



**CATÓLICA**  
UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA | PORTO

## **Requisitos de Substância ao Nível da União Europeia**

---

Pedro António Ramos de Campos Peres

Dissertação de mestrado elaborada sob a orientação do  
Professor Doutor João Félix Pinto Nogueira

Universidade Católica Portuguesa | Centro Regional do Porto – Escola de Direito

Mestrado em Direito Fiscal

Porto, Junho de 2015



## **AGRADECIMENTOS**

*“Joy lies in the fight, in the attempt, in the suffering involved, not in the victory itself.”*

*Mahatma Gandhi*

A toda a minha família, em especial aos meus Pais e Avós, por toda a paciência e apoio incondicional.

Ao Doutor João Félix Pinto Nogueira, por toda a orientação, disponibilidade pessoal e, principalmente, por todos os conselhos e correções incansáveis com vista à minha evolução nesta área.

A todas as pessoas que conheci durante o período passado no IBFD, as quais contribuíram para a minha aprendizagem e percepção do que significa realizar um trabalho científico.

A todas as personalidades que, direta ou indiretamente, possam ter sido fonte de inspiração e motivação neste percurso.

## LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

AG	Advogado-Geral
Al.	Alínea
APA	<i>Advance Pricing Agreement</i>
Art.	Artigo
ATR	<i>Advance Tax Ruling</i>
BEPS	<i>Base Erosion and Profit Shifting</i>
CDT	Convenções sobre Dupla Tributação
CEAA	Cláusula Especial Anti-Abuso
CGAA	Cláusula Geral Anti-Abuso
CIRC	Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas
EM	Estado-Membro
EP	Estabelecimento Permanente
EUA	Estados Unidos da América
IBFD	<i>International Bureau of Fiscal Documentation</i>
IRC	Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas
IVA	Imposto sobre o Valor Acrescentado
LGT	Lei Geral Tributária
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico
Nº	Número
NR.	Nota de Rodapé
P.	Página
SEC	Sociedade Estrangeira Controlada
SPV	<i>Special Purpose Vehicles</i>
TFUE	Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
UE	União Europeia
Vd.	Vide
§	Parágrafo

## ÍNDICE

<b>Lista de siglas e abreviaturas.....</b>	<b>3</b>
<b>1. INTRODUÇÃO .....</b>	<b>6</b>
1.1. Lançamento do tema .....	6
1.2. Hipótese de investigação .....	7
1.3. Objetivo e objeto da tese.....	8
1.4. Metodologia e modo de citar .....	8
1.5. Sequência .....	9
<b>2. A SUBSTÂNCIA EM DIREITO TRIBUTÁRIO .....</b>	<b>10</b>
2.1. Introdução .....	10
2.2. Questões de substância: enquadramento e conceptualização .....	10
2.3. Os requisitos de substância .....	14
2.3.1. País de residência dos membros do conselho executivo .....	14
2.3.2. Membros do conselho executivo qualificados .....	14
2.3.3. Trabalhadores qualificados .....	15
2.3.4. Decisões de gestão no país de residência .....	16
2.3.5. Principais contas bancárias no país de residência .....	16
2.3.6. Manutenção dos registos contabilísticos no país de residência.....	16
2.3.7. Endereço do negócio no país de residência.....	17
2.3.8. Desconsideração do residente fiscal fora do país de residência.....	17
2.3.9. Risco real.....	17
2.3.10. Mínimo de ações adequadas.....	18
2.4. A substância em prática .....	18
2.4.1. <i>Outbound investments</i> .....	19
2.4.1.1. Nota prévia .....	19
2.4.1.2. Substância e CEAA .....	20
2.4.1.3. Substância e CGAA .....	21
2.4.2. <i>Inbound investments</i> .....	22
2.4.2.1. Nota prévia .....	22
2.4.2.2. Substância e CEAA .....	22
2.4.2.3. Substância e CGAA .....	23

2.5. Conclusões preliminares .....	25
<b>3. COMPATIBILIDADE DOS REQUISITOS DE SUBSTÂNCIA COM O DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA.....</b>	<b>27</b>
3.1. Introdução .....	27
3.2. Requisitos derivados da União Europeia para normas tributárias internas.....	28
3.3. Substância e liberdade de estabelecimento .....	29
3.4. Problemas de compatibilidade de normas anti-abuso domésticas com o Direito da União Europeia .....	31
3.4.1. Impacto da noção “arranjos puramente artificiais” .....	32
3.4.2. Substância económica no Direito da União Europeia .....	33
3.5. Conclusões preliminares .....	34
<b>4. INCLUSÃO DE REQUISITOS DE SUBSTÂNCIA NO SISTEMA FISCAL PORTUGUÊS .....</b>	<b>37</b>
4.1. Introdução .....	37
4.2. Desenvolvimentos de substância em Portugal .....	37
4.2.1. Critérios de avaliação da residência fiscal .....	38
4.2.2. Influência do Direito da União Europeia .....	39
4.3. Requisitos de substância na lei tributária portuguesa: um avanço possível .....	40
4.4. Conclusões preliminares .....	44
<b>5. CONCLUSÕES.....</b>	<b>46</b>
<b>Bibliografia, jurisprudência e outras fontes .....</b>	<b>49</b>

## 1. INTRODUÇÃO

---

### 1.1. Lançamento do tema

*Substantia*<sup>1</sup>, a essência de algo. A ideia de substância é usualmente aplicada ao que só é igual a si mesmo e constitui o “verdadeiro ser”. É a natureza real da coisa dentro do seu género, na sua importância individual e determinada<sup>2</sup>.

No panorama tributário internacional, as questões de substância adquirem agora maior relevância para determinação do que é uma estrutura de planeamento fiscal admissível. Isto é, algo de fundamental para as estruturas empresariais, as quais, numa lógica económica, querem otimizar o retorno originado da sua atividade, atendendo também ao elemento fiscal.

Um fator decisivo e facilitador do planeamento fiscal internacional reside nas diferenças entre os sistemas fiscais (num sentido amplo, para além do domínio das chamadas disparidades ou “*mismatches*”).

Por um lado, os governos concluem que as especificidades dos seus regimes fiscais podem ser um ponto determinante para atrair investimento estrangeiro (mantendo as disparidades mesmo quando constatarem que as mesmas conduzem a “*tax arbitrage*”). Por outro lado, as multinacionais utilizam tais disparidades de modo a conseguir, em termos globais, uma redução da taxa de imposto efetiva (“*effective tax rate*”) e aumentar o valor do acionista (“*EPS – Earning per share*”).

Contudo, nem sempre é possível proceder a uma reestruturação empresarial substancial, que permita o aproveitamento de diferenças entre sistemas fiscais. Muito do planeamento fiscal atualmente praticado acaba por resultar de uma mera estruturação formal, sem provocar modificações sensíveis no plano físico.

Nos últimos anos, temos assistido a uma referência crescente ao conceito de substância no plano tributário. Estimulados por uma intensa “incerteza jurídica”, as autoridades tributárias bem como os decisores políticos sentiram-se obrigados a aumentar os seus instrumentos para enfrentar as formas artificiais de estruturação fiscal.

---

<sup>1</sup> Do verbo latino *substare* (*sub* + *stare*): estar por baixo, resistir. A realidade que está por baixo das aparências e resiste à remoção de todas elas.

<sup>2</sup> Na Metafísica no Livro VII, 1, 1028 a e b), Aristóteles estabelece: “O ser é, antes de tudo, a substância”.

Tanto uns como outros buscam instrumentos e conceitos que permitam fazer face ao famoso “planeamento fiscal agressivo”<sup>3</sup>. O conceito de substância é um deles.

No entanto, coloca-se uma questão: será esse conceito legítimo, em especial em ordenamentos que não o consagram na legislação positiva? Será que podem as administrações tributárias e os tribunais simplesmente aplicar este conceito sem uma qualquer autorização positiva? Será o conceito suficiente para atacar os esquemas de planeamento fiscal agressivo (assumindo que existe um consenso de que os mesmos devem ser postos em questão)?

A resposta não se afigura fácil em especial quando – a exemplo do ponto específico da presente tese – tais estratégias colocam em causa regras do Direito da UE, nomeadamente no que trata às liberdades fundamentais.

## 1.2. Hipótese de investigação

A nossa tese terá em conta o sentido, função e alcance do conceito de substância, nos planos doméstico, europeu, internacional e como conceito utilizado para o combate aos esquemas de planeamento fiscal abusivo.

Em primeiro lugar, tentaremos analisar a valia do conceito de substância para o combate ao planeamento fiscal agressivo. Trata-se de um conceito operativo útil? Será que deveria ser positivado nos ordenamentos que ainda não o fazem?

Em segundo lugar, analisaremos a compatibilidade do conceito de substância (e dos requisitos que normalmente estão associados ao mesmo) com o Direito da UE.

Faremos isto dado que o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), desde o *Cadbury Schweppes*<sup>4</sup>, tem dado indicações precisas sobre o modo como os EMs podem configurar as suas normas (anti-abuso) internas de modo a serem compatíveis com o Direito da UE. E tal, é inteiramente aplicável aos requisitos de substância.

Serão, pois, os requisitos de substância compatíveis com o Direito da UE? Será possível propor novos requisitos, que sejam compatíveis com o Direito da UE?

---

<sup>3</sup> Denominação utilizada nos relatórios e plano de ação do projeto BEPS (“*Base Erosion and Profit Shifting*”) da OCDE. “*Aggressive tax planning consists in taking advantage of the technicalities of a tax system or of mismatches between two or more tax systems for the purpose of reducing tax liability. Aggressive tax planning can take a multitude of forms. Its consequences include double deductions (e.g. the same loss is deducted both in the state of source and residence) and double non-taxation (e.g. income which is not taxed in the source state is exempt in the state of residence).*”, Vd. Commission Recommendation of 6 December 2012 on aggressive tax planning, *ob. cit.* (2).

<sup>4</sup> TJUE, 12 de Setembro de 2006, “*Cadbury Schweppes*”, C-196/04.

### 1.3. Objetivo e objeto da tese

No presente trabalho abordaremos questões de substância e respetivos requisitos, no âmbito das pessoas coletivas. O nosso objetivo é o de descortinar em que consiste a exigência de substância no Direito Tributário e de verificar qual o impacto do mesmo nas estruturas negociais das pessoas coletivas.

Procederemos a uma análise detalhada dos requisitos de substância, atendendo fundamentalmente à “escola holandesa” (a qual é vista como o modelo mais avançado, nesta matéria).

Seguidamente será realizada uma revisão em termos de Direito da UE, tendo sobretudo em conta as liberdades fundamentais. Neste ponto analisaremos a extensão à qual aos EMs é permitido decretar regras anti-abuso.

Estudaremos fronteiras do abuso e o modo como os requisitos de substância são capazes de obter suporte no Direito da UE, algo ainda em processo de revisão por parte do TJUE.

Atentaremos, ainda, ao sistema fiscal português, propondo modificações nomeadamente no sentido da inclusão de requisitos de substância de modo a tornar o país mais competitivo ao nível da fiscalidade internacional.

O trabalho pretende-se que seja uma reflexão séria, crítica e consubstanciada do tema em apreço. Examinando detalhadamente todas as componentes necessárias, sempre com o apoio de jurisprudência do TJUE (entre outras fontes internas e internacionais), evidenciando aspetos problemáticos bem como soluções para garantir a compatibilidade dos requisitos de substância com o Direito da UE.

### 1.4. Metodologia e modo de citar

Num trabalho de investigação de tal desenvolvimento, importa sempre deixar claro qual a metodologia utilizada no momento de identificação das fontes.

Relativamente aos artigos, considerou-se útil a forma: apelido, inicial do nome, *título do artigo*, designação da publicação periódica, volume e número (se aplicável), ano, página.

No que trata à citação de monografias, apesar da sua escassez, foi seguido o modelo: apelido, inicial do nome, *título da monografia*, edição (se aplicável), editora, ano, página.

Quanto à citação dos acórdãos do TJUE<sup>5</sup>, as referências assentaram no seguinte esquema: TJUE, dia de mês de ano, *nome do acórdão*, número do processo, parágrafos (quando tal referência se dirige a um ponto concreto).

Uma nota para a ausência praticamente total de artigos de fonte portuguesa sobre este tema. Consequentemente, quase toda a informação recolhida teve um forte apoio em autores cuja origem abrangiu várias nacionalidades europeias assim como de outros continentes, sendo a base literária de natureza marcadamente anglo-saxónica.

## 1.5. Sequência

Começaremos pela análise da matéria substância em Direito Fiscal, nomeadamente no que respeita: *i*) definição de substância, bem como origem e propósito da mesma; *ii*) caracterização crítica dos requisitos de substância existentes; *iii*) referência às questões de substância em termos práticos, tentando compreender melhor a importância e presença de tal matéria nos ordenamentos europeus.

De seguida, no Capítulo 3 aprofundaremos a questão da compatibilidade dos requisitos de substância com o Direito da UE, no sentido de *iv*) compreender os requisitos derivados da UE para normas tributárias internas, assim como *v*) tentando compatibilizar as mesmas com o Direito da UE.

No Capítulo 4, focaremos o nosso exame no sistema fiscal português, discutindo a importância da inclusão de requisitos de substância, tentando clarificar se tal introdução seria positiva ou não, se teria sentido e utilidade no panorama tributário nacional.

Terminaremos com as habituais conclusões.

---

<sup>5</sup> Pesquisa através da base de dados disponibilizada pelo TJUE (<http://curia.europa.eu/>).

## 2. A SUBSTÂNCIA EM DIREITO TRIBUTÁRIO

---

### 2.1. Introdução

No âmbito fiscal, o conceito de substância é especialmente utilizado em situações fiscais transfronteiriças.

No entanto, a expressão “substância” não é normalmente utilizada no texto das convenções de dupla tributação (CDT). Estas referem-se à substância das estruturas societárias através de outros testes tais como os da residência, da erosão da base<sup>6</sup>, do beneficiário efetivo e, de modo crescente, normas anti-abuso.

Importa constatar um número de ligações entre os testes “oficiais” utilizados para garantir aos contribuintes os benefícios das convenções e o teste “não oficial” assente na substância, o qual é cada vez mais empregue pelas autoridades tributárias a nível mundial.

No presente capítulo abordaremos o conceito e influência da noção de substância na estruturação societária, trilhando os seus requisitos para efeitos de compreensão da necessidade de “nexo suficiente”, finalizando com exemplos reais da sua aplicabilidade no plano europeu.

### 2.2. Questões de substância: enquadramento e conceptualização

Por substância entendemos o conceito que exprime a relação de adequação da estrutura societária às funções que constituem seu objeto social. Tal não deve ser analisado de forma genérica, mas sim caso a caso.

Sabemos que as estruturas negociais mundiais têm contado ao longo dos anos com estruturas *offshore* ou não residentes para reduzir ou diferir os impostos, melhorando o retorno para os investidores. Os consultores jurídicos têm perfeito conhecimento que a noção de substância é um critério cada vez mais importante na avaliação da “segurança fiscal” dos seus clientes quanto estão em causa estruturas de investimento transfronteiriço. Contudo, a forma como tais estão a ser encaradas está a mudar<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> Em especial nas convenções que incluem cláusulas de limitação de benefícios.

<sup>7</sup> Na opinião de CLAREDON, “*EU case law seems to be asking whether there is a business reason to set up a company in another jurisdiction, rather than simply following some a tax abusive tax practices that*

De forma crescente, principalmente na UE, as autoridades fiscais estão mais exigentes<sup>8</sup>, sendo que a maior exigência passa por requerer “substância”<sup>9</sup> às estruturas societárias. Nesses casos, torna-se necessário demonstrar que se tem “substância”<sup>10</sup> noutra jurisdição fiscal antes de se obter o tratamento fiscal reclamado (decorrente da lei interna, das convenções ou do Direito da UE).

As autoridades tributárias do estado de origem podem tentar invocar que a nova entidade ou estabelecimento permanente (no Estado de destino) não está verdadeiramente presente na jurisdição de baixa tributação, mas sim no país delas<sup>11</sup> e assim recusar um benefício fiscal associado à situação transnacional.

Em várias jurisdições, e no que trata a *holding companies*, para uma sociedade ter substância, terá de ter um conselho executivo ativo, empregados, financiamento adequado e instalações. Várias autoridades fiscais adotam a posição que a presença física é requerida e que outros testes sejam cumpridos, para que uma estrutura tenha substância<sup>12</sup>.

De notar que o nível necessário de atividade económica e substância em geral pode variar de acordo com o imposto envolvido ou do tipo de estrutura societária. Assim, para um consultor fiscal francês poderia ser aceitável uma “substância mínima” (exemplo: contas bancárias, reuniões realizadas corretamente, composição do conselho executivo) para que uma *holding company* não residente em França obtivesse (da perspetiva francesa) a isenção do imposto retido na fonte ou a redução da taxa de imposto em relação aos dividendos pagos na França. Para um holandês (e de acordo com o que descreveremos *infra*) tal não será suficiente.

No entanto, cremos que mesmo nesses casos, ter um nível de substância mais elevado (exemplo: trabalhadores devidamente qualificados, documentos escritos relativos ao relatório e base das principais decisões de investimento, a *holding company*

---

*rely on wholly artificial arrangements.*”, Vd. CLARENDON, V., *An argument of substance*, 166 Taxation 4267, *ob.cit.*, p. 6.

<sup>8</sup> “...in all major economical regions in the world, their tax authorities are taking a much closer look at substance issues than ever before.”, Vd. PETERS, J., *Worldwide developments in the tax concept of substance*, Euromoney Handbooks, Chapter 1, *ob.cit.*, p. 2.

<sup>9</sup> CLARENDON, V., *An argument of substance...*, p. 6.

<sup>10</sup> “...”substance” for the principal means that it truly performs the functions, and bears the risks, which are allocated to it, as a matter of economic reality and not just as a matter of contract (...) without substance is likely to be open challenge by the respective tax authorities.”, Vd. FINNERTY, C.J., MERKS, P., et al, *Fundamentals of International Tax Planning*, IBFD, *ob. cit.*, ponto 11.2.5.

<sup>11</sup> Por exemplo, porque a direção efetiva continua naquele Estado.

<sup>12</sup> CLARENDON, V., *An argument of substance...*, p. 6.

como plataforma para outros investimentos) pode ser recomendável para apoiar um pedido de isenção do imposto francês nas mais-valias no quadro dos tratados de dupla tributação celebrados pela França<sup>13</sup> com outros países.

Nos dias de hoje, o uso de *Special Purpose Vehicles* (SPV) é quase prática comum, sendo que muitas destas sociedades não emprega o tipo de pessoal que normalmente seria requerido para gerir os fluxos de dinheiro movidos pelas multinacionais através destes SPV. Por outro lado, estas não empregam ativos significativos, estando frequentemente sob uma obrigação contratual de pagar os seus rendimentos em diante<sup>14</sup>.

Mesmo não existindo um conceito universal de substância, parece claro que nestes casos as SPV não terão substância. Ainda assim, a sua utilização continua a ser bastante alargada, não estando os sujeitos passivos totalmente informados com os perigos inerentes a esta estrutura.

Note-se que o teste de substância utilizado nas várias autoridades tributárias não tem ligações significativas com os testes oficiais dos tratados fiscais e a palavra substância em si é muito pouco utilizada no contexto das CDT<sup>15</sup>.

No entanto, um número crescente de países têm regras oficiais de substância para entidades estrangeiras que procuram reduzir os impostos retidos na fonte por rendimentos obtidos nesses países. Mas, se as CDT não mencionam a substância como um teste formal para saber se um SPV tem direito a benefícios de tratados, deve a mesma continuar a ser? PETERS<sup>16</sup> considera que sim, atendendo à sua experiência com o planeamento fiscal de SPV.

Este autor considera que se a entidade é efetivamente gerida do exterior ou por outra estrutura estrangeira, a residência fiscal no país de incorporação do SPV pode ser questionada. A maioria dos países consagra a direção efetiva como regra de desempate (“*tie breaker*”) para os casos de dupla residência. Assim, se tais entidades são efetivamente geridas por outro país, elas não serão mais consideradas residentes fiscais no seu país de incorporação.

---

<sup>13</sup> CLARENDON, V., *An argument of substance...*, p. 6.

<sup>14</sup> PETERS, J., *Worldwide developments...*, p. 1.

<sup>15</sup> PETERS, J., *Worldwide developments...*, p. 2.

<sup>16</sup> PETERS, J., *Worldwide developments...*, p. 2.

Para este autor o requisito da direção efetiva (*“place of effective management”*) deve entender-se na essencialidade como uma questão de substância<sup>17</sup>. Se à SPV faltam os diretores que são os verdadeiros decisores no que fazer com dividendos, juros ou *royalties*, tal estrutura expõe-se a um ataque por “falta de substância” pela autoridade fiscal, podendo levar à perda de residência fiscal no país da SPV<sup>18</sup>.

O conceito de substância costuma ser visto como um conceito negativo, ou seja, uma definição *a contrario* da noção de “artificialidade”<sup>19</sup>.

Por último, CLAREDON<sup>20</sup> entende que a dificuldade em demonstrar substância reside no facto de que não existe uma resposta perfeita no mundo real. Deste modo, quando falamos de substância, inevitavelmente, temos de falar de requisitos, surgindo igualmente a dificuldade de saber qual a “substância dos requisitos de substância”<sup>21</sup>.

É em tais pontos de referência que as autoridades tributárias de alguns países insistem de modo a verificar se um sujeito passivo poderá obter os benefícios fiscais solicitados<sup>22</sup>.

De salientar que em muitos casos, os critérios formulados para averiguar a substância necessária são meramente indicativos e gerais, criando incerteza na sua interpretação e aplicação<sup>23</sup>. Em matéria de tributação internacional, os países, administrações tributárias e empresas multinacionais devem atender à substância e aos seus requisitos de forma mais concreta.

---

<sup>17</sup> “...*genuine substance was always a crucial element in order to satisfy the “place of effective management” and “beneficial ownership” test under tax treaties concluded by Luxembourg.*”, Vd. HOOR, O.R., *Luxembourg’s new transfer pricing circular on intra-group financing activities*, 62 *Tax notes international* 5, p. 419.

<sup>18</sup> PETERS, J., *Worldwide developments...*, p. 2.

<sup>19</sup> “*A structure lacks substance if it is based on an artificial arrangement which is not justified by any economic reason.*”, Vd. FOUQUET, O. & CHARPENTIER, C., *LBO et abus de droit*, *Droit Fiscal* 15, 2001, p. 41.

<sup>20</sup> CLAREDON, V., *An argument of substance...*, p. 7.

<sup>21</sup> MONSENEGO, J., *The substance requirements in the OECD Transfer Pricing Guidelines: What is the substance of the substance requirement?*, 21 *International Transfer Pricing Journal* 1, p. 9-23.

<sup>22</sup> CLARENDON, V., *An argument of substance...*, p. 7.

<sup>23</sup> MONSENEGO, J., *The substance requirements...*, p. 17.

## 2.3. Os requisitos de substância

Atendendo ao mais completo modelo (o holandês)<sup>24</sup>, a obrigação de clarificar a posição de substância nas declarações tributárias deve assentar em critérios específicos, sendo uma sociedade considerada como tendo substância suficiente se satisfizer determinadas condições, incluindo os seguintes requisitos:

### 2.3.1. País de residência dos membros do conselho executivo

Nos termos das regras holandesas, é necessário que, pelo menos, metade dos membros do conselho executivo resida no país em questão (individual) ou esteja estabelecido nesse país (coletivo)<sup>25</sup>.

Na situação de um número limitado de residentes estrangeiros ou membros do conselho executivo estabelecidos não se encontrar de acordo com o modelo de estruturação do grupo em termos comerciais e governativos, vários mecanismos são postos em prática de modo a assegurar o controlo e gestão suficiente, mantendo a conformidade com este requisito.

Tais mecanismos são avaliados materialmente. Assim, no que trata ao poder de decisão de membros do conselho residentes ou estabelecidos no país de residência, tal deve ser igual comparativamente ao dos membros do conselho residentes ou estabelecidos no exterior<sup>26</sup>.

### 2.3.2. Membros do conselho executivo qualificados

Os membros do conselho executivo devem possuir os conhecimentos profissionais necessários para cumprir adequadamente os seus deveres<sup>27</sup>.

---

<sup>24</sup> Questions and Answers Decree of 3 June 2014 (Q&A Decree), DGB 2014/3102, Netherlands Government Gazette 2014, 15958.

<sup>25</sup> Atendendo ao modelo luxemburguês, quando um diretor não residente deva ser nomeado, uma empresa deve em princípio ter pelo menos dois diretores residentes no Luxemburgo no conselho executivo, *Vd. HOOR, O.R., Luxembourg's new transfer pricing...*, p. 417, nr. 41.

<sup>26</sup> BERG, M. van den, *The Enlarged Scope of Dutch Substance Requirements*, 74 Tax Notes International 7, p. 647.

<sup>27</sup> No Luxemburgo, as competências profissionais do pessoal envolvido, quer em regime *outsourcing* ou *in-house*, podem ser substanciadas ao submeter o seu *curriculum vitae*, *Vd. HOOR, O.R., Luxembourg's new transfer pricing...*, p. 417, nr. 43.

O exercício dos seus deveres deve ser realizado da forma mais apropriada com vista à prossecução dos interesses da entidade empresarial<sup>28</sup>. Quando se determina o nível de conhecimento profissional necessário para o cumprimento correto das tarefas, deve estabelecer-se uma distinção entre o controlo e gestão da sociedade pelos seus diretores e o negócio subjacente da própria entidade<sup>29</sup>.

Não é estritamente necessário que os membros do conselho possuam conhecimentos aprofundados e vastos em termos técnicos relativamente ao negócio em si mesmo, apesar de tal poder ser bastante útil na comprovação de tal requisito. O essencial é que estes sejam capazes de cumprir com os seus deveres de forma apropriada, tendo sempre em vista a entidade e aquilo que eles reconhecem como melhor para os interesses da mesma<sup>30</sup>.

### 2.3.3. Trabalhadores qualificados

O sujeito passivo deve ter empregados qualificados para a implementação e registos adequados das transações celebradas pela entidade empresarial. Tal pessoal qualificado deve estar na lista de pagamentos efetuados da sociedade ou contratados a uma sociedade do grupo ou a terceiros<sup>31</sup>.

Por vezes, pode ser desnecessária uma grande força de trabalho em empresas prestadoras de serviços, por natureza da intensidade laboral das atividades.

Contudo, tais ações devem ser sempre realizadas por trabalhadores qualificados em nome da qualidade da própria entidade<sup>32</sup>.

---

<sup>28</sup> As tomadas de decisão devem assentar em poderes específicos, os quais devem ir além da gestão (administrativa) diária das atividades da sociedade, incluindo: estabelecimento de transações do ponto de vista legal, gestão de empréstimos, implementação correta das transações, etc, *Vd. HOOR, O.R., Luxembourg's new transfer pricing...*, p. 417, nr. 44.

<sup>29</sup> Tais tarefas devem abranger tomadas de decisão nas transações que a sociedade realizar com base na responsabilidade individual da entidade legal e dentro das fronteiras do envolvimento normal de um grupo, tal como conclusões apropriadas das transações que a sociedade efetuar, *Vd. VIS, N., Introduction of Substance Requirements for Netherlands Holding Companies*, 54 *European Taxation* 12, 2014, p. 2.

<sup>30</sup> BERG, M. van den, *The Enlarged Scope...*, p. 647.

<sup>31</sup> A sociedade deve ser capaz de supervisionar o trabalho executado pelo pessoal, *Vd. HOOR, O.R., Luxembourg's new transfer pricing...*, p. 417.

<sup>32</sup> BERG, M. van den, *The Enlarged Scope...*, p. 647.

### 2.3.4. Decisões de gestão no país de residência

As reuniões do conselho executivo devem ter lugar no país de residência da sociedade. O conselho de diretores deve estar fisicamente presente nas reuniões respetivas, nas quais são tomadas as decisões de maior importância, sobretudo as relacionadas com questões políticas e de estratégia<sup>33</sup>.

A participação pelos membros do conselho através do telefone, videoconferência ou outros meios de comunicação electrónicos debilita o cumprimento de tal requisito<sup>34</sup>, principalmente se o membro do conselho não estiver presente no país de residência relativamente a outras reuniões ocorridas durante o ano<sup>35</sup>.

### 2.3.5. Principais contas bancárias no país de residência

As principais contas bancárias do contribuinte devem ser mantidas no país de residência. Recai sobre a sociedade o poder de titular assim como plena autorização para lidar com as principais contas bancárias<sup>36</sup>.

Tal requisito não exclui a existência de uma ou mais contas bancárias fora do país de residência<sup>37</sup>.

### 2.3.6. Manutenção dos registos contabilísticos no país de residência

A contabilidade deve ser organizada no país de residência. Não apenas no sentido físico, mas ainda no sentido em que deva ser realizada no local durante o ano.

---

<sup>33</sup> Não obstante a preparação para as reuniões ser permitida fora do país de residência, ter a tomada de decisão já lugar no estrangeiro com a reunião do conselho no país de residência a servir como ratificação meramente formal, tal é proibido, *Vd. BERG, M. van den, The Enlarged Scope...*, p. 647.

<sup>34</sup> No domínio luxemburguês é recomendável possuir documentação relevante tal como passagens de avião e recibos de hotéis dos diretores, no caso da substância da sociedade não ser clara, *Vd. HOOR, O.R., Luxembourg's new transfer pricing...*, p. 419, nr. 46.

<sup>35</sup> BERG, M. van den, *The Enlarged Scope...*, p. 647.

<sup>36</sup> Podemos interpretar neste requisito que pelo menos metade dos diretores da sociedade são residentes no país, tendo poderes de decisão em respeito às contas bancárias, *Vd. BERG, M. van den, The Enlarged Scope...*, p. 647.

<sup>37</sup> No caso do Luxemburgo, é possível uma sucursal luxemburguesa de um banco estrangeiro, *Vd. HOOR, O.R., Luxembourg's new transfer pricing...*, p. 419.

Regra geral, não qualifica para este requisito um centro de serviços compartilhados que realize a contabilidade fora do país de residência em nome da empresa prestadora de serviços<sup>38</sup>.

De considerar ainda que não é necessário para a sociedade ter a contabilidade organizada no país de residência, caso o grupo empresarial da sociedade tenha centralizado as suas atividades relativas à contabilidade fora do país de residência, tendo este grupo atividades substanciais no país de residência.

### **2.3.7. Endereço do negócio no país de residência**

A empresa prestadora de serviços deve estar registada numa morada do país de residência.

### **2.3.8. Desconsideração do residente fiscal fora do país de residência**

Os sujeitos passivos não devem ser considerados residentes para efeitos fiscais noutra país.

Tal requisito está relacionado com sociedades com dupla residência, as quais não devem beneficiar da rede de convenções através do seu estatuto de residente com dupla tributação.

Este requisito não se relaciona com a lei sob a qual a sociedade está incorporada. A sociedade incorporada sob uma lei que não seja do país de residência pode beneficiar deste critério desde que seja considerada uma residente fiscal do país de residência por ambos os Estados nos termos do tratado aplicado<sup>39</sup>.

### **2.3.9. Risco real**

Os sujeitos passivos devem correr riscos reais relativamente às suas atividades de financiamento, licenciamento ou *leasing*.

---

<sup>38</sup> BERG, M. van den, *The Enlarged Scope...*, p. 647.

<sup>39</sup> BERG, M. van den, *The Enlarged Scope...*, p. 647.

Devemos ter sempre em conta a relação entre os ativos detidos e o capital que seja necessário para a sociedade arriscar. Na Holanda, quando tal seja menor que 1% dos ativos, ou 2 milhões de euros<sup>40</sup>, considera-se que não tem substância.

Quando se trata de saber se o risco é suportado realmente pela sociedade, todas as circunstâncias e factos relevantes devem ser tomados em conta<sup>41</sup>.

### 2.3.10. Mínimo de ações adequadas

Este requisito deve ser distinto do requisito do risco real (não sendo interpretado matematicamente<sup>42</sup>) apenas quando a empresa prestadora de serviços requer uma APA (*Advance Pricing Agreement*) ou ATR (*Advance Tax Ruling*)<sup>43</sup>.

Todos os factos e circunstâncias devem ser considerados, assim como a possibilidade de uma ligação ser criada com as regras dos requisitos do “capital de Basel”<sup>44</sup>, de modo a que este requisito seja cumprido para uma APA ou ATR.

Assim, o sujeito passivo deve ter um mínimo de ações adequadas em relação às funções desempenhadas pela entidade legal, considerando ainda os seus ativos e os riscos operacionais assumidos<sup>45</sup>.

## 2.4. A substância em prática

Neste segmento, tencionamos explorar as questões de substância ao nível da jurisprudência, tendo em conta tanto o recurso a CEAA (Cláusula Específica Anti-Abuso) como a CGAA (Cláusula Geral Anti-Abuso).

<sup>40</sup> A legislação fiscal holandesa relativa ao imposto empresarial contém uma disposição que limita a dedução de juros e *royalties* pagos pelas empresas que não correm risco real (Artigo 8º *Dutch Corporate Income Tax Act*).

<sup>41</sup> BERG, M. van den, *The Enlarged Scope...*, p. 648.

<sup>42</sup> Para efeitos de cumprimento nas declarações fiscais, a abordagem matemática relativa ao requisito do risco real revela-se suficiente.

<sup>43</sup> A entidade empresarial deve (pelo menos no momento da decisão ATR) ter cumprido todas as suas obrigações fiscais em matéria de, por exemplo: IRC, IVA, impostos salariais, etc., *Vd. VIS, N., Introduction of Substance Requirements...*, p. 2.

<sup>44</sup> Revised Framework on International Convergence of Capital Measurement and Capital Standards, *Vd. Dutch State Secretary of Finance in its Q&A* (nº 20), Decree of August 11, 2004, Nº IFZ2004/126M.

<sup>45</sup> Se a requisição diz respeito a uma transação envolvendo uma participação, importa o requisito que o solicitador deve ter financiado ou irá financiar o preço de custo das participações, pelas quais uma ATR está a ser requerida, com pelo menos 15% de ações, *Vd. VIS, N., Introduction of Substance Requirements...*, p. 2.

Ao avaliarmos se uma estrutura de investimento transfronteiriço que envolve uma “empresa de base estrangeira”<sup>46</sup> se insere no âmbito de uma regra anti-abuso doméstica (no sentido do país tributar na sua capacidade como Estado de residência), os requisitos de substância adquirem uma elevada importância.

De igual modo, avaliar uma estrutura de investimento transfronteiriço envolvendo uma “empresa de conduta estrangeira”<sup>47</sup> (no sentido do país tributar na sua capacidade como Estado da fonte) adquire relevância no que trata ao escopo de tais disposições anti-abuso.

#### **2.4.1. Outbound investments**

##### **2.4.1.1. Nota prévia**

O TJUE tem vindo a considerar que o *jurisdiction shopping* através do recurso de estruturas de investimento transfronteiriço é válido e legítimo desde que um estabelecimento real esteja criado no EM de acolhimento<sup>48</sup>.

Os EMs podem proteger as suas bases fiscais através de normas anti-abuso exclusivamente direcionadas a “arranjos puramente artificiais”. De facto, estruturas concebidas para fins de evasão fiscal podem ser desafiadas na base de uma CEAA, tal como relativa a Sociedades Estrangeiras Controladas (SECs) ou na base de uma CGAA.

No entanto, no exame de genuinidade de uma sociedade estrangeira sediada sob CEAA e CGAA, o requisito de substância mostra-se como um ponto de convergência<sup>49</sup>.

---

<sup>46</sup> O termo “empresa de base estrangeira” refere-se a uma empresa situada numa jurisdição de baixa tributação, usualmente um paraíso fiscal, o qual é utilizado para recolher o rendimento passivo que, de outro modo, adviria diretamente para o contribuinte, *Vd. ROGERS-GLABUSH, J., IBEFD International Tax Glossary*, IBEFD, 2011.

<sup>47</sup> O termo “empresa de conduta estrangeira” refere-se a uma empresa criada com o propósito de obter os benefícios de uma convenção fiscal a respeito do rendimento produzido num país estrangeiro, o benefício económico do qual rendimento adviria para pessoas noutra terceiro país, a quem não estaria possibilitado titular tais benefícios do tratado, se tivessem recebido o rendimento diretamente, *Vd. ROGERS-GLABUSH, IBEFD...*, IBEFD, 2011.

<sup>48</sup> EVERS, M. & GRAAF, A. de, *Limiting Benefit Shopping: Use and Abuse of EC Law*, *EC Tax Review* 6, 2009, p. 292.

<sup>49</sup> ROBERT, E. & TOF, D., *The Substance Requirements...*, p. 438.

#### 2.4.1.2. Substância e CEEA

A questão do nível de substância de uma sociedade não residente torna-se crucial, uma vez que tal determinará a sustentabilidade e a segurança, face às autoridades fiscais, de quaisquer estruturas de investimento transfronteiriço, envolvendo tal sociedade.

As CEEA domésticas pretendem excluir certas atividade económicas das regras de alocação padrão, tal como a legislação das SECs para atividades financeiras e *holding*<sup>50</sup>.

A resolução do Conselho de 8 Junho de 2010, o qual sugeriu regras coordenadas nas SECs, não foi capaz de reverter a situação. Para o Conselho, os lucros são susceptíveis de ser desviados para uma entidade artificial estrangeira quando: (1) a atribuição de lucro não está baseada em razões suficientemente válidas do ponto de vista económico ou comercial, não reflectindo a realidade económica; (2) a entidade estrangeira não corresponde a um estabelecimento real destinado a continuar atividades económicas genuínas; (3) não existe uma correlação proporcional entre atividades aparentemente conduzidas pela entidade estrangeira e aquilo que existe fisicamente em termos de trabalhadores, equipamentos e edifícios<sup>51</sup>; (4) o contribuinte estabelece arranjos desprovidos de realidade económica e com pouco ou nenhum propósito negocial; (5) a entidade estrangeira estar sobrecapitalizada<sup>52</sup>.

Tal não confere quaisquer direitos ou obrigações aos EMs, mas deixa sugestões no que trata a melhorar as legislações domésticas. Em termos de consequências práticas, encontram-se delineados parâmetros no sentido dos requisitos de substância poderem contribuir para uma convergência da jurisprudência nacional e das políticas das autoridades fiscais.

---

<sup>50</sup> ROBERT, E. & TOF, D., *The Substance Requirements...*, p. 438.

<sup>51</sup> Neste sentido, estão implicitamente reconhecidas como válidas as regras dos preços de transferência, assim como ferramentas importantes para avaliar a substância de uma sociedade estrangeira. Assim, os estudos que regem a determinação do *arm's length price* numa transação irão desempenhar um papel cada vez maior na identificação da substância requerida por uma sociedade estrangeira. Tal evolução significaria claramente que a noção de substância não requer qualquer vínculo ou ligação entre a fonte dos rendimentos obtidos por uma sociedade estrangeira e o estado de acolhimento da sociedade, *Vd.* ROBERT, E. & TOF, D., *The Substance Requirements...*, p. 439.

<sup>52</sup> Tal requisito permitiria o rácio de dívida pré-definido semelhante aos aplicados para fins de subcapitalização, indo além do requisito de substância conforme estabelecido pelo TJUE. Claro está que a noção de substância retirada do *Cadbury Schweppes holding* não requer um montante mínimo/máximo de financiamento de capital de uma empresa de base, *Vd.* ROBERT, E. & TOF, D., *The Substance Requirements...*, p. 439.

### 2.4.1.3. Substância e CGAA

A noção de substância também se apresenta bastante útil na aplicação das CGAA, sendo possível encontrar uma aplicação do requisito de substância na decisão *Pléiade*<sup>53</sup>, do Supremo Tribunal Administrativo francês.

As autoridades fiscais demonstraram com sucesso que a atividade alegadamente transferida para a sociedade não residente era efetivamente realizada, a um grau relevante e por um período significativo de tempo, por sociedades de gestão de terceiros.

Numa recente decisão francesa (*Alcatel CIT*)<sup>54</sup>, após uma auditoria fiscal, as autoridades tributárias negaram a aplicação da *participation-exemption* por recurso ao CGAA. Consideraram que a subsidiária belga intermediária era unicamente utilizada para converter juros de fonte estrangeira tributáveis em dividendos isentos de fonte estrangeira, sendo como tal abusivo<sup>55</sup>.

A *holding company* francesa (*Alcatel CIT*) tinha aumentado o capital da sua subsidiária belga, que estava a atuar no Estado de acolhimento como um centro de coordenação para o grupo.

O dinheiro, assim que contribuiu, foi posteriormente disponibilizado pela subsidiária belga para outras entidades do grupo através de empréstimos, tendo, subsequentemente, a subsidiária belga distribuído à *holding company* francesa os juros recebidos de outros membros do grupo.

Consequentemente, a estrutura de investimento permitiu ao grupo, como todo, repatriar o rendimento passivo de fonte estrangeira para a França isenta de qualquer imposto, contando com duas exceções sucessivas: (1) uma pelos juros derivados das atividades financeiras ao nível da sociedade intermediária, atendendo ao centro coordenado na Bélgica; (2) outra pelos dividendos recebidos ao nível da *holding company*, em virtude do regime de *participation-exemption* na França.

Na apreciação da substância, o juiz salientou os seguintes elementos: (1) a existência de pessoal (48 trabalhadores); (2) a existência de uma atividade económica genuína, uma vez que o *finance pooling* assim como *hedging functions* foram realizados

---

<sup>53</sup> Supremo Tribunal Administrativo, 8º 3º, 18 de Fevereiro 2004, Nº 247729, *SA Pléiade*.

<sup>54</sup> Supremo Tribunal Administrativo, 9º 10º, 15 de Abril 2011, Nº 322610, *Alcatel CIT*.

<sup>55</sup> O Tribunal rejeitou esta afirmação com base na subsidiária belga estar disposta a provar um mínimo de substância no estado de acolhimento.

pela entidade estrangeira para outros membros do grupo, tendo tal actividade económica gerado um montante considerável de volume de negócios.

Deste modo, o nível de substância excluiu o aumento de capital proporcionado pela *holding company* francesa de ser visto como um arranjo puramente artificial que poderia cair no escopo do CGAA<sup>56</sup>.

## **2.4.2. *Inbound investments***

### **2.4.2.1. Nota prévia**

CEAA e CGAA também podem ser aplicadas em situações em que o país de residência é o Estado da fonte do rendimento em disputa.

Com base em recente jurisprudência francesa, constata-se que o contribuinte não residente (para o qual o rendimento advém) não pode estabelecer que tem poder suficiente sobre tal rendimento, mas também não pode estabelecer um nível suficiente de substância no seu estado de residência.

Por conseguinte, quando se organizam estruturas de investimento transfronteiriço, torna-se extremamente importante assegurar que a *holding company* não residente que reivindica uma isenção ou uma taxa de retenção na fonte reduzida no país de residência está dotada com um nível mínimo de substância no país de acolhimento<sup>57</sup>.

### **2.4.2.2. Substância e CEAA**

Uma vez que as CEAA não fazem qualquer menção específica à noção de artificialidade, coloca-se a questão de saber se a noção de substância é de alguma utilidade neste âmbito. Infelizmente, não existem de momento dados objetivos que nos permitam responder a tal questão.

---

<sup>56</sup> Esta decisão fortaleceu a conclusão que, a partir do *Cadbury Schweppes* em diante, apenas sociedades estrangeiras puramente artificiais destinadas a, exclusivamente, contornar a legislação fiscal do país em questão podem cair dentro do âmbito do CEAA e CGAA doméstico, *Vd. ROBERT, E. & TOF, D., The Substance Requirements...*, p. 440.

<sup>57</sup> ROBERT, E. & TOF, D., *The Substance Requirements...*, p. 441.

Numa decisão do Tribunal Administrativo de *Montpellier* de 24 de Junho de 2009<sup>58</sup>, referente a um caso onde a empresa interposta tinha recebido uma distribuição significativa de dividendos da subsidiária francesa pouco depois de ter sido estabelecida no Reino Unido, as autoridades fiscais negaram o benefício da isenção de dividendos e desconsideraram os fins comerciais apresentados pela *holding company* britânica.

De notar que o Tribunal não conduziu uma análise factual da substância ao nível da empresa intermediária. Ao invés, endossou a posição das autoridades fiscais e considerou a interposição da *holding company* não justificada por razões comerciais sólidas. Aqui surge a questão de saber se uma conclusão pode ser extraída a partir desta decisão, que a mera ideia de ligação entre este CEAA e a noção de substância é completamente infundada.

Observando uma decisão do Tribunal Administrativo de *Lyon*<sup>59</sup>, encontramos uma sociedade britânica, propriedade de duas sociedades *offshore* localizadas em *Jersey* à qual tinha sido negado o acesso à isenção de dividendos em França. Na rejeição da aplicação da CEAA doméstica, o Tribunal notou que a *holding company* estava de facto a exercer funções executivas e de gestão para os outros membros do grupo.

A análise do juiz lembrou o requisito de substância, uma vez que optou por prosseguir uma análise factual na avaliação da atividade económica realizada no exterior pela empresa de conduta.

Como consequência, tal pode reforçar a ideia de que a noção de substância é um critério basilar para CEAA, mesmo quando o país em questão exerce o seu poder na sua capacidade como Estado da fonte.

#### 2.4.2.3. Substância e CGAA

As CGAA permanecem como a principal ferramenta nas mãos das autoridades tributárias para dissuadir as sociedades de empreenderem esquemas de planeamento fiscal agressivo, inclusive nos casos de estruturas que envolvam uma sociedade não residente<sup>60</sup>.

Atendendo à importância da CGAA, torna-se de necessário avaliar se os requisitos de substância têm algum papel na aplicação da CGAA a situações em que as

---

<sup>58</sup> Tribunal Administrativo de *Montpellier*, 2º, 24 de Junho 2009, Nº 0700526, *SAS Cameron France*.

<sup>59</sup> Tribunal Administrativo de *Lyon*, 20 de Novembro 2007, Nº 0504128, *SAS Mac Kechnie France*.

<sup>60</sup> ROBERT, E. & TOF, D., *The Substance Requirements...*, p. 442.

autoridades tributárias empenham-se em proteger a base fiscal do país de residência na sua capacidade como Estado da fonte.

Na decisão do *Committee for abuse of rights*, 7 Dezembro 2010<sup>61</sup>, as autoridades fiscais francesas tentaram demonstrar que uma sociedade intermediária dinamarquesa, totalmente propriedade de uma sociedade norte-americana, constituía um arranjo artificial destinado a evitar a retenção na fonte francesa. Ou seja, um arranjo artificial com o objetivo de obter uma isenção que não era aplicável relativamente a um investimento direto por parte dos EUA.

As autoridades fiscais tentaram demonstrar a natureza fictícia da entidade dinamarquesa, considerando que a sociedade dinamarquesa não satisfaz o requisito de substância, uma vez que não existia atividade real exercida pela entidade, assim como não existiam trabalhadores alocados a essa entidade.

Além disto, a *holding* dinamarquesa era gerida por uma terceira pessoa e não tinha volume de negócios ou lucro operacional. Ainda, as autoridades tributárias salientaram que a *holding company* tinha sido interposta pouco tempo depois da celebração de um protocolo com os EUA.

O Comité recusou o ponto de vista das autoridades fiscais e salientou outros elementos que indicavam um nível suficiente de substância da holding dinamarquesa no estado de acolhimento: (1) a sociedade intermediária detinha ações em 140 subsidiárias localizadas em 20 países diferentes; (2) a localização da *holding company* na Dinamarca foi baseada numa decisão tomada pelos acionistas; (3) a entidade dinamarquesa encontrava-se a operar de acordo com o seu propósito empresarial<sup>62</sup>.

Tal posição demonstra perfeitamente como as CEAA e CGAA domésticos têm de estar em linha com esta noção subjacente de substância.

No caso *Bourdon*<sup>63</sup>, o Supremo Tribunal Administrativo francês rejeitou a alegação das autoridades fiscais que um veículo *holding* estava desprovido de substância económica.

Considerou que a criação da *holding* não tinha sido exclusivamente conduzida por motivos fiscais, mas sim motivado por razões negociais: reforçar a capacidade de empréstimo dos acionistas e facilitar a criação ou aquisição de empresas no futuro. Tal

---

<sup>61</sup> Administrative Guideline, Instruction N° 14406, 3 de Fevereiro 2011 – *Société X France Holding*.

<sup>62</sup> ROBERT, E. & TOF, D., *The Substance Requirements...*, p. 442.

<sup>63</sup> Supremo Tribunal Administrativo (*Conseil d'État*), 27 de Janeiro 2011, N° 320313, *Bourdon*.

substância foi reconhecida pelo juiz ao nível da *holding*, numa situação puramente doméstica, e preveniu a aplicação da CGAA francesa.

Os tribunais franceses têm aumentado o escrutínio do contexto económico de estruturas de investimento, tendo em consideração um lapso de tempo considerável bem como uma avaliação de todos os efeitos efetivos e potenciais das operações, o qual num enquadramento de SEC e empresas de conduta confirma que o teste de substância deve apenas ser utilizado com base numa análise económica global, tomando em consideração a natureza exata das atividades conduzidas pela entidade<sup>64</sup>.

## 2.5. Conclusões preliminares

Quando salientamos substância como conceito fiscal, a base do mesmo deve ser analisado de um ponto de vista legal e económico.

Apesar de o termo ser raramente utilizado em CDT, é incontestável que desempenha um papel importante no quadro das mesmas, por força do artigo referente à residência (Art. 4º Convenção Modelo OCDE).

Por conseguinte, a falta de substância pode por vezes ser utilizada pelas autoridades tributárias para negar a residência fiscal a determinados tipos de estruturas empresariais no seu país de estabelecimento, representando ainda uma arma poderosa no ataque às mesmas quando não passam nos devidos testes.

Constatamos igualmente que sendo os requisitos de substância utilizados para verificar quando uma sociedade tem presença física genuína no país de residência, o não cumprimento de tais requisitos pode pôr em causa a qualificação de residente fiscal sob a CDT aplicável<sup>65</sup>.

Através do alargamento do âmbito do cumprimento dos requisitos de substância, assente numa definição ampla de empresas prestadoras de serviços<sup>66</sup>, podemos contribuir para uma maior transparência em matéria de planeamento fiscal

---

<sup>64</sup> ROBERT, E. & TOF, D., *The Substance Requirements...*, p. 443.

<sup>65</sup> BERG considera que “*since some criteria may be less clear for some service companies, the interpretation for each specific case can be discussed upfront with the Dutch tax authorities, in line with the existing open attitude of the Dutch tax authorities.*”, Vd. BERG, M. van den, *The Enlarged Scope...*, *ob. cit.*, p. 648.

<sup>66</sup> Todas as sociedades devem indicar se estão em conformidade com os requisitos de substância nas suas declarações para efeitos fiscais, Vd. HOOR, O.R., *Luxembourg's new transfer pricing...*, p. 419.

internacional, encontrando nesta conformidade de requisitos para as empresas uma maior reforma política do que uma questão de direito<sup>67</sup>.

---

<sup>67</sup> BERG, M. van den, *The Enlarged Scope...*, p. 649.

### 3. COMPATIBILIDADE DOS REQUISITOS DE SUBSTÂNCIA COM O DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA

---

#### 3.1. Introdução

Como já foi constatado, as fronteiras do que constitui abuso e os requisitos definidores do nível de substância capazes de invocar o Direito da UE permanecem em exame por parte do TJUE.

Quando analisamos o que deve ser considerado como tendo “substância suficiente”, devemos incluir na análise a revisão do Direito da UE, na vertente da legislação europeia primária e secundária.

Tomando em conta as várias decisões proferidas pelo TJUE, o conceito de substância tem um impacto muito próprio no modo como deve ser abordado no contexto da UE, devendo as liberdades fundamentais estar conciliadas com a proteção legítima das bases fiscais do EM.

Vários EMs têm expressado a sua intenção de evitar que o direito de livre circulação transfronteiriça se torne um instrumento para planeamento fiscal agressivo nas mãos de empresas multinacionais<sup>68</sup>.

Por parte do TJUE, a referência à “artificialidade” surgiu pela primeira vez na decisão *Imperial Chemical Industries*<sup>69</sup>, a qual se tornou decisiva na aplicação das liberdades fundamentais. Na decisão *Cadbury Schweppes* devemos salientar que tal começou por reconhecer dois direitos contraditórios: por um lado, o direito de um contribuinte invocar liberdades da UE para fins de evasão fiscal<sup>70</sup> e, por outro lado, o direito de um EM utilizar disposições anti-abuso para combater a evasão fiscal<sup>71</sup>.

A resposta do TJUE é apenas categórica: um contribuinte é livre de invocar as liberdades da UE para fins de planeamento fiscal desde que os contratos subjacentes à estrutura de investimento não sejam “puramente artificiais”<sup>72</sup>.

---

<sup>68</sup> “Although no Member State has officially expressed disagreement in regard to landmark decisions of the European Court of Justice, it is well known that some Member States would like to circumscribe the impact of the fundamental freedoms.”, Vd. ROBERT, E. & TOF, D., *The Substance Requirements...*, *ob. cit.*, p. 436.

<sup>69</sup> TJUE, 16 de Julho 1998, *Imperial Chemical Industries plc (ICI) v. Kenneth Hall Colmer*, C-264/96.

<sup>70</sup> *Cadbury Schweppes*, § 36-37

<sup>71</sup> *Cadbury Schweppes*, § 51

<sup>72</sup> *Cadbury Schweppes*, § 55

A mobilidade de indivíduos assim como empresas privadas dentro da UE tem aumentado na medida das liberdades fundamentais do TFUE se terem tornado realidade<sup>73</sup>. No momento da escolha de um EM da UE o elemento fiscal é tido em consideração.

As leis fiscais domésticas dos EMs continuam a interferir com as atividades transfronteiriças das empresas dentro e além da UE<sup>74</sup>. Como analisaremos, dentro do âmbito europeu, as referidas medidas anti-abuso têm sido frequentemente escrutinadas pelo TJUE.

### 3.2. Requisitos derivados da União Europeia para normas tributárias internas

Afirmamos que certos países exigem requisitos de substância bastante rígidos. Uma questão que surge neste contexto é a de saber como lidar com tais requisitos de substância no contexto da UE.

Os EMs podem, dentro da justificação da prevenção da fraude e abuso, tomar o assunto nas suas próprias mãos no que trata a definir medidas anti-abuso a aplicar quando certos requisitos estão reunidos, nomeadamente sempre que a “substância” que considerem necessária não se encontre presente<sup>75</sup>.

No que trata à tributação de *holdings*, a Diretiva Mães-Afiliadas<sup>76</sup> permite aos países, de forma unilateral e não harmonizada, introduzir medidas anti-abuso para lidar com o potencial uso abusivo das mesmas, porém, não exclui tal legislação unilateral do cumprimento da lei primária<sup>77</sup> na UE.

Por consequência, o TJUE tem continuamente concluído que, em casos relativos a fiscalidade direta<sup>78</sup>, apesar dos EMs reterem competência no que trata a impostos

---

<sup>73</sup> SMITS, A., VERLINDEN, I., *Substance 2.0: Aligning international tax planning with today's business realities*, PwC, p. 135.

<sup>74</sup> SANCHEZ, E.G., FLUXA, J.F., *The Transfer of the Seat of and the Freedom of establishment for companies in the European Union: An analysis of the ECJ Case Law and the Regulation on the Statute for a European Company*, 45 *European Taxation* 6, p. 219.

<sup>75</sup> BOULARD, E. & CALISTO PATO, A., *Holding companies in the EU: The quest for substance*, 36 *Tax Planning International Review* 4, p. 26.

<sup>76</sup> Diretiva 90/435/EEC, 23 de Julho 1990, alterada pela Diretiva 2003/123/EC, 22 de Dezembro 2003.

<sup>77</sup> A razão para isso está no facto da lei secundária ser especial em relação à lei primária e, como estabelecido no *Bosal Holding*, antes de ser considerada a legislação nacional de um EM dentro do escopo de uma diretiva, tal deve ser exercido, em primeiro lugar, no cumprimento com as disposições fundamentais do TFUE, *Vd.* TJUE, 18 de Setembro 2003, “*Bosal Holding*”, C-168/01.

<sup>78</sup> TJUE, 14 de Fevereiro 1993, *Finanzamt Köln-Alstadt v Schumacker*, C-279/93, p. 21 e 26.

diretos, tal não os desobriga de fazerem uso de tal competência no pleno respeito pelo Direito da UE<sup>79</sup>.

Disposições nacionais que permitam um tratamento diferente de situações transnacionais, apenas podem ser compatíveis com as liberdades protegidas pelo TFUE se tal tratamento diferenciado respeite situações que não são objetivamente comparáveis ou, se objetivamente comparáveis, o diferente tratamento é proporcional e justificado<sup>80</sup>.

No entendimento de FARMER<sup>81</sup>, o propósito reside em determinar quando o tratamento diferente está em razões de nacionalidade e/ou o exercício da liberdade do tratado ou, ainda, saber se há mais alguma explicação objetiva para o tratamento diferenciado. O escopo do princípio da não discriminação no Direito da UE é obviamente maior do que aquele do artigo não discriminação das CDT. De modo crescente, o campo de batalha para determinar o seu escopo reside na proporcionalidade<sup>82</sup>.

### 3.3. Substância e liberdade de estabelecimento

Neste contexto, importa clarificar a relação entre a substância e a liberdade de estabelecimento dentro da UE.

O conceito de “liberdade de estabelecimento” é de importância fulcral num mundo cada vez mais globalizado no qual, de uma perspectiva económica, as fronteiras nacionais tendem a desaparecer. Como não existem disposições no TFUE relativamente à noção de domicílio fiscal, o fator de conexão fiscal da “residência fiscal” é dado forma pela legislação doméstica de cada um dos diferentes EMs na UE<sup>83</sup>.

Sinteticamente, o artigo 49º TFUE, referente à liberdade de estabelecimento, pode ser interpretado como inibidor de um EM da UE discriminar nacionais de outro

<sup>79</sup> BOULARD, E. & CALISTO PATO, A.,  *Holding companies in the EU...*, p. 26.

<sup>80</sup> BOULARD, E. & CALISTO PATO, A.,  *Holding companies in the EU...*, p. 26.

<sup>81</sup> FARMER, P.,  *Chapter 15: A difference of form or substance? A comparison of the discrimination analysis in the EU Law and in recent UK cases on tax treaties*, EU Income Tax Law: Issues for the Years Ahead, 9 EC and International Tax Law Series, p. 4.

<sup>82</sup> “Proportionality of course is an elastic concept which leaves considerable discretion for the ECJ. The extent of Member States’ fiscal sovereignty will depend on how far the ECJ is willing to go in insisting on less restrictive systems and rules.”, Vd. FARMER, P.,  *Chapter 15: a difference of form or Substance?...*,  *ob. cit.*, p. 5.

<sup>83</sup> SANCHEZ, E.G., FLUXA, J.F.,  *The Transfer of the Seat...*, p. 221.

EM, assim como discriminar entre os seus próprios nacionais quando procurem se estabelecer noutra EM<sup>84</sup>.

Quanto a limitações e exceções à liberdade de estabelecimento, tais podem ser encontradas nos artigos 51º e 52º TFUE. Os EMs da UE são livres de determinar os seus próprios requisitos de política nacional pública, mas o TJUE adere a uma interpretação muito rigorosa<sup>85</sup>.

O TJUE aceita algumas justificações (*rule of reason*<sup>86</sup> test) invocadas pelos EMs para justificar medidas restritivas ou discriminatórias da liberdade de estabelecimento<sup>87</sup>.

Relativamente às habituais justificações invocadas pelos EMs com base na exigência imperativa de interesse público, o TJUE parece apenas aceitar as seguintes<sup>88</sup>: (1) a necessidade de assegurar a eficácia dos contratos fiscais; (2) a necessidade de prevenir a evasão fiscal ou o abuso; (3) coerência do sistema fiscal nacional; (4) o princípio da territorialidade fiscal e (5) a preservação da repartição equilibrada do poder de tributar<sup>89</sup>.

O artigo 54º TFUE<sup>90</sup> estende a proteção da liberdade de estabelecimento das sociedades criadas de acordo com o direito de um EM da UE e tendo a sua sede, administração central ou principal local de negócios dentro da UE. Para as sociedades, tais elementos servem como o fator de conexão com o sistema legal de um determinado EM da UE, da mesma forma que a nacionalidade serve como um fator de conexão para indivíduos privados<sup>91</sup>.

<sup>84</sup> SMITS, A., VERLINDEN, I., *Substance 2.0...*, p. 136.

<sup>85</sup> PANAYI, C.H.J.I., *Treaty Shopping and Other Tax Arbitrage Opportunities in the European Union: a Reassessment – part 1*, 46 *European Taxation* 3, 2006, p. 107-108.

<sup>86</sup> “The Rule of Reason applies when the following four conditions are met: (1) no positive integration (harmonization) has been achieved in the field of the measure that is being tested; (2) the tested measure is applicable without differentiation (discrimination); (3) the measure is justifiable on the grounds of an imperative demand of public interest; (4) the measure withstands the proportionality test.”, Vd. SMITS, A., VERLINDEN, I., *Substance 2.0...*, *ob. cit.*, p. 137.

<sup>87</sup> VOS, P. de, & JANSEN, T., *Handboek Internationaal en Europees Belastingrecht*, Antwerp: Intersentia, 2008, p. 439-441.

<sup>88</sup> SMITS, A., VERLINDEN, I., *Substance 2.0...*, p. 137.

<sup>89</sup> Aceite pela primeira vez pelo TJUE como uma razão imperiosa de interesse público, capaz de justificar uma restrição nas liberdades fundamentais, em *Marks & Spencer*, Vd. TJUE, 13 de Dezembro 2005, *Marks & Spencer plc. V. David Halsey (HM Inspector of taxes)*, C-446/03.

<sup>90</sup> “Article 54 sets out two conditions that companies have to meet in order to invoke the freedom of establishment: the first is that a company or firm has to be constituted according to the commercial or civil law of an EU Member State; the second concerns the “nationality” of the company or firm: this is met whenever the company or firm has its registered office, central administration or principal place of business within the EU.”, Vd. SMITS, A., VERLINDEN, I., *Substance 2.0...*, *ob. cit.*, p. 138.

<sup>91</sup> PANAYI, C.H.J.I., *Treaty Shopping...*, p. 107.

Por conseguinte, para que as sociedades possam invocar a liberdade de estabelecimento, terá de existir uma forma de “estabelecimento” dentro da UE.

Tal noção de estabelecimento não se encontra definida no TFUE, sendo que outras fontes têm de ser invocadas para interpretar o seu significado. Assim, importa a útil referência ao TJUE, o qual apresentou uma abordagem económica, declarando que o estabelecimento requer a prossecução de uma atividade económica<sup>92</sup>.

Como tal, as sociedades serem capazes de demonstrar que um estabelecimento genuíno está criado dentro da UE, envolvendo dois fatores: (1) presença física e (2) o exercício de uma atividade económica (se não numa base permanente, pelo menos numa base durável)<sup>93</sup>.

### **3.4. Problemas de compatibilidade de normas anti-abuso domésticas com o Direito da União Europeia**

Em matérias de fiscalidade direta, o TJUE tem lidado com um número de casos onde aferiu se uma medida anti-abuso doméstica poderia ser considerada compatível com o Direito da UE. Nesse sentido, ao longo dos anos, o TJUE tem desenvolvido o seu próprio “conceito de abuso” em matérias de fiscalidade direta<sup>94</sup>.

Contudo, dado que o abuso é definido principalmente pela lei nacional, surgem discrepâncias expressivas entre as definições fornecidas em cada EM da UE quanto ao grau de tolerância no que respeita ao atrito entre forma e substância, algo que os sujeitos passivos exploram frequentemente com o propósito de reduzir a sua carga fiscal em situações transfronteiriças<sup>95</sup>.

Na base de decisões marcantes<sup>96</sup> do TJUE é possível constatar que o mesmo adere à noção de “arranjos puramente artificiais”. Esta noção refere-se a expedientes criados para contornar a legislação fiscal doméstica<sup>97</sup>.

---

<sup>92</sup> SMITS, A., VERLINDEN, I., *Substance 2.0...*, p. 139.

<sup>93</sup> TJUE, 25 de Julho 1991, *The Queen v. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd. and others*, C-212/89.

<sup>94</sup> BROE, L. de, *International Tax Planning and Prevention of Abuse: a study under Domestic Law, Tax Treaties and EC Treaty in relation to conduit and base companies*, IBFD, 2008 § 60.

<sup>95</sup> PISTONE, P., *The application of anti-abuse measures in the area of direct taxation within the EU and in relation to third countries*, 2 Highlights & Insights on European Taxation 5, p. 40.

<sup>96</sup> Nomeadamente: “*Avoir Fiscal*”, C-270/83; “*Daily Mail*”, C-81/87; “*ICI*”, C-264/96; “*X&Y*”, C-436/00; “*Lankhorst-Hohorst*”, C-324/00; “*Lasteyrie du Saillant*”, C-9/02.

<sup>97</sup> SMITS, A., VERLINDEN, I., *Substance 2.0...*, p. 165.

### 3.4.1. Impacto da noção “arranjos puramente artificiais”

Até ao caso *Cadbury Schweppes*, o TJUE usualmente fazia referência à noção de “arranjos puramente artificiais” sem proceder à clara orientação da interpretação da expressão. Fê-lo pela primeira vez na referida decisão, tornando-a bastante relevante na extração de orientação sobre: (1) compreender a análise racional de decisões prévias tomadas pelo TJUE; (2) avaliar a compatibilidade com o Direito da UE de disposições anti-abuso domésticas ainda não testadas<sup>98</sup>.

Para determinar se um estabelecimento secundário seria um “arranjo puramente artificial”, o Advogado-Geral (AG)<sup>99</sup> propôs três critérios essenciais: (1) a subsidiária é requerido ter presença física no outro Estado – tal como pessoal, instalações e equipamentos – necessário para conduzir as suas atividades, constituindo tal ponto um assumir da essencialidade de conhecer a genuinidade do estabelecimento da subsidiária no país de acolhimento; (2) a natureza das atividades desenvolvidas necessitam de ser genuínas, devendo o pessoal da subsidiária possuir competência para efetuar os serviços bem como nível de tomada de decisão relativamente às prestações fornecidas; (3) o valor económico das atividades da subsidiária no que diz respeito à sociedade-mãe e todo o grupo, algo que permite ter em atenção a situação objetiva de, em caso das prestações fornecidas pela subsidiária serem desproporcionais de qualquer interesse económico relativamente a sociedade-mãe, poder ser admitido a existência de um “arranjo puramente artificial”. Tais critérios foram, grosso modo, acolhidos na decisão.

Tal como se constata em vários casos<sup>100</sup> posteriores, o TJUE refere-se à noção de “arranjos puramente artificiais” como critério para testar se a legislação doméstica em jogo é compatível com a liberdade de estabelecimento ou com a livre circulação de capitais. Assim, entende-se que a interpretação apresentada pelo TJUE no *Cadbury Schweppes* possa ser hoje considerada jurisprudência consolidada.

---

<sup>98</sup> SMITS, A., VERLINDEN, I., *Substance 2.0...*, p. 166.

<sup>99</sup> Opinião do AG Léger, 2 Maio de 2006, *Cadbury Schweppes*, § 111-114.

<sup>100</sup> Nomeadamente: “*Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*”, C-524/04; “*NV Lammers & Van Cleeff*”, C-105/07; “*SGP*”, C-311/08.

### 3.4.2. Substância económica no Direito da União Europeia

O caso *Cadbury Schweppes* tornou-se de importância peculiar relativamente ao tema da residência fiscal e à definição dos critérios que os EMs podem impor às sociedades em termos de substância.

Ao ser a primeira vez que o TJUE elaborou, em detalhe, sobre as implicações mais profundas da noção de “arranjos puramente artificiais”, tal transpôs uma dimensão inovadora no facto de, também pela primeira vez, o TJUE ter feito referência ao requisito para substância económica.

A “substância económica” expressa a propriedade efetiva de lucros expectáveis, fluxos de caixa, riscos e assim por diante afetando o negócio, enquanto a “substância legal” diz respeito à propriedade legal do negócio, bem como documentação relacionada que prova a legitimidade do negócio. Alguns autores entendem que não deve haver diferença entre ambos os conceitos no âmbito de uma estrutura ou transação por forma a atenuar o risco de aplicação de normas anti-abuso, tais como a CGAA<sup>101</sup>.

De facto, de modo a uma sociedade ter suficiente substância económica num EM, a sociedade deve verificar se a sua presença física está manifestada na forma de: (1) local e equipamento necessário para conduzir os negócios da sociedade; (2) pessoal com grau de competência necessário para servir o negócio; (3) pessoal que tem de ser livre de forma independente para decisões em matérias relevantes para o negócio em curso da sociedade<sup>102</sup>.

Neste respeito, os fatores objetivos a considerar para determinar se há substância adequada incluem critérios relacionados com o local efetivo da tomada de decisões, a presença tangível do estabelecimento e ainda o risco real comercial assumido.

De notar que o TJUE relaciona o termo sociedade “caixa-correio” com a ausência de conduta de atividade económica, algo confirmado na decisão *Eurofood*<sup>103</sup>.

Podemos constatar que os requisitos de substância, na visão do TJUE, são menos rigorosos quando comparados com os três pontos apresentados pelo AG. Apenas se a SEC for um estabelecimento fictício, não realizando qualquer atividade económica

---

<sup>101</sup> SANGHVI, S. & MUKUNDAN, A., *India: The importance and evolution of substance*, International Tax Review, 2014, p. 30.

<sup>102</sup> SMITS, A., VERLINDEN, I., *Substance 2.0...*, p. 175.

<sup>103</sup> TJUE, 2 de Maio 2006, “*Eurofood IFSC*”, C-341/04.

genuína no território do EM, aí, de acordo com o TJUE, a criação dessa SEC deve ser considerada como tendo as características de “arranjos puramente artificiais”<sup>104</sup>.

*Cadbury Schweppes* deu uma maior e explícita orientação nos critérios para detetar práticas abusivas<sup>105</sup>, ou evitar um esquema ser tratado como prática abusiva, especialmente quando as autoridades tributárias desafiavam a residência fiscal de uma sociedade, na medida que o Direito da UE pode prevalecer sobre a lei doméstica, assim como sobre a internacional<sup>106</sup>.

Assim, presunções irrefutáveis destinadas a ignorar o exercício de uma atividade económica ou a sua genuinidade no que trata a certas atividades negociais devem ser consideradas contrárias ao Direito da UE, devendo o uso de presunções irrefutáveis ser apenas aceite na medida em que não implique uma inversão do ónus da prova para o contribuinte<sup>107</sup>.

Em suma, os “arranjos puramente artificiais” requerem a existência simultânea de um elemento subjetivo (sendo a intenção de obter um benefício fiscal) e um elemento objetivo<sup>108</sup>.

Torna-se claro que o TJUE adere a uma abordagem verdadeiramente “substância sobre a forma”, sendo a realidade económica – mais do que meros critérios formais – útil na avaliação de uma restrição às liberdades fundamentais.

### 3.5. Conclusões preliminares

Tomando todos os elementos supracitados em consideração, verifica-se que regulamentações e regras de substância são importantes ferramentas anti-abuso. No entanto, os EMs podem cometer exageros ao elencar os requisitos de substância,

---

<sup>104</sup> LENAERTS, N., *Het arrest Cadbury Schweppes: requiem voor CFC-wetgeving in EU*, *Fiscoloog Internationaal*, Issue 275, 2006, p. 2.

<sup>105</sup> “*In the CS the ECJ has “denationalized” the concept of abuse and “Europeanized” this concept by putting the focus on its effectiveness in the Internal Market, not in the national market.*”, *Vd. VANISTENDAEL, F., Halifax and Cadbury Schweppes: one single European theory of abuse in tax law?*, 15 *EC Tax Review* 4, *ob. cit.*, p. 194.

<sup>106</sup> SMITS, A., VERLINDEN, I., *Substance 2.0...*, p. 176.

<sup>107</sup> PISTONE, P., MAISTO, G., *A European Model for Member States’ Legislation on the Taxation of Controlled Foreign Subsidiaries (CFCs)* – part 1, 48 *European Taxation* 10, 2008, p. 506-507.

<sup>108</sup> “*Locating the genuine economic activity should focus on the existence of tangible elements characterising the business (...) appropriate for the tax authorities to verify the economic activity.*”, *Vd. SMITS, A., VERLINDEN, I., Substance 2.0...*, *ob. cit.*, p. 177.

gerando problemas de compatibilidade com as liberdades fundamentais e com a implementação de um mercado comum dentro da UE.

Num cenário de UE, a liberdade de estabelecimento assim como a livre circulação de capitais precisam de ser respeitadas pelos EMs, por forma a ter-se um mercado interno mais competitivo<sup>109</sup>.

As sociedades devem estar cientes da necessidade de verificação dos requisitos de substância por parte dos países de origem dos investimentos, independentemente de onde se localizem as sociedades.

A tradicional variedade de normas anti-abuso domésticas dentro da UE estão a ser progressivamente “substituídas” por requisitos de substância que se aplicam independentemente: (1) o tipo de atividade conduzida no exterior; (2) a fonte de rendimentos auferidos no exterior e (3) o motivo do contribuinte<sup>110</sup>.

De salientar que uma característica distintiva dos requisitos de substância que nasce da decisão *Cadbury Schweppes* é o alto grau de plasticidade<sup>111</sup>: a substância que pode e deve ser requerida por uma entidade estrangeira deve estar ajustada de acordo com a atividade conduzida pela mesma.

As sociedades que se estabeleçam dentro do espaço da UE podem invocar a proteção dos Tratados da UE para evitar a aplicação de requisitos de substância que sejam incompatíveis com as liberdades fundamentais.

Neste contexto, constata-se que o TJUE tem sido frequentemente requisitado para examinar a compatibilidade de medidas anti-abuso com o Direito da UE. Tal tem sido feito, sobretudo, à luz da noção de “arranjos puramente artificiais” introduzida no caso *ICI* e posteriormente densificada na decisão *Cadbury Schweppes*.

Nos termos deste último acórdão, na avaliação da substância devem ter-se em consideração elementos e fatores objetivos – tais como edifícios, pessoal e equipamento – que contribuem para a definição do termo “estabelecimento”.

Importa estabelecer que tais elementos são considerados no âmbito da natureza de atividades realizadas no EM de acolhimento<sup>112</sup>. Note-se, no entanto, que uma simples

---

<sup>109</sup> BOULARD, E. & CALISTO PATO, A., *Holding companies in the EU...*, p. 28.

<sup>110</sup> ROBERT, E. & TOF, D., *The Substance Requirements...*, p. 443.

<sup>111</sup> “This plasticity also explains the absence of any specific definition of the notion in either the statutes or the case law: the creature (substance requirement) was shaped to remain within the ambit of its creator (judges of the national court and European Court of Justice).”, Vd. ROBERT, E. & TOF, D., *The Substance Requirements...*, *ob. cit.*, p. 443.

<sup>112</sup> SMITS, A., VERLINDEN, I., *Substance 2.0...*, p. 182.

atividade *holding* ou uma transação financeira isolada não requer, geralmente, uma presença física significativa<sup>113</sup>.

Este tema pode equacionar-se sob outro prisma. Podemos ainda recorrer à noção de substância para determinar até que ponto é permitido a um EM aplicar disposições fiscais anti-abuso que possam impedir sociedades de se estabelecerem noutro território, de modo a provocar uma mera erosão da base ou uma transferência de lucros.

Aí, o TJUE estabelece que tal apenas será possível se a norma fiscal interna se limite a prevenir a criação de “arranjos puramente artificiais” que não refletem realidade económica e visam fugir à tributação, devida sobre os lucros gerados por atividades realizadas em território nacional<sup>114</sup>.

---

<sup>113</sup> ENDE, K., *Cadbury Schweppes en de anti-misbruikbepalingen in het W.I.B 92*, Algemeen Fiscaal Tijdschrift, Issue 5, 2007, p. 48-49.

<sup>114</sup> SMITS, A., VERLINDEN, I., *Substance 2.0...*, p. 183.

## 4. INCLUSÃO DE REQUISITOS DE SUBSTÂNCIA NO SISTEMA FISCAL PORTUGUÊS

---

### 4.1. Introdução

Como já estabelecido no presente trabalho, verificamos em diferentes sistemas fiscais uma crescente procura pela determinação da substância societária por parte das autoridades tributárias.

Nesta base, torna-se importante discutir até que ponto os requisitos de substância podem ser relevantes para Portugal, em particular nos casos das sociedades *holding* (tanto intermediárias como de topo).

No contexto de uma economia relativamente aberta, as políticas fiscais devem ser favoráveis a investimentos estrangeiros que promovam o crescimento do país. Porém, o governo português deve estar atento à agitação que afecta o cenário fiscal internacional, assegurando que o país não se coloca numa posição vulnerável a ser utilizado para esquemas de evasão fiscal internacional.

Neste sentido, o nosso legislador deveria seguir com atenção as diferentes iniciativas por parte da OCDE, G-20 e da UE para que exista numa abordagem holística e coordenada nesta matéria, sem se perder de vista a posição económica competitiva.

Creemos que a introdução de requisitos de substância no sistema fiscal poderá tornar Portugal num país mais transparente nas relações com os seus parceiros convencionais, devendo estas regras de substância ser enunciadas através de requisitos sólidos e objetivos.

### 4.2. Desenvolvimentos de substância em Portugal

Nos últimos anos, o governo português tem sido ativo na implementação de medidas destinadas a combater a fraude e evasão fiscal.

Por exemplo, o prazo para iniciar um procedimento especial de aplicação da cláusula geral anti-abuso foi estendido para 4 anos, podendo ir até 12 anos envolvendo situações de paraísos fiscais<sup>115</sup>.

---

<sup>115</sup> Art. 45º nº1, nº7 al. a) LGT.

Com o Decreto-Lei nº 29/2008, 25 de Fevereiro (Combate ao Planeamento Fiscal Abusivo), tornou-se necessária a comunicação de esquemas de planeamento fiscal abusivo, tendo-se publicado uma lista de situações consideradas como abusivas e que podem ser contestadas no âmbito da cláusula geral anti-abuso. Tal inclui a criação de estruturas artificiais que levam ao abuso de diretivas da UE, assim como tratados de dupla tributação onde o beneficiário efetivo do rendimento não estaria intitulado aos benefícios em causa.

Independentemente de tais desenvolvimentos na legislação nacional, constata-se ainda uma atenção deficitária por parte dos tribunais e das autoridades tributárias no que trata a questões de substância.

#### **4.2.1. Critérios de avaliação da residência fiscal**

O Direito Tributário português contém dois requisitos essenciais para uma entidade ser considerada como residente fiscal em Portugal: (1) o local da sua sede social ou (2) o local da sua direção efetiva<sup>116</sup>.

Entende-se que a sede de uma pessoa coletiva se encontra sedeadada no local da morada estabelecida nos seus estatutos como sendo a sua sede oficial, correspondendo a mesma a um lugar físico.

Relativamente ao local da sua direção<sup>117</sup> efetiva, não existe uma orientação específica no Direito Fiscal. Coloca-se assim a questão de saber se o requisito se refere ao lugar onde as reuniões do conselho executivo e de certos acionistas são realizadas (gestão formal), ou ao local onde as operações e atividades da sociedade, pessoal e gestão média estão localizadas (gestão diária)<sup>118</sup>.

No que trata ao tópico da direção efetiva, uma decisão da Autoridade Tributária portuguesa em 1965 considerou que o “local de direção efetiva” é o lugar onde a gestão

---

<sup>116</sup> Art. 2º nº3 CIRC.

<sup>117</sup> Quanto ao conceito de “local de direção” Portugal segue as orientações da OCDE em matéria de estabelecimento permanente (EP). Um “local de direção” é considerado como EP quando se cumprem os três pontos de critério: *i*) “fixo”, *ii*) “instalação” e *iii*) “através do qual uma atividade é realizada”. Apesar da ausência de disposições fiscais domésticas no que deve ser interpretado como “local de direção”, várias decisões judiciais fiscais focam o conceito de EP nas Regiões Autónomas pertencentes a Portugal. Estabelece-se que o conceito deve ser interpretado como incluindo instalações através das quais uma atividade económica efetiva é exercida, mas sem grandes alongamentos quanto ao que um “local de direção” se trata de facto.

<sup>118</sup> SMITS, A., VERLINDEN, I., *Substance 2.0...*, p. 726.

de topo está localizada e operada, assim como as decisões da sociedade são tomadas e a sua política global é determinada, ou seja, uma abordagem de gestão formal<sup>119</sup>.

Num acórdão de Janeiro de 2008, o Supremo Tribunal Administrativo considerou que uma entidade com domicílio fiscal português, anteriormente com sede em Portugal continental, ao mudar-se para a Região Autónoma dos Açores não poderia beneficiar da redução de 30% na taxa normal de IRC aplicável nos Açores, com base no seguinte: *i*) apenas tinha “sede nominal”, não realizando qualquer negócio ou atividade lucrativa no lugar, *ii*) todos os seus negócios continuavam conduzidos, tal como anteriormente, em Portugal continental e *iii*) a entidade não tinha empregado qualquer população local e feito qualquer contribuição para melhorar as condições de vida nos Açores, algo de razão primordial para ser concedida a taxa de IRC reduzida<sup>120</sup>.

Compreende-se assim que, na ausência de disposições específicas, as autoridades tributárias citem decisões judiciais fiscais anteriores, quando procedem a avaliações, argumentando por vezes o critério da “gestão diária” como algo de relevante para a determinação do “local de direção efetiva” da sociedade e conseqüentemente a sua residência.

#### 4.2.2. Influência do Direito da União Europeia

Com a promulgação do Orçamento de Estado de 2012 houve uma tentativa de verter o decidido no caso *Cadbury Schweppes* para o sistema fiscal português.

Nesse aspecto, as regras referentes a SECs<sup>121</sup> determinam que os lucros obtidos por essas sociedades (estrangeiras controladas), quando sujeitas a um regime fiscal claramente mais favorável, são imputados aos acionistas residentes em Portugal, na proporção das suas participações e independentemente de qualquer distribuição de dividendos<sup>122</sup>.

Atendendo ao artigo 66º nº5 CIRC, um regime fiscal mais favorável é considerado quando a entidade não residente reside num território que consta numa

---

<sup>119</sup> Numa decisão de Junho de 1987, o mesmo entendimento foi confirmado por um Tribunal Fiscal intermediário.

<sup>120</sup> SMITS, A., VERLINDEN, I., *Substance 2.0...*, p. 727.

<sup>121</sup> Art. 66º CIRC.

<sup>122</sup> É requerido um mínimo de participações, direta ou indiretamente, de 25% (Art. 66º nº1 CIRC), o qual é reduzido para 10% quando a SEC é detida em, pelo menos 50%, direta ou indiretamente, por parte de acionistas residentes em território português (Art. 66º nº2 CIRC).

“lista negra”<sup>123</sup>, ou quando a taxa de imposto que lhe é aplicável é inferior a 60% da taxa do IRC prevista no artigo 87º nº1 CIRC.

As regras referentes a SECs não se aplicam quando certas condições cumulativas se verificam: (1) pelo menos 75% dos lucros relativos a atividades de agricultura ou industriais desenvolvidos no território de residência; ou ainda, (2) de atividades comerciais ou de prestação de serviços que não estejam focados predominantemente no mercado português (artigo 66º nº6 al. a) CIRC)<sup>124</sup>.

No seguimento do Orçamento de Estado de 2012, as regras das SECs distinguem SECs da UE das residentes noutros territórios, em linha com o que tem sido feito relativamente às regras de subcapitalização.

No disposto do artigo 66º nº12 CIRC, o regime SEC não se aplica quando a entidade não residente seja residente ou esteja estabelecida num EM do Espaço Económico Europeu, que esteja vinculado a cooperação administrativa no domínio da fiscalidade equivalente à estabelecida no âmbito da UE, e a entidade portuguesa residente demonstre que a sociedade foi incorporada e funciona com base em razões económicas válidas, desenvolvendo uma atividade económica de natureza agrícola, comercial, industrial ou de prestação de serviços.

Tal é um exemplo do modo como o legislador português pretendeu tornar o nosso regime fiscal compatível com o Direito da UE, ao mesmo tempo que tentou salvaguardar a verificação de algumas condições de substância das SECs localizadas na UE<sup>125</sup>.

#### **4.3. Requisitos de substância na lei tributária portuguesa: um avanço possível**

Num contexto de interpretação, a lei fiscal portuguesa estipula, no nº3 do artigo 11º da LGT, que “deve-se atender à substância económica dos factos tributários”.

A disposição estabelece que se deve atender apenas à substância económica dos factos tributários, consagrando o princípio da prevalência da substância sobre a forma,

---

<sup>123</sup> Aprovada por portaria do membro do Governo responsável pela área das finanças.

<sup>124</sup> Adicionalmente, a atividade da SEC não deve consistir em atividades *holding*, bancário ou seguros, direitos relativos a propriedade industrial ou intelectual, *know-how* ou assistência técnica e locação de bens imóveis, exceto se localizados no território de residência (artigo 66º nº6 al. b) CIRC).

<sup>125</sup> SMITS, A., VERLINDEN, I., *Substance 2.0...*, p. 728.

muito amplamente e sem restrições<sup>126</sup>. Tal não redundará numa total desconsideração da forma, mas somente na necessidade de ter sempre em consideração a avaliação económica de efeitos jurídicos<sup>127</sup>.

Creemos ser importante neste momento fazer uma breve referência ao ordenamento jurídico da Região Autónoma da Madeira. Nos termos do regime de benefícios fiscais do Centro Internacional de Negócios da Madeira (CINM)<sup>128</sup>, “as empresas que pretendam beneficiar das taxas reduzidas de imposto sobre o rendimento (5%) até ao final de 2020 devem iniciar as suas atividades no prazo de seis meses, no caso de serviços internacionais, e de um ano, no caso de atividades industriais ou de *shipping*, contando da data de licenciamento e devem ainda observar um dos seguintes requisitos de elegibilidade:

a) A empresa tem que ter na sua folha de vencimentos (*full-time* ou *part-time*) pelo menos um trabalhador ou diretor;

b) Se a empresa tiver menos que 6 trabalhadores (ou diretores), a empresa deve realizar, nos primeiros 2 anos de atividade, um investimento mínimo de 75.000€ na aquisição de ativos fixos tangíveis ou intangíveis;”<sup>129</sup>.

Os requisitos das alíneas a) e b) assemelham-se aos requisitos de substância que encontramos noutros ordenamentos. O objetivo é ainda similar: o de verificar se existe uma relação de adequação entre atividade e proveitos, verificar se a mesma tem genuinamente lugar na Madeira. Com base nestes requisitos, poderia ser definido um regime de requisitos de substância aplicável ao nosso ordenamento.

Um requisito relativo à presença de um “número significativo de membros do conselho executivo”, dotado de poderes de decisão, com residência ou estabelecimento no território português, contribui para uma maior fiabilidade no que trata ao controlo e gestão da entidade empresarial, assim como completude de todos os negócios envolvidos.

Um requisito focado no “risco real” assume importância no sentido do investimento realizado em diferentes atividades por parte do contribuinte, nomeadamente no que trata ao risco relacionado com os ativos detidos. Na prática, o requisito de risco real é frequentemente cumprido ao se ter a sociedade a correr um

---

<sup>126</sup> SANCHES, J.L.S., *Os Limites do Planeamento Fiscal – Substância e Forma no Direito Fiscal Português, Comunitário e Internacional*, Coimbra Editora, 2006, p. 157.

<sup>127</sup> SANCHES, J.L.S., *Os Limites do Planeamento Fiscal...*, p. 160.

<sup>128</sup> <http://www.abc-madeira.com>

<sup>129</sup> <http://www.newco.pro/pt/requisitos-de-substancia-na-madeira>

nível limitado de risco de crédito. Em relação com o risco estarão sempre as ações envolvidas, devendo a sociedade estar apta a demonstrar que se encontra obrigada a usar determinada percentagem na realização de tais riscos<sup>130</sup>.

Nesta associação, tornar-se-ia igualmente importante incluir o requisito de substância “mínimo de ações adequadas” no sistema fiscal português, no que trata às funções desenvolvidas pela entidade, atendendo aos riscos assumidos e ativos utilizados<sup>131</sup>.

Regressando à importância dos membros do conselho executivo – e também agora, alargando aos restantes trabalhadores da sociedade – haveria que estabelecer na lei tributária portuguesa a exigência das devidas qualificações para os cargos.

O “conhecimento profissional necessário” para exercer com competência as devidas funções – incluindo o poder de decisão (específico e indo além da gestão diária das atividades da sociedade) nas transações efetuadas pela sociedade e a garantia da correta execução das mesmas – por parte dos diretores, levaria a que também se assegurasse outro requisito relativo à “qualificação dos trabalhadores” da sociedade, uma vez que seria da responsabilidade do conselho executivo supervisionar o trabalho efetuado pelo *staff*, garantindo as suas qualificações para processar e registar as transações efetuadas, operações diárias<sup>132</sup>, sempre em nome da entidade.

Em conexão com o aspeto do poder de decisão, não seria de descurar um requisito que focasse a forma e a localização das “decisões-chave” do conselho executivo. Como mencionado anteriormente, no que trata ao local da gestão efetiva, não existe uma orientação clara no sistema fiscal português relativamente à determinação do local onde se realizam as reuniões do conselho executivo assim como de alguns acionistas, bem como a localização do “*day-to-day management*”. A integração de um requisito que assegurasse que as principais decisões de gestão da sociedade se localizam efetivamente em Portugal – a exemplo da medida luxemburguesa de pelo menos uma reunião por ano a ser realizada no local indicado nos artigos de incorporação, de acordo

---

<sup>130</sup> HOOR, O.R., *Luxembourg's new transfer pricing...*, p. 420.

<sup>131</sup> Defende-se que tal requisito de capital adequado deve ser independente do teste do risco real, havendo uma análise isolada do mesmo.

<sup>132</sup> Na avaliação do nível de substância de uma sociedade belga, tais operações diárias, realizadas por pessoal qualificado, podem consistir: na negociação e assinatura de contratos, gestão do risco do negócio, tomada de decisão sobre investimentos de capital e financiamento. A “gestão corrente” da sociedade terá de ter a perícia e os poderes suficientes para supervisionar o risco empresarial atual, *Vd. VERLINDEN, I. et al., Substance in International Taxation*, 21 *International Transfer Pricing Journal* 5, 2014, ponto 1.4.

com o Direito Empresarial para certas entidades<sup>133</sup> – consolidaria uma maior e real substância no país.

Atentando ao panorama global, as autoridades fiscais tendem também a questionar no que trata à existência uma “conta bancária ativa” ou ainda se as formalidades de cumprimento local estão devidamente satisfeitas. Nesta ordem, implementar o requisito de substância da entidade ter, pelo menos, uma conta bancária no seu nome em Portugal ou uma sucursal portuguesa de uma instituição financeira registada fora do país<sup>134</sup>, garantiria a titularidade e gestão da conta bancária com total autoridade por parte da empresa, sem colocar quaisquer problemas de compatibilidade com o ordenamento da UE.

A “existência de um endereço<sup>135</sup> registado” em Portugal contribuiria para um requisito de “não tratamento da empresa como residente fiscal de qualquer outro país”, dentro do possível conhecimento, visando-se entidades com dupla residência fiscal e obstar a lucros inerentes de tal estatuto.

Contribuiria ainda para uma substância suficiente da sociedade em Portugal o “cumprimento de todas as obrigações contabilísticas e fiscais” de forma correta (IRC, IVA, etc), recaindo tal responsabilidade no conselho executivo que, na eventualidade de não cumprimento, resultaria na presunção irrefutável de má gestão, suscitando a ideia de um “arranjo puramente artificial”.

De mencionar – e aproveitar para implementação na legislação tributária portuguesa – a troca de informações espontaneamente realizada pelas autoridades tributárias holandesas com autoridades tributárias estrangeiras na situação da sociedade não cumprir durante o ano fiscal com os devidos requisitos de substância. Como tal, deve a entidade especificar a sua posição de substância: *i*) indicando que critérios não estão cumpridos; *ii*) fornecendo a informação relevante de suporte aos critérios cumpridos, assim como os não cumpridos; *iii*) fornecendo uma visão global dos juros,

---

<sup>133</sup> No Luxemburgo a substância é requerida para assegurar que a sociedade é residente para propósitos de Direito Empresarial e Direito Fiscal, havendo uma interação de requisitos de ambas as áreas, *Vd. HOOR, O.R., Luxembourg’s new transfer pricing...*, p. 419, nr. 50.

<sup>134</sup> Com base no praticado no Luxemburgo, *Vd. SIGURDARDOTTIR, B. et al., Luxembourg issues guidance on transfer pricing*, 22 *International Tax Review* 2, p. 63.

<sup>135</sup> Nesta matéria do endereço, revela-se interessante a abordagem belga na qual toda a correspondência, com respeito às atividades da sociedade, é endereçada para e enviada pela entidade. De igual modo, a correspondência electrónica é enviada de e para o seu endereço de *e-mail* exclusivo, devendo a situação ser evitada quando tal correspondência electrónica esteja meramente encaminhada para a gestão externa, *Vd. VERLINDEN, I. et al., Substance in...*, ponto 1.4.

*royalties*, rendas e pagamentos de locação recebidos e *iv*) fornecendo o nome e endereço das empresas das quais os pagamentos mencionados foram recebidos<sup>136</sup>.

Logicamente, qualquer troca de informações seria apenas uma extensão da já existente política nas diferentes leis, tratados e diretivas, cabendo à administração tributária do país de origem retirar as conclusões das informações recebidas por parte das autoridades fiscais portuguesas.

#### **4.4. Conclusões preliminares**

Iremos ver requisitos de substância desenvolvidos em Portugal? No imediato, apenas podemos constatar que a substância emerge cada vez mais nas diversas legislações internacionais na relação com SECs.

Numa base de luta global contra a fraude fiscal, Portugal deve tomar nota dos desenvolvimentos internacionais sobre os designados “requisitos de substância” e, naturalmente, beneficiaria de implementá-los no seu sistema.

Encontramo-nos numa era de um aumento exponencial de transações transfronteiriças e de grande complexidade nos negócios, existindo uma maior pressão para se conseguirem estruturas variadas e eficazmente adaptadas de modo a conduzir a atividade empresarial da forma mais competitiva possível.

Na falta de orientações específica na nossa legislação fiscal em matéria do local da gestão efetiva e essenciais reuniões de membros do conselho executivo e certos acionistas, bem como local da gestão diária, importa estabelecer requisitos (de substância) que contribuam para uma maior clareza e que permitam atacar expedientes artificiais abusivos, que recorram a entidades sedeadas noutra Estado.

Neste sentido, requisitos focados na gestão, controlo e decisões diárias relativas à atividade empresarial assumem-se como os mais importantes para autoridades tributárias em todo o mundo, devendo Portugal estar atento a tais indicadores.

Parece-nos evidente que os requisitos de substância adquirem uma posição central no contexto do planeamento fiscal, constituindo a primeira linha de defesa para o sujeito passivo mitigar o risco de qualquer reestruturação ou reorganização empresarial ser considerada como movida unicamente com o propósito de evasão fiscal.

---

<sup>136</sup> BERG, M. van den, *The Enlarged Scope...*, p. 648.

Importa haver preocupação pela falta de disposições específicas na legislação fiscal portuguesa em matérias de substância, levando as autoridades fiscais a não terem outra opção senão recorrer a elementos normativos e jurisprudenciais que não são totalmente adequados a debelar situações daquela natureza. Nesses termos, a inclusão de requisitos de substância no sistema tributário português poderá não ser uma realidade tão distante.

Esperamos que este estudo possa ser um passo útil nesse sentido.

## 5. CONCLUSÕES

---

1. A substância, enquanto conceito fiscal, refere-se à relação de adequação entre a estrutura empresarial e as funções que constituem o seu objeto social. Esta deve ser analisada em concreto, tendo sempre em conta as dimensões legais e económicas.
2. No acórdão *Cadbury Schweppes*, o TJUE forneceu uma visão geral do conceito, deixando para os tribunais nacionais a tarefa de densificação do mesmo.
3. Principalmente no espaço da UE, as autoridades tributárias são cada vez mais exigentes relativamente à dimensão física das estruturas que envolvam sociedades não residentes.
4. Tais autoridades tributárias adotam a posição que uma presença física efetiva é necessária para que uma estrutura societária (não residente) seja considerada como genuína (para que exista “substância”).
5. Os consultores fiscais estão cientes que, atualmente, a substância das sociedades é um elemento chave na avaliação da “segurança fiscal” dos seus clientes quando estão em causa estruturas de investimento transfronteiriço.
6. Quando exploramos o conceito de substância em sede de planeamento fiscal internacional, muitas vezes deparamo-nos com a exigência dos chamados “requisitos de substância”. Estes apresentam-se de modo distinto, consoante as jurisdições.
7. A dificuldade em demonstrar (os requisitos de) substância, em termos universalmente válidos, resulta do facto de não existir uma resposta perfeita ou única. Quando falamos de substância temos necessariamente de falar de requisitos e conseqüentemente enfrentar o desafio de conhecer a “substância” dos próprios requisitos.
8. Para a nossa análise, recorreremos essencialmente aos ordenamentos holandês e luxemburguês, considerados dos mais avançados nesta matéria. Nestes ordenamentos, critérios como os da localização dos membros dos órgãos de gestão, da contabilidade e das contas bancárias são normalmente exigidos para que se considere que uma sociedade tem substância.
9. A falta de substância e respetivos requisitos pode por vezes ser utilizada pelas autoridades tributárias para não reconhecer a residência fiscal (e conseqüentemente negar determinados benefícios – convencionais ou domésticos) a sociedades localizadas noutra Estado.

10. Os requisitos de substância podem apresentar problemas de compatibilidade com o Direito da UE e, em particular, com as suas liberdades fundamentais.
11. O TJUE admite que tenha de existir substância económica relevante dentro de um EM para que uma sociedade possa estar habilitada a invocar uma dada liberdade fundamental (nomeadamente a liberdade de estabelecimento). As sociedades estarão mesmo protegidas contra normas tributárias discriminatórias ou restritivas apenas quando as mesmas não constituam um esquema puramente artificial.
12. Para avaliação dessa substância o TJUE elenca fatores objetivos, relativos aos edifícios, pessoal e equipamento.
13. Existe ainda a questão de saber em que medida é permitido a um EM aplicar disposições fiscais anti-abuso, justamente nos casos em que as sociedades pretendam obter benefícios domésticos ou convencionais sem terem a substância adequada. Tal é possível mas, sempre que as normas constituam uma restrição ou discriminação a uma liberdade fundamental, apenas serão possíveis quando o seu desenho reserve a sua aplicação aos casos de expedientes puramente artificiais.
14. Em Portugal, o Decreto-Lei nº 29/2008, 25 de Fevereiro, requer a comunicação obrigatória de esquemas de planeamento fiscal abusivo.
15. No entanto, esta norma não parece ser suficiente e não se encontra em linha com as práticas de outros EMs da UE.
16. Por exemplo, no que tange ao local da direção efetiva, não existe uma qualquer orientação por parte do Direito Fiscal português no sentido de se determinar o lugar onde (de facto) têm lugar as reuniões do conselho executivo e das assembleias gerais, ou ainda, onde as operações e atividades da empresa, pessoal e gestão média estão localizadas.
17. Com a promulgação do Orçamento de Estado de 2012 houve uma tentativa de verter o decidido no caso *Cadbury Schweppes* para o sistema fiscal português.
18. Através do artigo 66º nº12 CIRC parece ser possível demonstrar a substância económica da atividade desenvolvida por uma entidade SEC da UE.
19. Dada a falta de disposições específicas na legislação fiscal portuguesa em matérias de substância, as autoridades tributárias encontram-se face à necessidade de recorrer a outros elementos, normativos ou jurisprudenciais, para controlar o cumprimento das questões de substância.
20. Na procura de uma forma de incluir requisitos de substância em Portugal, salientamos o exemplo e ponto de partida existente na Região Autónoma da

Madeira. Encontramos aqui alguns elementos que podem servir de inspiração ao legislador português para a criação de requisitos de substância relativos a sociedades não residentes (tendo em consideração que os mesmos devem ser sempre compatíveis com o Direito da UE).

- 21.** O nosso estudo levou-nos a concluir que o legislador nacional poderia ter em consideração requisitos que tenham por base: *i)* número de membros do conselho executivo, *ii)* qualificações dos diretores e trabalhadores da empresa, *iii)* local da gestão efetiva, *iv)* situação das contas bancárias e registos contabilísticos, *v)* questões de residência e ainda *vi)* risco inerente à atividade e ações em causa. Tais seriam requisitos relativos à atividade empresarial, os quais são os mais importantes para autoridades tributárias em todo o mundo, devendo Portugal estar atento a tais indicadores para a sua correta implementação.
- 22.** Cremos ser importante a definição e positivação de requisitos de substância que contribuam para uma maior robustez do nosso sistema tributário e um maior alinhamento com os restantes países europeus, sempre numa base de compatibilidade com o Direito da UE.

## **BIBLIOGRAFIA, JURISPRUDÊNCIA E OUTRAS FONTES**

- **Artigos e monografias**

BAKER, P., *Cadbury Schweppes plc and Cadbury Schweppes Overseas Ltd v Commissioners of Inland Revenue: case C-196/04*, 9 *International Tax Law Reports* 1, p. 89-138

BERG, M. van den, *The Enlarged Scope of Dutch Substance Requirements*, 74 *Tax Notes International* 7, p. 645-649

BOULARD, E. & CALISTO PATO, A., *Holding companies in the EU: The quest for substance*, 36 *Tax Planning International Review* 4, p. 24-29

BROE, L. de, *International Tax Planning and Prevention of Abuse: a study under Domestic Law, Tax Treaties and EC Treaty in relation to conduit and base companies*, IBFD Doctoral Series, 2008

CHADWICK, A. & O'GARA, P., *ECJ decision in Cadbury Schweppes*, 8 *Tax Planning International: European Union Focus* 10, p. 16-18

CLARENDON, V., *An argument of substance*, 166 *Taxation* 4267, p. 6-8

CUSSONS, P. & PATERSON, C., *Direct taxation of intra-EU cross-border corporate transactions*, 33 *Tax Planning International Review* 11, p. 17-19

DODWELL, B. & SERRAU, C., *Cadbury Schweppes: the future of CFC legislation*, *Tax Adviser*, p. 27

ENDE, K., *Cadbury Schweppes en de anti-misbruikbepalingen in het W.I.B 92*, *Algemeen Fiscaal Tijdschrift*, Issue 5, 2007, p. 48-49

EVANS, D. & DELAHUNTY, L., *E.U. perspective on U.K. CFC rules*, 34 *Tax Planning International Review* 9, p. 15-18

EVANS, D. & DELAHUNTY L., *ECJ decision: Cadbury Schweppes and the U.K. CFC rules*, 33 *Tax Planning International Review* 9, p. 11-12

EVERS, M. & GRAAF, A. de, *Limiting Benefit Shopping: Use and Abuse of EC Law*, *EC Tax Review* 6, 2009

FARMER, P., *Chapter 15: A difference of form or substance? A comparison of the discrimination analysis in the EU Law and in recent UK cases on tax treaties*, *EU Income Tax Law: Issues for the Years Ahead*, 9 *EC and International Tax Law Series*, p. 351-358

FINNERTY, Chris J., MERKS, P. et al., *Fundamentals of International Tax Planning*, IBFD, 2007

FOUQUET, O. & CHARPENTIER, C., *LBO et abus de droit*, *Droit Fiscal* 15, 2011, p. 41

HILLING, M., *Justifications and proportionality: an analysis of the ECJ's assessment of national rules for the prevention of tax avoidance*, 41 *Intertax* 5, p. 294-307

HOOR, O.R., *Luxembourg's new transfer pricing circular on intra-group financing activities*, 62 *Tax Notes International* 5, p. 413-426

KOERVER SCHMIDT, P., *Are the danish rules in conflict with the freedom of establishment? – An analysis of the danish regime for companies in light of ECJ Case Law*, 54 *European Taxation* 1, p. 3-9

LAMPREAVE MÁRQUEZ, P., *Las doctrinas judiciales norteamericanas de anti-abuso fiscal (con especial consideración a la reciente codificación de la doctrina sobre la sustancia económica) y la doctrina sobre los acuerdos artificiales aplicable en la Unión Europea*, *Quincena Fiscal* 21, p. 87-133

LANG, M., *BEPS Action 6: Introducing an antiabuse rule in tax treaties*, 74 *Tax Notes International* 7, p. 655-664

LENAERTS, N., *Het arrest Cadbury Schweppes: requiem voor CFC-wetgeving in EU*, *Fiscoloog Internationaal*, Issue 275, 2006

MAGUIRE, T., *The Cadbury triangle – anti-avoidance and the ECJ*, 19 *Irish Tax Review* 6, p. 63-70

MONSENEGO, J., *The substance requirements in the OECD Transfer Pricing Guidelines: What is the substance of the substance requirement?*, 21 *International Transfer Pricing Journal* 1, p. 9-23

MORGAN, C. & BIRD, M., *Landmark decision in the Cadbury Schweppes case*, *The Tax Journal* 854, p. 7-8

O'SHEA, T., *The UK's CFC rules and the freedom of establishment: Cadbury Schweppes plc and its IFSC subsidiaries – tax avoidance or tax mitigation?*, 16 *EC Tax Review* 1, p. 13-33

PANAYI, C.H.J.I., *Treaty Shopping and Other Tax Arbitrage Opportunities in the European Union: a Reassessment – part 1*, 46 *European Taxation* 3, 2006

PETERS, J., *Worldwide developments in the tax concept of substance*, *Euromoney Handbooks*, Chapter 1, p. 1-8

PISTONE, P., *The application of anti-abuse measures in the area of direct taxation within the EU and in relation to third countries*, 2 *Highlights & Insights on European Taxation* 5, p. 34-41

PISTONE, P. & MAISTO, G., *A European Model for Member States' Legislation on the Taxation of Controlled Foreign Subsidiaries (CFCs) – part 1*, 48 *European Taxation* 10, p. 506-507

RAINER, A. et al., *ECJ restricts scope of CFC legislation*, 34 *Intertax* 12, p. 636-638

ROBERT, E. & TOF, D., *The Substance Requirements and the Future of Domestic Anti-Abuse Rules within the Internal Market*, 51 *European Taxation* 11, Amsterdam, p. 436-444

ROGERS-GLABUSH, J., *IBFD International Tax Glossary*, IBFD, 2011

SANCHES, J.L.S., *Os Limites do Planeamento Fiscal – Substância e Forma no Direito Fiscal Português, Comunitário e Internacional*, Coimbra Editora, 2006

SANCHEZ, E.G. & FLUXA, J.F., *The Transfer of the Seat of and the Freedom of establishment for companies in the European Union: An analysis of the ECJ Case Law and the Regulation on the Statute for a European Company*, 45 *European Taxation* 6, p. 219

SANGHVI, S. & MUKUNDAN, A., *India: The importance and evolution of substance*, *International Tax Review*, 2014, p. 30-32.

SCAPA PASSALACQUA, A.B., *The norwegian CFC rules after the Cadbury Schweppes case*, 36 *Intertax* 8/9, p. 379-388

SCHNEEWEISS, H., *Exit Taxation after Cartesio: the European Union Fundamental Freedom's Impact on Taxing Migrating Companies*, *Intertax* 6/7, p. 363-370

SIGURDARDOTTIR, B. et al., *Luxembourg issues guidance on transfer pricing*, 22 *International Tax Review* 2, p. 62-63

SIMPSON, P., *Cadbury Schweppes plc v Commissioners of Inland Revenue: the ECJ sets strict test for CFC legislation*, *British Tax Review* 6, p. 677-683

SMITS, A. & VERLINDEN, I., *Substance 2.0: Aligning international tax planning with today's business realities*, PwC, 2012

TANG, J., *Economic substance versus legal form: financial transactions as taxable events*, 16 *Derivatives and Financial Instruments* 2, p. 61-73

TERRA, B.J.M. & WATTEL, P.J., *European Tax Law*, Wolters Kluwer, Sixth Edition, 2012

TORYANIK, T., *The Concept of Substance in International Taxation*, 21 International Transfer Pricing Journal 6, 2014

VALENTE, P., *Italy's CFC regime: wholly artificial arrangements*, 65 Tax Notes International 8, p. 589-593

VANISTENDAEL, F., *Halifax and Cadbury Schweppes: one single European theory of abuse in tax law?*, 15 EC Tax Review 4, p. 192-195

VERGNAT, A., *Investing in the EU through an SPV*, 23 International Tax Review 8, p. 16-18

VERLINDEN, I. et al., *Substance in International Taxation*, 21 International Transfer Pricing Journal 5, 2014

VIS, N., *Introduction of Substance Requirements for the Netherlands Holding Companies*, 54 European Taxation 12, 2014

VOS, P. de & JANSEN, T., *Handboek Internationaal en Europees Belastingrecht*, Antwerp: Intersentia, 2008, p. 439-441

WHITEHEAD, S., *Practical implications arising from the European Court's recent decision concerning CFC legislation and dividend taxation*, EC Tax Review, 2007, p. 180

WILKINSON R. & HOWELLS, W., *Controlled foreign companies: Cadbury gains significant upper hand*, The Tax Journal 837, p. 17-20

- **Instrumentos normativos**

Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

Diretiva 90/435/EEC, 23 de Julho 1990, alterada pela Diretiva 2003/123/EC, 22 de Dezembro 2003

Lei Geral Tributária

Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas

Decreto-Lei nº 29/2008, de 25 de Fevereiro (Combate ao Planeamento Fiscal Abusivo)

- **Fontes digitais**

<http://curia.europa.eu>

<http://www.abc-madeira.com>

<http://www.newco.pro/pt/requisitos-de-substancia-na-madeira>

- **Outras fontes**

Dutch State Secretary of Finance in its Q&A (nº 20), Decree of August 11, 2004, Nº IFZ2004/126M

Conclusões do Advogado-Geral M. Philippe Léger, apresentadas em 2 de Maio de 2006, *Cadbury Schweppes and Cadbury Schweppes Overseas*, C-196/04

Administrative Guideline, Instruction Nº 14406, 3 February 2011 – *Société X France Holding*

Commission Recommendation on aggressive tax planning, 6 December 2012

Questions and Answers Decree of 3 June 2014 (Q&A Decree), DGB 2014/3102, Netherlands Government Gazette 2014, 15958

- **Jurisprudência**

TJUE, 28 de Janeiro 1986, *Commission of the European Communities v French Republic*, (“*Avoir Fiscal*”), C-270/83

TJUE, 27 de Setembro 1988, *The Queen v Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust PLC*, C-81/87

TJUE, 25 de Julho 1991, *The Queen v. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd. and others*, C-212/89

TJUE, 14 de Fevereiro 1993, *Finanzamt Köln-Altstadt v Schumacker*, C-279/93

TJUE, 16 de Julho 1998, *Imperial Chemical Industries plc (ICI) v Kenneth Hall Colmer (Her Majesty's Inspector of Taxes)*, C-264/96

TJUE, 9 de Março 1999, *Centros Ltd. v. Erhvervs-og Selskabsstyrelsen*, C-212/97

TJUE, 5 de Novembro 2002, *Überseering BV v. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*, C-208/00

TJUE, 21 de Novembro 2002, *X&Y v Riksskatteverket*, C-436/00

TJUE, 12 de Dezembro 2002, *Lankhorst-Hohorst v Finanzamt Steinfurt*, C-324/00

TJUE, 18 de Setembro 2003, *Bosal Holding BV v Staatssecretaris van Financiën*, C-168/01

TJUE, 30 de Setembro 2003, *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam v. Inspire Art Ltd.*, C-167/01

TJUE, 11 de Março 2004, *Hughes de Lasteyrie du Saillant v Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie*, C-9/02

TJUE, 13 de Dezembro 2005, *Marks & Spencer plc. V. David Halsey (HM Inspector of taxes)*, C-446/03

TJUE, 2 de Maio 2006, *Eurofood IFSC Ltd.*, C-341/04

TJUE, 12 de Setembro de 2006, *Cadbury Schweppes and Cadbury Schweppes Overseas*, C-196/04

TJUE, 13 de Março 2007, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation v Commissioners of Inland Revenue*, C-524/04

TJUE, 17 de Janeiro 2008, *NV Lammers & Van Cleeff v Belgische Staat*, C-105/07

TJUE, 16 de Dezembro 2008, *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt*, C-210/06

TJUE, 21 de Janeiro 2010, *Société de Gestion Industrielle (SGI) v Belgian State*, C-311/08

Supremo Tribunal Administrativo (França), 18 de Fevereiro 2004, N° 247729, *SA Pléiade*

Supremo Tribunal Administrativo (França), 27 de Janeiro 2011, N° 320313, *Bourdon*

Supremo Tribunal Administrativo (França), 15 de Abril 2011, N° 322610, *Alcatel CIT*

Tribunal Administrativo de *Lyon*, 20 de Novembro 2007, N° 0504128, *SAS Mac Kechnie France*

Tribunal Administrativo de *Montpellier*, 24 de Junho 2009, N° 0700526, *SAS Cameron France*