º, al. c), ou não assume a qualidade de sociedade-mãe desrespeitando os requisitos do art. 3.º da Diretiva) estamos perante um indício de uma *montagem não genuína*, isto é, um prenúncio de uma prática abusiva.

Além disso, quando no grupo societário a *holding* interposta não possui atividade económica efetiva (v.g., ausência, entre outros, de gestão, balanço, estrutura de custos ou meios humanos e materiais) visando tão-somente permitir a passagem do fluxo financeiro, através da transmissão dos dividendos ao BE ou a outras sociedades interpostas, estamos igualmente perante um indício de uma *montagem não genuína*, ou seja, um prenúncio de uma prática abusiva.

Constatámos, ainda, que quando no grupo societário a *holding* interposta não tem poderes para dispor economicamente dos dividendos, nem de tomar decisões de gestão necessárias à sua atividade, em face, designadamente, dos contratos celebrados entre as sociedades envolvidas, estamos perante um indício de uma *montagem não genuína*, ou prenúncio de uma prática abusiva.

Interpretámos também o entendimento do TJUE quanto à proximidade temporal entre a entrada em vigor de novos regimes fiscais e a organização de operações financeiras no contexto do grupo, e concluímos que estamos igualmente perante um indício de uma *montagem não genuína*, ou prenúncio de uma prática abusiva.

Vimos quando uma *holding* é interposta no grupo societário “com o objetivo essencial” ou — permitindo uma interpretação mais ampla do que constitui o abuso — “com um dos objetivos essenciais” de beneficiar da isenção de retenção na fonte e analisámos a este respeito operações formais desacompanhadas de justificação económica, na base das quais a *holding* transferia os dividendos para uma sociedade considerada residente num estado terceiro, com o qual o EM tinha celebrado uma convenção fiscal, e afirmámos que estávamos, também, perante um indí-

cio de uma *montagem não genuína*, ou seja, um prenúncio de uma prática abusiva.

Concluimos, assim, que apesar de nem todas as *holdings* interpostas configurarem proibições, desde que os referidos indícios de abuso fiscal sejam objetivos e concordantes e tenha sido dada a possibilidade de fazer prova de que as sociedades interpostas não constituíam uma *montagem não genuína*, sem que se tenha conseguido produzir tal prova, de acordo com o entendimento do Tribunal, e em face do que antecede, tais *holdings* são incompatíveis com o Direito Europeu.

E, nesses casos, considerámos tais indícios como bastantes para justificar medidas mais exigentes do que apenas as que resultam da prolação do acórdão do TJUE em *Danish cases*. Referimos que a atuação da OCDE no âmbito do projeto BEPS e da UE no âmbito da cláusula geral antiabuso contida no art. 6.º da ATAD deve ser articulada e reforçada no sentido de usarem eficazmente os meios de que dispõem para evitar a atuação ilegal das sociedades *holdings*.

Por forma a garantir que estas sociedades sejam compatíveis com o Direito Europeu na isenção da retenção na fonte dos dividendos distribuídos, numa economia global e digitalizada, em que cada EM se confronta com dificuldades de aplicação da cláusula geral antiabuso contida no art. 6.º da ATAD, estabelecemos a sua relação com o (ainda em construção) princípio geral de proibição de abuso proclamado pelo TJUE.

Concluimos que seria importante obter um acordo internacional, com orientação para os resultados, sobre a tributação dos dividendos à saída. Neste sentido sugerimos o fortalecimento, ainda mais, da troca de informações e da transparência de modo a evitar o abuso fiscal com utilização das sociedades *holdings* e defendemos o diálogo entre os tribunais nacionais e o TJUE a quem cabe naturalmente a última palavra ao abrigo do mecanismo das questões prejudiciais e do pluralismo jurídico numa União de Direito.

## **6. Modo de citar e outras convenções**

**1.** A primeira referência a uma obra obedece a um critério de identificação equivalente ao constante do índice geral de bibliografia; nas citações subsequentes são apenas referidos o nome do autor, a(s) primeira(s) palavra(s) do título e os números de páginas para que se remete.

**2.** Seguimos o novo acordo ortográfico da língua portuguesa, aprovado pela Resolução da Assembleia da República n.º 35/2008, de 29/07. Nas citações mantemos, porém, a grafia originariamente usada pelos autores ou organismos respetivos.

**3.** As decisões jurisprudenciais são referidas de acordo com o critério de citação usual para cada tribunal, designadamente nos casos dos sistemas espanhol, francês e alemão cujo estudo autonomizaremos. A única referência completa é a primeira; as restantes limitam-se à indicação da data da decisão e do número do processo.

**4.** Todas as citações de textos estrangeiros, doutrinários ou jurisprudenciais, são feitas em língua portuguesa, ou acompanhadas da versão portuguesa, salvo raras situações de opção pelo original, por imperativo idiomático. Na ausência de indicação em contrário, a tradução é da nossa responsabilidade.

**5.** As abreviaturas utilizadas serão descodificadas numa lista inserida no final do trabalho.

**6.** O estudo encontra-se atualizado com referência à legislação em vigor em setembro de 2021 e à jurisprudência, bibliografia e outra documentação consultadas até outubro de 2021, sem prejuízo da consideração pontual de referências bibliográficas e jurisprudenciais posteriores.

## 7. Bibliografia

- ADAM ŻALASINSKI, *The ECJ's Decisions in the Danish Beneficial Ownership Cases: Impact on the Reaction to Tax Avoidance in the European Union*, *International Tax Studies* n.º 4, 2019.
- ADOLFO MARTÍN JIMÉNEZ, *Towards a Homogeneous Theory of Abuse in EU (Direct) Tax Law*, *Bulletin for International Taxation*, n.os 4-5, Amesterdão, 2012.
- ALESSIO PERSIANI, *Case Law Note: Italian Supreme Court and the Parent-Subsidiary Directive: A Dark Tunnel with a Light at the End?* *Intertax*, 11, 2020.
- ALEXANDER RUST, *Exemption Method*, *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions*, Ekkehart Reimer & Alexander Rust, Wolters Kluwer, 2015.
- ANA PAULA DOURADO, *O princípio da legalidade fiscal, tipicidade, conceitos jurídicos indeterminados e margem de livre apreciação*, Coimbra, 2007.
- \_\_\_\_\_, *Lições de Direito Fiscal Europeu — Tributação Directa*, Coimbra 2010.
- \_\_\_\_\_, *The EU Anti-Tax Avoidance Package: Moving Ahead of BEPS?* *Intertax*, 6/7, 2016.
- \_\_\_\_\_, *Aggressive Tax Planning in EU Law and in light of BEPS — The EC Recommendation on Aggressive Tax Planning and BEPS Actions 2 and 6*, *Intertax*, 1, 2015.
- \_\_\_\_\_, *The EU Anti-Tax Avoidance Package: Moving Ahead of BEPS?* *Intertax*, 6/7, 2016 *Tax Avoidance Revisited in the EU BEPS Context*, Vol. 15, EATLP International Tax Series, 2017.
- \_\_\_\_\_, *Governança Fiscal Global*, Coimbra, 2018.
- \_\_\_\_\_, *The US Base Erosion and Anti-Abuse Tax, and the EU Responses*, *Intertax*, 4, 2018; *Direito Fiscal, Lições*, Coimbra, 2022.
- ANDREAS PERDELWITZ, *Chapter 10: International Tax Structuring for Holding Activities*, *International Tax Structures in the BEPS Era: Na Analysis of Anti-Abuse Measures*, Online Books, IBFD, 2016.
- ANDRÉS BÁEZ MORENO, *How Do 'The Old' and 'The New' Live Together? The Principal Purpose Test and Other Anti-avoidance Instruments in Tax Treaties*, *Intertax*, 10, 2021.
- ANDRÉS BÁEZ MORENO e YARIV BRAUNER *Taxing the Digital Economy Post-BEPS... Seriously*, Madrid, 2019.
- BEM J. M. TERRA e PETER J. WATTEL, *European Tax Law*, 2019.
- CARLOS PALAO TABOADA, *OECD Base Erosion and Profit Shifting Action 6: The General Anti-Abuse Rule*, *Bulletin for International Taxation*, n.º 10, 2015.
- CHRISTIAN POIRET, *International — Beneficial Ownership: Concept, History and Perspective*, Vol. 56, n.º 7, 2016.
- CHRISTIANA PANAYL, *Is Aggressive Tax Planning Socially Irresponsible?* *Intertax*, 10, 2015.
- DANIEL SMIT, *Taxation of non-resident companies under the CCCTB (Common Consolidated Corporate Tax Base) System: Analysis and suggestions for improvement*, *Corporate income taxation in Europe under the CCCTB and third countries*, Amesterdão, 2020.
- DÁRIO MOURA VICENTE, *Liberdades comunitárias e Direito Internacional Privado*, *Revista Ordem dos Advogados*, ano 69, julho/dez, Lisboa, 2009.
- \_\_\_\_\_, *Direito Comparado I*, Coimbra, 2018.

- DENNIS WEBBER, *The New Common Minimum Anti-Abuse Rule in the EU Parent-Subsidiary Directive: Background, Impact, Applicability, Purpose and Effect*, *Intertax*, n.º 2, 2016.
- EMER HUNT, *(Un)Fairness as an Irritant to the Legal System: The Case of Two Legislatures and More Multinational Enterprises*, *Tax Justice and Tax Law, Understanding Unfairness in Tax Systems*, Parte V, Cambridge, 2020.
- GIANLUIGI BIZIOLI, *Taking EU Fundamental Freedoms Seriously: Does the Anti-Tax Avoidance Directive Take Precedence over the Single Market?* *EC tax review*, Vol. 26, n.º 3, 2017;
- HENRY ORDOWER, *Uniform International Tax Collection and Distribution for Global Development, a Utopian BEPS Alternative*, *INDIANA/LEEDS SUMMER TAX WORKSHOP SERIES 2021*, *Columbia Journal of Tax Law*, Vol. 12, n.º 2, 2021.
- IMEDA A. TSINDELIANI, OLGA I. LYUTOVA, KARINA T. ANISINA, ELENA V. MIGACHEVA, LYUSMILA LESINA, *Current Trends in Counteracting Thin (Insufficient) Capitalization in the Russian Legal System*, *Intertax*, 8/9, 2021.
- JASPER KORVING, L. C. VAN HULTEN *Case law note: Svig og Misbrug: The Danish Anti-Abuse Cases*, *Intertax*, 8/9, 2019.
- KATERINA PANTAZATOU, *Critical Review of the ATAD Implementation, The Implementation of the ATAD in Luxembourg*, *Intertax*, 1, 2022.
- KLAUS TIPKE, ROMAN SEER, JOHANNA HEY, JOACHIM HENNRICHS, *Steuerrecht*, Munique, 2021.
- KLAUS VOGEL, DANIEL GUTMANN e ANA PAULA DOURADO, *Tax treaties between Member States and Third States: “reciprocity” in bilateral tax treaties and non-discrimination in EC law*, *EC Tax Review*, 2, 2006.
- LEOPOLDO PARADA, *Hybrid Financial Instruments and Anti-Hybrid Rules in the EU ATAD A Guide to the Anti-Tax Avoidance Directive*. *Elgar Tax Law and Practice series*. Edward Elgar Publishing, 2020.
- \_\_\_\_\_, *Tax Treaty Entitlement and Fiscally Transparent Entities: Improvements or Unnecessary Complications? The Aftermath of BEPS*, *IBFD*, Amesterdão, 2020.
- LUC DE BROE e SAM GOMMERS, *Danish Dynamite: The 26 February 2019 CJEU Judgments in the Danish Beneficial Ownership Cases*, *EC Tax Review*, 06, 2019.
- MICHAEL LANG, *Research Handbook on International Taxation*, Edited by Yariv Brauner, Massachusetts, 2020.
- NIKOLAI MILOGOLOV, *The Emergence of the ‘Technological Tax Hub’: Digitally Oriented Trajectories of Reforms in Tax Planning Hub Jurisdictions*, *Intertax*, 12, 2020.
- OLE STEEN SCHMIDT e NICLAS HOLST SONNE *Introduction of Withholding Tax on Dividends from Danish Conduit Companies*, *Tax Notes Today International and Tax Notes Today Global*, Vol. 71, n.º 3, 2013.
- PASQUALE PISTONE, *Avoidance and Aggressive Tax Planning under BEPS in light of EU Law*, *7TH GREIT LISBON SUMMER COURSE ON TAX EVASION, TAX AVOIDANCE & AGGRESSIVE TAX PLANNING*, *Intertax*, 2, 2016.
- PABLO A. HERNÁNDEZ GONZALÉZ-BARRELA, *Holding Companies and Leveraged Buyouts in the European Union Following BEPS: Beneficial Ownership, Abuse of Law, and the Single Taxation Principle (Danish ECJ Cases C-115/16, 116/16, 117/16, 118/16, 119/16 and 299/16)*, *European Taxation*, 59, 2019.

- PAULUS MERKS, *Tax Evasion, Tax Avoidance and Tax Planning*, Intertax, 5, 2006.
- RAINER ZIELKE, *International Tax Planning with Comtax*, Intertax, 37, 2009.
- ROBERT DANON, DANIEL GUTMANN, MARGRIET LUKKIEN, GUGLIELMO MAISTO, ADOLFO MARTÍN JIMÉNEZ e BENJAMIN MALEK, *The Prohibition of Abuse of Rights After the ECJ Danish Cases*, Intertax, 6 e 7, 2021.
- RITA SZUDOCZKY, *The Sources of EU Law, and their Relationships: Lessons for the Field of Taxation, Doctoral series*, IBFD, 2014; *EU General Anti-(Tax) Avoidance Mechanisms; The Dynamics of Taxation: Essays in Honour of Judith Freedman*, Leeds, 2020.
- SALDANHA SANCHES, *Manual de Direito Fiscal*, Coimbra, 2007.
- SATURNINA MORENO GONZÁLEZ, *Critical Review of the ATAD Implementation: Implementation of the EU ATAD in Spain: Outstanding Issues of a Partial Transposition*, Intertax, 12, 2021.
- SUSI BAERENTZEN, *Danish Cases on the Use of Holding Companies for Cross-Border Dividends, and Interest — A New Test to Disentangle Abuse from Real Economic Activity?* World Tax Journal: WTJ, 2020.
- SVETISLAV V. KOSTIC *Plea for a Workforce Presence PE Concept in a Post-Covid Digitalized World*, Intertax, 10, 2021.
- WOLFGANG SCHOEN, *The Concept of Abuse of Law in European Taxation: A Methodological and Constitutional Perspective*, Munique, 2019.

## 8. Lista das principais abreviaturas

- AO** Abgabenordnung
- BCE** Boletim de Ciência Económicas
- BFDUC** Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
- BFH** Bundesfinanzhof
- BverfG** Bundesverfassungsgericht
- BverwG** Bundesverwaltungsgericht
- DStjG** Deutsche Steuerjuristische Gesellschaft
- CCTF** Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal
- RFDUL** Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
- RFH** Reichsfinanzhof
- Riv. Diritto Trib.** Rivista di Diritto Tributario
- StuW** Steuer und Wirtschaft

## 9. Jurisprudência

### Portugal

- Ac. STA, 03-06-2020, SUZANA TAVARES SILVA, 0401/13.4BEVIS 0444/18, <www.dgsi.pt> (integral).
- Ac. TCAN 11.03.2021, MARGARIDA REIS, 01770/07.0BEVIS, <www.dgsi.pt> (integral).
- Ac. TCAS 15.02.2011, JOSÉ CORREIA, 04255/10, <www.dgsi.pt> (integral).
- Ac. TCAS 20.11.2012, PEDRO VERGUEIRO, 03877/10, <www.dgsi.pt> (integral).
- Ac. TCAS 07.06.2018, JORGE CORTÊS, 1367/10.8 BESNT, <www.dgsi.pt> (integral).

### União Europeia

- Ac. TJUE 06.10.1982, C-283/81 (*Cilfit*).
- Ac. TJUE 17.07.1997, C-28/95 (*Leur-Bloem*).
- Ac. TJUE 09.03.1999, C-212/97 (*Centros*).
- Ac. TJUE 21.09.1999, C-307/97 (*Saint-Gobain*).
- Ac. TJUE, 08.06.2000, C-375/98 (*Epson Europe BV*).
- Ac. TJUE 12.12.2002, C-324/00 (*Lankhorst-Hohorst*).
- Ac. TJUE 21.02.2006, C-255/02 (*Halifax*).
- Ac. TJUE 12.09.2006, C-196/04 (*Cadbury Schweppes*).
- Ac. TJUE 29.03.2007, C-347/04 (*Rewe Zentralfinanz eG. v. Finanzamt Köln-Mitte*).
- Ac. TJUE 05.07.2007, C-321/05 (*Kofoed*).
- Ac. TJUE, 26.06.2008, C-284/06 (*Burda*).
- Ac. TJUE 22.12.2008, C-48/07 (*Les Vergers du Vieux Tauves*).
- Ac. TJUE 10.11.2011, C-126/10 (*Foggia*).
- Ac. TJUE 07.09.2017, C- 6/16 (*Eqiom e Enka*).
- Ac. TJUE 20.12.2017, C-504/16 e C-613/16 (*Deister Holding e Juhler Holding*).
- Ac. TJUE 26.02.2019, C 116/16 (*T Danmark*) e C-117/16, (*Y Denmark*).
- Ac. TJUE 02.04.2020, C-458/18 (*GVC Services*).
- Ac. TJUE 25.02.2021, C-403/19, (*Société Générale*).

— Disponíveis para consulta in <<https://curia.europa.eu/>>

### Espanha

*Tribunal Económico Administrativo Central*, 08.10.2019, rec. 185-2017 e rec. 2188-2017.

— Disponível para consulta in <<https://serviciotelematicosexh.hacienda.gob.es/>>



## Itália

Corte Suprema di Cassazione, 22.06.2021, n.º 17746;  
Corte Suprema di Cassazione, 10.07.2020, n.º 14756;  
Corte Suprema di Cassazione, 31.01.2020, n.º 02313;  
Corte Suprema di Cassazione, 12.12.2019, n.º 32556;  
Corte Suprema di Cassazione, 21.11.2019, n.º 30347;  
Corte Suprema di Cassazione, 20.11.2019, n.º 30140;  
Corte Suprema di Cassazione, 14.11.2019, n.º 29635;  
Corte Suprema di Cassazione, 10.10.2019, n.º 25490;  
Corte Suprema di Cassazione, 30.09.2019, n.º 32556;  
Corte Suprema di Cassazione, 19.12.2018, n.º 32840;  
Corte Suprema di Cassazione, 13.12.2018, n.º 32255;  
Corte Suprema di Cassazione, 25.10.2017, n.º 25264;  
Corte Suprema di Cassazione, 24.02.2017, n.º 04771.

— Disponíveis para consulta *in* <<https://www.cortedicassazione.it>>

## Luxemburgo

Cour Administrative, 27.06.2013, n.º 30540.  
Cour Administrative, 18.03.2014, n.º 31058; n.º 32984-C e n.º 33125-C.  
Cour Administrative, 16.02.2016, n.º 35978-C e n.º 35979-C.

— Disponíveis para consulta <<https://www.juricaf.org/arret/LUXEMBOURG-COURAD-MINISTRATIVE-20140318-32984C>>.

## Bélgica

Tribunal de Recurso de *Ghent*, 01.12.2020, n.º 25264.

— Disponível para consulta *in* <<https://www.rechtbanken-tribunaux.be/>>

## França

*Conseil d'Etat*, 05.06.2020, n.º 423809, 9.<sup>ème</sup>-10.<sup>ème</sup> chambres, (*Atlantique Négoce*).  
*Cour Ad. d'Appel de Versailles*, 27.05.2021, n.º 19VE00090, 3.<sup>ème</sup> chambre, (*Alphatrad*).

— Disponíveis para consulta *in* <<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/>>

## **Suíça**

*Bundesgericht/Tribunal federal*, 20.04.2020, n.º 2C-354-2018.

— Disponível para consulta *in* <<https://www.bger.ch/>>

## **Países Baixos**

*Hoge Raad/ Supreme Court of the Netherlands*, 10.01.2020, n.º 18-00219.

— Disponível para consulta *in* <<https://www.hogeraad.nl/>>

## **10. Direito primário da UE**

Tratado da União Europeia (versão consolidada 2016).

Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (versão consolidada 2016).

Tratado que institui a Comunidade Europeia da Energia Atómica (versão consolidada 2016).

Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2016).

## **11. Direito derivado da UE**

Diretiva (UE) 2016/1164/UE do Conselho, de 12.07.2016.

Diretiva sociedades-mães/afiliadas, Diretiva 2015/121/UE do Conselho, de 27.01.2015, que altera a Diretiva 2011/96/UE.

Diretiva 2014/86/UE do Conselho, de 08.07.2014.

## **12. Documentação**

Proposta de Diretiva do Conselho, 24.07.2003, COM (2003) 462 final.

Recomendação da Comissão (2012/772/UE), 06.12.2012, JOUE, L 338/42.

Proposta da Comissão de 28.01.2016 sobre regras contra práticas que afetem diretamente o funcionamento do mercado interno, COM (2016) 26 final.

Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho sobre Boa Governação Fiscal dentro e fora da UE, 15.07.2020, COM (2020) 313 final.

Comunicação da Comissão Europeia ao Parlamento Europeu e ao Conselho sobre a tributação das empresas para o século XXI, 18.05.2021, COM (2021) 251 final.

*Em Lisboa, a 20 de julho de 2022*

MARIA AMÉLIA BARRADAS CARLOS