



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

**A proposta de Diretiva Unshell
e a sua (des)aplicação às holdings puras**

Gabriela Marco Sobreiro

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto
2023



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

**A proposta de Diretiva Unshell
e a sua (des)aplicação às holdings puras**

Gabriela Marco Sobreiro

Orientador: Professor Doutor Tomás Cantista Tavares

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto
2023

Agradecimentos

À minha família, em especial aos meus Pais, Irmã e Avós, por todo o apoio incondicional. Ao Pedro.

A todos os meus amigos.

A todos aqueles que me acompanharam ao longo de todo o meu percurso académico.

Ao Senhor Doutor Tomás Cantista Tavares, por toda a ajuda e motivação que me deu.

Deu-se por terminado o trabalho de pesquisa necessário à presente dissertação no dia 06 de dezembro de 2022.

Resumo

A presente dissertação analisa e discute a proposta de Diretiva Unshell, num momento em que esta iniciativa legislativa está ainda em fase de aprimoramento. Neste sentido, por forma a perceber como é que a Unshell se comporta perante situações concretas e reais, testamos empiricamente os seus limites. Em concreto, centramos a nossa abordagem na aplicação de algumas normas da proposta a uma empresa holding. Optámos por delimitar a nossa análise às holdings puras, que apenas procedem à gestão das participações sociais de outras empresas, daí retirando dividendos ou registando mais-valias aquando do desinvestimento.

Desta primeira abordagem resultam indícios de que as holdings puras podem não ser visadas pela proposta Unshell. Procurando desvendar o verdadeiro sentido e alcance deste (futuro) normativo legal, optámos por seguir dois rumos distintos, mas complementares. Assim, procedemos a uma análise do elemento literal e posteriormente do elemento teleológico de algumas normas da proposta Unshell.

Palavras-Chave: Proposta Unshell, holding, holding pura, requisitos de substância económica

Abstract

This dissertation analyzes and discusses the proposed Unshell Directive, at a time when this legislative initiative is still being refined. Thus, in order to understand how the Unshell behaves in concrete and real situations, we empirically test its limits. Specifically, we focus our approach on the application of some of its rules to a holding company. We have chosen to delimit our analysis to pure holding companies, whose only activity is to manage its participation in other companies, withdrawing dividends or registering capital gains when divested.

This first approach provided us indicia that pure holding companies may not come under the scrutiny of the Unshell proposal. In an attempt to unveil the true meaning and scope of this (future) legal norm, we have chosen to follow two distinct but complementary paths. Thus, we proceeded to an analysis of the literal element and then to the teleological element of some norms of the Unshell proposal.

Keywords: Unshell Proposal, holding company, pure holding company, economic substance requirements

ÍNDICE

<i>LISTA DE ABREVIATURAS</i>	10
<i>INTRODUÇÃO</i>	11
1. Contextualização	11
2. Problemas jurídicos identificados.....	12
3. Objetivos da tese e sequência	12
<i>CAPÍTULO I</i>	14
1. Considerações prévias relativas às Holdings.....	14
1.1. O conceito jurídico-económico de holding	14
1.2. A função económica fundamental da Holding	16
1.3. Delimitação.....	17
1.4. Do planeamento fomentado pelo atual quadro legal	18
1.5. Da legitimidade da utilização de hondings nos grupos societários	20
2. Aplicação da proposta Unshell a uma holding pura	21
2.1. Estrutura do grupo societário.....	21
2.2. Aplicação da proposta à estrutura societária	22
3. As possíveis interpretações do normativo da proposta Unshell	25
<i>CAPÍTULO II – ELEMENTO LITERAL</i>	27
1. A definição de “receitas” e a alínea a) do n.º 1 do artigo 6º	27
2. O conceito de “rendimentos relevantes” do artigo 4º	28
3. Da efetividade da proposta	28
3.1. Índícios: das críticas apontadas e questões interpretativas.....	29
3.2. O contorno dos requisitos mínimos de substância	30
4. Princípio da Igualdade	32
4.1. Da discriminação entre grupos económicos	32
4.2. Da possível discriminação entre holdings puras e mista.....	33
<i>CAPÍTULO III – ELEMENTO TELEOLÓGICO</i>	36
1. Dos requisitos de substância exigidos às holdings?	36
1.1. Critérios de substância pré-existentes.....	37
1.2. Critérios de substância contemplados na Unshell	41
1.3. Conclusões preliminares.....	43
2. Faz sentido fazer o (Un)shell das holdings puras?	44
2.1. Uma tentativa de harmonização da proposta com a DMF?.....	44
2.2. Da utilização (ou não) da holding na estrutura societária	45

3. Dos impactos na competitividade da economia europeia.....	46
<i>CONCLUSÕES</i>	48
<i>BIBLIOGRAFIA</i>	52
<i>LISTA DE JURISPRUDÊNCIA</i>	54
<i>INSTRUMENTOS NORMATIVOS</i>	55
<i>LEITURAS COMPLEMENTARES</i>	55

LISTA DE ABREVIATURAS

ATAD	Anti-Tax Avoidance Directive (“Diretiva anti-elisão fiscal”)
BEPS	Base Erosion and Profit Shifting
CGAA	Cláusulas Gerais Anti-abuso
CMOCDE	Convenção Modelo da OCDE
CDT	Convenções sobre Dupla Tributação
EM	Estado-Membro
DMF	Diretiva mãe-filhas
DJR	Diretiva juros e royalties
IVA	Imposto sobre o Valor Acrescentado
nº	Número
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico
Pág.	Página (s)
TFUE	Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
UE	União Europeia
Vd.	Vide
§	Parágrafo

INTRODUÇÃO

1. Contextualização

No contexto internacional e europeu tem-se vindo a verificar, nas últimas décadas, a alteração de realidades no âmbito fiscal. Por um lado, os contribuintes tentam cada vez mais limitar o impacto da tributação direta na sua esfera, quer seja de forma lícita ou ilícita. Por outro, os Estados procuram mecanismos mais eficazes de arrecadação de receita, tentando estabelecer sistemas mais eficientes, coerentes e igualitários.

A obtenção de poupança fiscal através de comportamentos lícitos surge como uma consequência da própria configuração dos sistemas fiscais, sendo um direito dos contribuintes. No entanto, com o fenómeno da globalização e o aumento da competitividade, verifica-se a adoção de comportamentos contrários ao espírito das normas legais, através de mecanismos de planeamento fiscal abusivo, que se revelam altamente prejudiciais para a integralidade dos sistemas fiscais.

Assim, os Estados têm procurado reforçar a sua soberania tributária. A este propósito, estamos de acordo com SALDANHA SANCHES¹, pois por mais completo que o legislador tente ser, inevitavelmente, não consegue prever a multiplicidade de situações que poderão acontecer.

A 22 de Dezembro de 2021, a Comissão Europeia divulgou várias propostas legislativas que terão impacto nos contribuintes, em especial nas empresas. As propostas baseiam-se nas negociações internacionais que decorreram no quadro da OCDE. Uma destas propostas versa precisamente sobre a utilização indevida de entidades de fachada (também designadas “Shell entities”) e a necessidade de criação de medidas legislativas para combater esse uso indevido. Assim, no seguimento da comunicação da Comissão intitulada «*Uma tributação das empresas para o século XXI*», com vista a criar um sistema de tributação de empresas sólido, coerente, eficiente e justo na EU, surge a proposta de Diretiva Unshell².

¹ SANCHES, J. – “Abuso de Direito em matéria fiscal: natureza, alcance e limites”, *Ciência e Técnica Fiscal* – Lisboa, nº 398, 2000, pág. 26.

² Proposta de Diretiva do Conselho que estabelece regras para prevenir a utilização indevida de entidades de fachada para fins fiscais e que altera a Diretiva 2011/16/UE, COM (2021) 565 final, Bruxelas, 22 Dez. 2021 (de ora avante designada por “Diretiva Unshell”, “proposta de Diretiva Unshell” ou apenas “proposta”).

Sendo a Unshell uma iniciativa relativamente recente, as abordagens doutrinárias existentes, especificamente relacionadas com o tema, são ainda poucas. Os autores que já se pronunciaram sobre o tema apontam essencialmente problemas que podem advir da aplicação da proposta e possíveis soluções, dando assim um precioso contributo para o melhoramento da proposta como um todo.

Uma vez que ainda estamos numa fase de construção e aprimoramento desta iniciativa legislativa, pretende-se, com a presente dissertação dar o nosso contributo. Tendo em consideração as insuficiências e falhas que se tem vindo a apontar à proposta, considera-se pertinente começar a fazer uma análise mais rarefeita da mesma.

2. Problemas jurídicos identificados

Num ponto prévio haverá que questionar quais os motivos subjacentes à criação desta proposta de Diretiva. Ora, confrontados com os problemas suscitados pelo atual contexto normativo, os Estados sentem necessidade de criar medidas legislativas para combater o uso indevido de entidades de fachada.

Neste contexto, questionamos se a proposta Unshell, que é comumente designada por “Anti Tax Avoidance Directive 3” (ATAD 3), será de facto uma norma anti abuso. Ou se é uma medida legislativa que visa apenas introduzir maior segurança jurídica mediante a implementação de um apertado sistema de escrutínio de certas entidades, aferindo o seu grau de substância?

Será que a Unshell realmente tem pretensões de se aplicar a tantas entidades quantas uma primeira leitura das suas normas parece indicar?

Questionamos ainda se os critérios de substância contemplados na Unshell vêm efetivamente permitir um melhor escrutínio do grau de substância das entidades visadas. Ou será que são suficientes os critérios que já existem no atual quadro legal?

3. Objetivos da tese e sequência

A lógica subjacente à proposta assenta no seguinte: se uma empresa não cumpre os requisitos mínimos de substância, o que em princípio quer dizer que tal empresa conduz essencialmente uma prática abusiva, a mesma pode ser considerada como uma empresa de fachada, ficando-lhe vedado o direito a usufruir dos benefícios concedidos pela legislação da UE. Contudo, estes requisitos mínimos de substância, para além das

dificuldades de aplicação prática que suscitam, podem nem sequer vir garantir a segurança jurídica pretendida.

Assim, por forma a perceber como é que a Unshell se comporta perante situações concretas e reais, testando empiricamente os seus limites, iremos aplicar algumas normas da proposta a uma holding pura, enquanto parte integrante de um grupo societário que opera em múltiplas jurisdições europeias.

Cumpre dar nota de que, tratando-se de um tema deveras abrangente, que iria exigir uma abordagem bem mais extensa, optámos por delimitar negativamente esta dissertação analisando o impacto da proposta apenas nas holdings puras, não se abordando as holdings mistas.

A propósito da sequência seguida, primeiramente faz-se uma breve contextualização das sociedades holding e apresentamos algumas considerações prévias, esclarecendo temas e conceitos que se revelam essenciais nos capítulos seguintes desta dissertação.

Posteriormente apresenta-se a estrutura de um grupo societário e de seguida fazemos um exercício de aplicação dos critérios de filtragem que constam da proposta Unshell, isto é, os *gateways* e indicadores, às várias entidades que compõem o grupo.

Nos capítulos seguintes, procurando desvendar o verdadeiro sentido e alcance deste (futuro) normativo legal, optamos por seguir dois rumos distintos, mas complementares. Assim, procedemos a uma análise do elemento literal e posteriormente do elemento teleológico de algumas normas da proposta Unshell. Ressalva-se, uma vez mais, que esta análise interpretativa está limitada no seu âmbito, uma vez que nos cingimos a testar a aplicação da proposta a uma holding pura.

Termina-se a presente dissertação com as devidas conclusões.

CAPÍTULO I

1. Considerações prévias relativas às Holdings

1.1. O conceito jurídico-económico de holding

Inicia-se a presente dissertação abordando um tema fulcral para o desenvolvimento da mesma. Assim, procedemos a uma breve contextualização das sociedades holding, também designadas apenas por holding. Num sentido mais lato, estamos perante uma sociedade holding quando a sociedade comercial tem por objeto exclusivo ou principal a titularidade ou administração de um conjunto ou carteira de participações sociais³. O exercício efetivo do poder de controlo ou mera possibilidade de exercício desse poder são as duas características que contribuem para a qualificação de uma sociedade como holding.

As holding configuram um mecanismo jurídico que permite a aglomeração de várias empresas, e a conseqüente criação de grupos de sociedades, em que as mesmas (normalmente situadas no topo da hierarquia de comando em relação às demais) têm como função orientar e comandar as atividades das sociedades suas participadas, visando assim fomentar o crescimento económico e a expansão da atividade.

De acordo com ENGRÁCIA ANTUNES as sociedades holding surgem como um “instrumento valioso de organização da empresa plurissocietária pelas vantagens organizativas, vantagens financeiras e vantagens fiscais”⁴. Contudo, o próprio autor adverte que “a “holding” não se pode confundir, porém, com o próprio grupo”, de facto a holding apenas representa o superior hierárquico do grupo de sociedades.

Como resultado da implementação de estratégias ambiciosas, a fim de se desenvolverem e sobreviverem perante a concorrência de nível nacional e sobretudo internacional, as empresas confrontam-se com situações de rápido e significativo

³ ANTUNES, J. – “As Sociedades Gestoras de Participações Sociais”, in “Direito das Sociedades em Revista”, volume I, 2009, pág. 77-114

⁴ ANTUNES, J. – “Os Grupos de Sociedades - Estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária”, 2ª edição, Coimbra, Almedina, 2002, pág. 90

crescimento empresarial. Assim, surge o “fenómeno da concentração empresarial como fenómeno-chave na ordem económica dos nossos dias”⁵.

Segundo a doutrina, pode-se tratar estes grupos de sociedades de um ponto de vista económico e de um ponto de vista jurídico. Numa ótica económica os grupos são uma forma revolucionária de estruturação empresarial, constituindo uma realidade económica plurissocietária e têm como “elemento determinante a existência de uma unidade de decisão num contexto de independência jurídica das várias sociedades”⁶. Por seu turno, numa ótica jurídica, “o que determina uma relação de grupo é o elemento da independência jurídica das entidades agrupadas e o elemento da dependência económica do conjunto destas (sociedades-filhas) relativamente ao poder de direção de uma delas (sociedades-mãe)”⁷. Assim, na cúpula dos grupos societários, surge muitas vezes uma sociedade holding, dotando o grupo de uma gestão centralizada e especializada.

A doutrina faz algumas distinções de diversos tipos de holdings. Uma distinção muito comum e que se mostra fundamental no âmbito desta dissertação é a distinção entre holding “puras” e holding “mistas”. A doutrina⁸ suporta tal distinção tendo por base o critério da exclusividade do objeto social. As primeiras têm como objeto social único a mera detenção de participações sociais de outras empresas, sendo essa a finalidade da sua criação. Assim, a sua atividade consiste apenas na gestão das participações por si detidas, daí retirando dividendos ou registando mais-valias aquando do desinvestimento, vendendo essas participações a terceiros. Por seu turno, as holdings mistas têm como objeto social não só a aquisição e gestão de participações sociais como também outra atividade (de natureza comercial). XAVIER DE BASTOS faz esta distinção de forma clara e simples, separando as holdings que “se imiscuem” daquelas que “não se imiscuem” na vida das participadas⁹.

⁵ ANTUNES, J. – “Os Grupos de Sociedades...”, 2002, *ob. cit.*, pág.47

⁶ RIBEIRO, J. – “Tributação Presuntiva do Rendimento – Um Contributo para Reequacionar os Métodos Indirectos de Determinação da Matéria Tributável”, Coimbra, Almedina, 2010, pág.439

⁷ RIBEIRO, J., *ob. cit.*, pág.436

⁸ Neste sentido vide: PESTANA DE VASCONCELOS, L. - “A oneração de participações sociais por uma SGPS detidas há mais de um ano”, in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 70, Janeiro/Dezembro 2010, págs. 1-3. Vide ainda ANTUNES, J. - “As Sociedades Gestoras ...”, 2009, *ob. cit.*, pág.79

⁹ BASTO, X. – “O direito à dedução do IVA nas sociedades holding e em operações sobre participações sociais – o impacto de alguns Acórdãos do TJUE”, Documentos FEUC, 2012

Na linguagem empresarial é comum fazer-se a distinção entre sociedades operacionais – com atividade económica em sentido próprio – e sociedades de controlo, que se limitam a deter participações sociais. Fazendo um paralelismo, podemos afirmar que as holdings puras mais não são do que sociedades de mero controlo, sem qualquer vocação de cariz operacional.

Como nota final, salienta-se que será este o conceito jurídico-económico de holding seguido nesta dissertação, tendo especial relevância o conceito de holding pura.

1.2. A função económica fundamental da Holding

As holding são utilizadas como meio para alcançar uma melhor organização dos negócios, permitindo a criação de estruturas centralizadas para as diversas atividades exercidas pelo grupo e ainda para facilitar eventual rateio de despesas das empresas operacionais. De facto, reconhecem-se inúmeros benefícios subjacentes à constituição de holdings, podendo salientar-se vários aspetos. Por um lado, permitem a diminuição do risco no contexto do grupo, principalmente ao assegurarem que cada subsidiária tem uma responsabilidade limitada. Por outro, as holdings vêm dotar o grupo de uma maior flexibilidade no âmbito do reinvestimento e alocação de capital. Além disso, por estarem muitas vezes numa melhor posição financeira, conseguem beneficiar de vantajosas condições de financiamento, especialmente se comparadas com aquelas a que cada subsidiária teria acesso em contexto de negociação individual.

Ademais, olhando para a holding enquanto instrumento de reunião de capital detido por várias entidades dispostas a investir em determinado projeto, identificam-se alguns benefícios. Neste âmbito, para além da óbvia vantagem que decorre da convergência de capitais provenientes de várias entidades, há que salientar o facto de a holding permitir uma repartição do risco associado ao investimento. Além disso, estando dotada de maior capacidade financeira, comparada com aquela que cada investidor individual teria, a holding poderá mais facilmente viabilizar a entrada em novos mercados e até em novas regiões, permitindo a expansão da atividade.

Do exposto até aqui, fica claro que as holdings desempenham uma função económica fundamental, tratando-se de um instrumento jurídico cuja utilização está amplamente normalizada.

No atual contexto de economia global, é comum que as várias partes integrantes de uma estrutura societária operem em múltiplas jurisdições. Em concreto, quanto à escolha

da jurisdição onde a holding será constituída, a decisão poderá ter na sua base várias razões legítimas, desde logo, destacam-se: a facilidade de constituição de sociedades holding, a flexibilidade do direito societário do ordenamento jurídico em causa, a disponibilidade e qualidade da mão-de-obra, a localização geográfica, o contexto de investimento.¹⁰

Por fim, importa não esquecer que o ambiente fiscal desempenha frequentemente um papel significativo na escolha de uma jurisdição onde constituir a holding. Assim, por vezes, subjacente a esta escolha poderá estar a intenção de obter poupanças fiscais mais favoráveis. Contudo, tal facto, conforme resulta da jurisprudência do TJUE¹¹, não pode ser suficiente, por si só, para que uma estrutura empresarial seja considerada abusiva e, por conseguinte, serem-lhe negados benefícios ao abrigo da legislação da EU.

Como observação final, salienta-se que não obstante as holdings terem vindo a sofrer uma conotação negativa, em virtude de inúmeros escândalos de âmbito mundial sobre alegados esquemas de evasão, a “holding” enquanto figura jurídica não é, por si só, considerada ilícita, estando contemplada em muitos ordenamentos jurídicos. Conforme acima se ilustrou, há uma racionalidade económica subjacente à sua utilização. Ainda assim, tal como pode acontecer com outras figuras jurídicas, as holdings são suscetíveis de ser utilizadas de forma abusiva, inseridas em esquemas de planeamento fiscal ilegítimo.

1.3. Delimitação

Salienta-se que a presente dissertação irá focar-se apenas nas holdings inseridas em estruturas que operam em vários EM, isto é, grupos societários europeus, pelo que os dividendos que irão compor a receita da sua atividade são provenientes de participadas residentes noutros EM. Por simplificação, iremos designar estas entidades como “holdings europeias”.

Tal deve-se ao facto de a própria proposta excluir do seu âmbito empresas que operem apenas no contexto doméstico de um EM, conforme resulta do disposto na alínea c) do n.º 2 do artigo 6º. Cabe realçar que tal “exclusão é baseada numa suposição

¹⁰ A propósito deste tema vide: FREIRE, F. - “Economic Substance for Holding Companies in the Post-BEPS World and After Recent ECJ Case-Law: An Analysis of Developments in Europe”, INTERTAX, Volume 51, Issue 1, Kluwer Law International BV, The Netherlands [pre-publication], 2022, pág.3

¹¹ A propósito deste tema, remetemos para as explicações apresentadas mais adiante, em concreto vide ponto 1.5 do Capítulo I.

imperfeita: que, internamente, não há vantagens na criação de uma entidade de fachada”¹² (tradução livre). Conforme explicam os autores, a realidade mostra precisamente que há casos em que se revela fiscalmente vantajoso criar holdings que apenas recebem dividendos de participadas domésticas. Assim, quanto a esta exclusão de situações puramente domésticas, haverá que salientar que se trata de uma diferença de tratamento injustificada.

1.4. Do planeamento fomentado pelo atual quadro legal

Ao nível do planeamento fiscal internacional, é prática comum criarem-se empresas de fachada, que são muitas vezes empresas holding e que, estando interpostas na estrutura societária, permitem aos grupos multinacionais tirar partido das disposições fiscais de vários ordenamentos jurídicos. Em particular, no âmbito da EU, a interação entre a Diretiva mães-filhas (DMF)¹³, a Diretiva Juros e Royalties (DJR)¹⁴ e as legislações nacionais dos vários EM da EU, permite a estes grupos retirar os seus lucros, isentos de impostos, de qualquer EM para um país terceiro.

De facto, o atual quadro legal europeu sofre de um grande problema, na medida em que “as regras atuais criam um quadro jurídico de distorção maciça, que incentiva a interposição de empresas de fachada para fins puramente normativos.”¹⁵ (tradução livre). Isto porque as empresas estabelecidas no seio da UE estão protegidas pelas liberdades fundamentais (isto é, livre circulação de bens, serviços, pessoas e capitais) que são garantidas pelo TFUE e podem aproveitar benefícios conferidos ao abrigo do direito derivado europeu.

No que respeita às empresas holding em concreto, não obstante a sua ampla utilização ao nível internacional, verifica-se que a sua utilização em esquemas de planeamento é particularmente notória no contexto europeu, estando assim mais

¹² PISTONE, P.; NOGUEIRA, J.; TURINA, A.; LAZAROV, I.; “Abuse, Shell Entities and Right of Establishment: A Plea for Refocusing Current Proposals and Achieving Deeper Coordination within the Internal Market”, *World Tax Journal*, Volume 14, N.º 02, 2022, pág.211

¹³ Diretiva n.º 2011/96/UE, do Conselho, de 30 de novembro de 2011, relativa ao regime fiscal comum aplicável às sociedades mãe e sociedades afiliadas de EM diferentes.

¹⁴ Diretiva n.º 2003/49/CE do Conselho, de 3 de junho de 2003, relativa a um regime fiscal comum aplicável aos pagamentos de juros e royalties efetuados entre sociedades associadas de EM diferentes.

¹⁵ PISTONE, P.; NOGUEIRA, J.; TURINA, A.; LAZAROV, I. – “Abuse through the Use of Shell Companies and Arrangements for Tax Purposes in the Europe Union: Feedback on the Eu Consultation by IBDF Task Force on EU Law”, *International Tax Studies*, Issue 7, 2021, pág.20

suscetíveis de serem exploradas para práticas de evasão e elisão fiscal. A este propósito, estamos de acordo com os autores quando afirmam o seguinte:

*os acordos Shell (ou "caixa postal") são uma forma de exercício nominal das liberdades fundamentais da UE que é particularmente prejudicial para o mercado interno, uma vez que não conseguem atingir um dos objetivos finais das liberdades fundamentais, ou seja, realizar uma atividade económica transfronteiriça plena de significado.*¹⁶ (tradução livre).

Redirecionamos agora a nossa análise para o planeamento efetuado por grupos que apenas operam entre EM da EU, e que têm na sua estrutura societária uma ou várias “holdings europeias”, isto é, que não têm qualquer ligação com Estados terceiros.

Desde logo, estes grupos não fazem uma repatriação dos seus lucros para fora da EU, ou seja, à partida sabem que em maior ou menor grau, serão taxados dentro das fronteiras europeias. Não obstante, num Estado de Direito Democrático os sujeitos passivos gozam de autonomia privada¹⁷ e liberdade de escolha podendo orientar livremente a sua atividade. Assim, estes grupos são criados e estruturados por forma a fazer uso das possibilidades que a legislação tributária concede ao sujeito passivo, visando alcançar uma redução da sua carga fiscal.

Ora, no contexto da UE e por falta de maior harmonização fiscal é sabido que muitos grupos tiram partido das diferentes taxas que cada EM aplica aos lucros empresarias. Tal fator, associado aos benefícios conferidos pelas diretivas, permite que os grupos a operar na UE façam um planeamento que, embora por vezes possa ser ilícito, nem sempre o é. De facto,

*em geral, a interposição de uma sociedade holding com um nível de substância sólida não é classificada como abusiva, à luz da liberdade de estabelecimento e da CGAA que consta da DMF, uma vez que, no seio da UE, os contribuintes são livres na sua escolha de utilizar a estrutura de planeamento fiscal mais favorável.*¹⁸ (tradução livre).

Neste contexto, embora se compreenda a necessidade de tomar medidas para fazer face a situações de utilização indevida destas figuras jurídicas, tais medidas devem obedecer a um critério de proporcionalidade, deixando todos os casos genuínos fora do seu âmbito de aplicação.

¹⁶ Pistone P. et al., *ob. cit.*, International Tax Studies, 2021, pág.22

¹⁷ SANCHES, J. – “Limites do Planeamento Fiscal”, 1ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pág.259

¹⁸ MELKONYAN, S.; SCHADE F. – “Flow-Through Holding Companies in Light of the Parent-Subsidiary Directive: The Thin Line between Tax Planning and Tax Abuse”, INTERTAX, Volume 47, Issue 6 & 7, Kluwer Law International BV, The Netherlands, 2019, pág.601

1.5. Da legitimidade da utilização de holdings nos grupos societários

Fazemos agora uma breve abordagem ao entendimento vigente relativamente à utilização de holdings em grupos societários.

O TJUE reconhece na sua jurisprudência em matéria fiscal¹⁹ que é perfeitamente possível uma holding desenvolver a sua atividade económica de forma genuína. Desta jurisprudência decorre que a circunstância de a sua atividade económica consistir na mera aquisição e gestão de participações sociais, no caso de holdings puras, ou de os seus rendimentos não provirem apenas dessa gestão, mas também do desenvolvimento de atividades de natureza comercial, no caso de holdings mistas, não pode, por si só, implicar a existência de um expediente puramente artificial, desprovido de qualquer realidade económica. Assim, o próprio tribunal, através das suas decisões tem-se vindo a posicionar como um protetor da otimização fiscal via utilização de holdings²⁰. De facto, a sua jurisprudência é de tal forma favorável ao contribuinte que torna quase impossível as atuais regras anti abuso abrangerem certas técnicas de estruturação fiscal com recurso a holdings²¹.

Também a Comissão, na exposição de motivos da proposta, diz que “as entidades de fachada que apresentam um risco de serem utilizadas de forma abusiva são mais suscetíveis de serem identificadas entre as entidades que participam na atividade de detenção e de gestão de capitais próprios (...)”²² (sublinhado nosso). Assim, a Comissão acaba por reconhecer implicitamente que nem todas as entidades que participam na atividade de detenção e de gestão de capitais próprios são entidades de fachada. Consequentemente reconhece também que nem todas são utilizadas de forma abusiva, considera apenas que são mais suscetíveis de o serem.

¹⁹ Sobre este ponto, em matéria de IVA, vide, entre outros: *Acórdão do TJUE de 06 de setembro de 2012, Portugal Telecom, (C-496/11), para. 34*. Também no âmbito dos impostos diretos o tribunal não nega que as holdings possam dar origem a um verdadeiro exercício do direito de estabelecimento, neste âmbito, vide *Acórdão do TJUE de 20 de dezembro de 2017, Deister Holding (C-504/16), para. 73*. Este acórdão vem reforçar a regra de que as empresas holding são totalmente protegidas tanto pelo direito primário como secundário da EU, a menos que constituam uma estrutura abusiva. A este propósito é também relevante a decisão no *Acórdão do TJUE 7 de setembro de 2017, Egiom e Enka (C-6/16)*.

²⁰ Relativamente a este tema vide: Błażej K.; “The ECJ as a Protector of Tax Optimization via Holding Companies”; INTERTAX, Volume 47, Issue 3, Kluwer Law International BV, The Netherlands, 2019

²¹ Neste sentido, vide as conclusões dos autores MELKONYAN, S.; SCHADE F., *ob. cit.*, 2019

²² Ponto 3 da exposição de motivos da proposta Unshell, versão em português

Por fim, no âmbito do Projeto BEPS da OCDE²³ reconhece-se que as empresas holding puras suscitam menos preocupações no que diz respeito à evasão e abuso fiscal, uma vez que pela sua natureza não se mostram tão propensas a praticar a erosão da sua base tributável, quando comparadas com outro tipo de holdings “impuras”.

2. Aplicação da proposta Unshell a uma holding pura

De notar que a presente dissertação irá focar-se, de ora em diante, na aplicação da proposta aos grupos societários que têm uma ou mais holdings na sua estrutura. Neste ponto 2, que agora se inicia, o objetivo passa por perceber de que forma as normas da proposta Unshell se aplicam a cada tipo de entidade que compõe o grupo.

Assim, num primeiro momento apresenta-se a estrutura de um grupo societário e uma sumária explicação da mesma. Posteriormente iremos aplicar a esta estrutura os critérios de filtragem que constam da proposta Unshell, isto é, os *gateways* e indicadores para melhor ilustrar como é que a proposta se aplica em termos práticos.

2.1. Estrutura do grupo societário

Por forma a melhor ilustrar a aplicação da proposta Unshell à realidade optou-se por fazer uma aplicação prática das suas normas. Assim, apresenta-se a estrutura de detenção de participações de um grupo empresarial ficcionado.

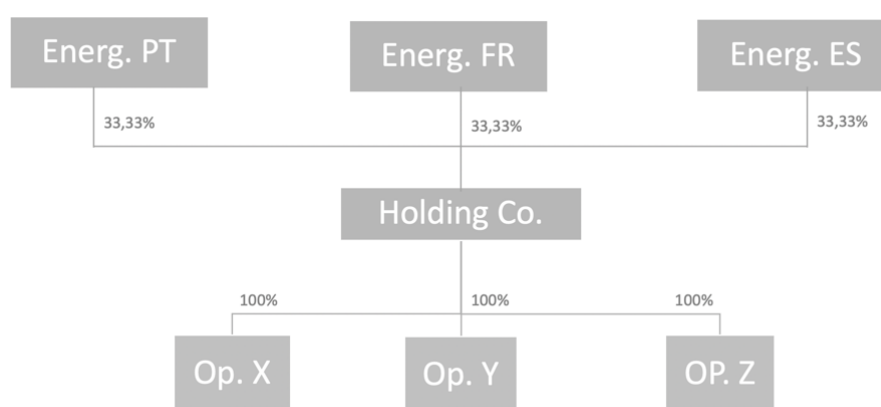


Figura 1: Estrutura do grupo societário

²³ OECD - “Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance”, Action 5 – 2015 Final Report, in OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project (OECD Publishing, Paris 2015)

Neste nosso exemplo, três empresas líderes de mercado no setor energético (em concreto Portugal, França e Espanha), aperceberam-se do interesse que todas tinham em desenvolver uma nova tecnologia fundamental para a produção de energias renováveis. Para tal decidiram reunir esforços e meios, criando a Holding Co. Cada uma das três empresas Energéticas ficou a deter partes iguais do seu desta holding. Por sua vez, a própria Holding Co. detém a 100% três empresas (Ops. X, Y e Z), suas subsidiárias, conforme se ilustra acima.

Todas as subsidiárias desempenham atividades de caráter operacional, isto é, são responsáveis pela atividade económica do grupo, em sentido próprio.

Por seu turno, a Holding Co., sendo uma holding pura limita-se unicamente a fazer a gestão de participações sociais. Pelo que, está dependente da distribuição de dividendos por parte das sociedades suas participadas, para o cumprimento das obrigações por si assumidas.

Importa ainda referir que, as entidades que desempenham atividades de caráter operacional estando localizadas dentro da EU, são residentes em jurisdições diferentes. Por seu turno, também a holding tem residência num outro EM.

Nesta estrutura, a distribuição de dividendos ocorre em três etapas. Primeiramente ocorre a distribuição de dividendos das três Operacionais para a Holding. Por sua vez, a própria Holding efetua a distribuição dos seus dividendos para as três Energéticas. Uma vez que o grupo está localizado na EU, estas duas primeiras etapas da distribuição de dividendos beneficiam de uma isenção de retenção na fonte e de uma regra de não tributação no EM da sociedade-mãe, ao abrigo do regime de *participations exemption*, criado pela DMF. Este regime permite a eliminação da dupla tributação económica destes dividendos, garantindo-se que os lucros são tributados apenas uma vez. No nosso exemplo, a tributação dos lucros deverá ocorrer em cada um dos EM onde estão localizadas as três empresas Operacionais. A terceira etapa, que consiste na distribuição de dividendos das três Energéticas para os seus acionistas.

2.2. Aplicação da proposta à estrutura societária

Como ponto prévio haverá que referir que todas as entidades que compõem a estrutura são suscetíveis de enquadramento no conceito de “empresa” conforme definido no artigo 3º da proposta, isto é, todas exercem “uma atividade económica, independentemente da sua forma jurídica” e são residentes fiscais num EM.

Num primeiro momento importa direcionar a nossa atenção para as **entidades operacionais** do grupo, isto é, Op. X, Op. Y e Op. Z. Estas entidades, se submetidas ao primeiro teste de stress (os denominados *gateways*) contemplado no n.º 1 do artigo 6º da Unshell, dificilmente iriam preencher os 3 requisitos cumulativos.

Desde logo, estas entidades não auferem “rendimentos relevantes”²⁴, conforme definidos no artigo 4.º da proposta. Em concreto, relativamente a nenhuma delas se verifica que i) 75% das suas “receitas”, conforme definido no ponto (3) do artigo 3º, sejam proveniente de rendimentos relevantes (que não tem, à luz da definição contida na proposta); nem que ii) 60% dos seus rendimentos relevantes sejam auferidos ou pagos através de operações transfronteiriças; por fim iii) será pouco plausível considerar que as mesmas façam uma subcontratação das operações quotidianas e da tomada de decisão, dado o tipo de atividade desenvolvido por estas entidades.

Assim, nada indica que entidades operacionais, em geral, estejam aptas a preencher cumulativamente os 3 *gateways*, pelo que não são consideradas “entidades em risco”, conseqüentemente não estariam sujeitas ao teste de substância mínima contemplado no artigo 7º. Mesmo na eventualidade de deterem elas próprias subsidiárias suas, podendo vir a preencher os *gateways*, não lhes seria difícil demonstrar que cumprem os requisitos mínimos de substância.

Do aqui exposto conclui-se que as entidades operacionais dificilmente ficam sob o escrutínio da diretiva, tanto é que não são o alvo principal desta iniciativa legislativa.

Num segundo momento, haverá que direcionar a nossa atenção para a **sociedade “Holding Co.”** por forma a perceber qual o impacto da proposta nesta entidade.

Sendo ainda escassos os artigos que abordam crítica e construtivamente Unshell, servirá de base para a análise que de seguida se faz, um artigo publicado no *World Tax Journal*²⁵. Numa primeira leitura, porventura menos profunda, poder-se-á concluir que dificilmente uma holding passa o crivo da diretiva, sendo assim presumida como entidade de fachada. No parágrafo seguinte procuramos fundamentar esta nossa premissa.

Segundo os autores, o indicador que tem em conta a existência de atividades transfronteiriças “visa todas as empresas holdings, incluindo as empresas não comunitárias que estabelecem a sua sede europeia num Estado-Membro e operam a partir

²⁴ Quanto às críticas apontadas a este (e outros) conceitos apresentados na letra da proposta, iremos pronunciar-nos mais adiante.

²⁵ PISTONE, P. et al., *ob. cit.* *World Tax Journal*, 2022

daí em toda a União Europeia"²⁶. Ao analisarem o conceito de “operações do dia-a-dia” que não está definido na proposta, os autores consideram que “surgem questões adicionais para as instituições holding e financeiras, nomeadamente aquelas cujas operações do dia-a-dia se restringem a um número limitado de decisões anuais”²⁷. Consideram ainda os autores que “Os dois últimos parágrafos do n.º 1 do artigo 6.º são bastante abrangentes tal como estão atualmente concebidos, abrangendo um número significativo de empresas, especialmente em certos sectores, tais como o imobiliário e as holdings”²⁸.

Assim, não se discute o mérito da minuciosa abordagem feita pelos autores, analisando cada *gateway* e cada conceito escolhido pelo legislador. Contudo, tal abordagem não permite fazer a inferência que, numa primeira análise, poderia parecer direta. De facto, a abordagem dos autores não permite concluir que dificilmente uma holding passa o crivo da diretiva, porquanto tal inferência se mostra enviesada. Ora, numa leitura mais atenta do artigo, percebe-se que as referências feitas às entidades holding apenas ocorrem à medida que os autores vão abordando individualmente cada um dos *gateways* e os conceitos que os compõem. Isto é, os autores na sua análise não estão apenas focados na aplicação da Unshell a empresas holding.

Voltando a centrar a atenção no exemplo prático acima apresentado, aplicando agora as normas da proposta à Holding Co., antes da eventual aplicação dos *gateways* e *indicadores*, sempre haverá que atentar nas definições apresentadas no ponto 1 do Capítulo I. Assim, numa análise muito preliminar²⁹, ao contrário do que ocorre com as entidades operacionais do grupo, a holding (pura) não auferirá “rendimentos relevantes”, tal como definidos no artigo 4.º proposta. Além disso, a holding pura não tem “receitas” para efeitos da proposta, por força da exclusão que consta do ponto (3) do artigo 3.º da proposta. Assim, fica inviabilizada a verificação dos três *gateways* e consequente aplicação dos indicadores do artigo 7º a estas entidades. Assim, as holdings puras parecem ficar de fora do escopo da Unshell.

Em súmula, os autores fazem apenas uma breve referência quanto à eventual aplicação dos *gateways* e indicadores às holdings, ademais não fazem uma análise das

²⁶ PISTONE, P. et al., *ob. cit.* World Tax Journal, 2022, pág.205

²⁷ PISTONE, P. et al., *ob. cit.* World Tax Journal, 2022, pág.208

²⁸ PISTONE, P. et al., *ob. cit.* World Tax Journal, 2022, pág.210

²⁹ Quanto à aplicação destas normas da proposta Unshell a uma holding pura, fazem-se desenvolvimentos mais profundos no capítulo II.

holdings à luz das definições legais contidas no Capítulo I da proposta. Relembrando a premissa da qual partimos, segundo a qual dificilmente uma holding passa o crivo da diretiva, sendo assim presumida como entidade fachada, concluímos que para além de estar enviesada, revela-se também parcialmente inquinada. Diz-se parcialmente inquinada porque, se por um lado a Unshell parece não ser passível de aplicação às holdings puras, por outro, não fica desde logo afastada a sua aplicação às holdings mistas.

Uma holding mista, para além de deter participações, desenvolve algumas atividades de caráter operacional, imiscuindo-se nas atividades das suas participadas. Estas entidades podem ter “receitas” e auferir “rendimentos relevantes” tal como definidos nas disposições da proposta. Nesta medida, uma holding mista poderá com maior facilidade, especialmente se comparado com uma holding pura ou com uma entidade operacional, preencher o primeiro *gateway*. Dependendo se depois se verifica o preenchimento cumulativos dos três *gateways*, a holding mista pode ficar obrigada a provar se tem uma substância mínima, sendo que nesse segundo teste já poderá revelar-se complexo provar que tem substância.

Por último, centramos a nossa atenção nas **empresas “Energ. PT”, “Energ. FR” e “Energ. ES”**. Ora, estando estas empresas perfeitamente estabelecidas no setor, a par de deterem agora participações na Holding Co., é expectável que continuem a desenvolver as duas atividades de uma forma normal. Assim, são empresas que têm uma natureza mais próxima da das empresas operacionais do que da holding, pelo que, seguindo os mesmos raciocínios acima apresentados para ambas as situações, será de concluir que as Energéticas dificilmente ficariam sob escrutino da diretiva.

3. As possíveis interpretações do normativo da proposta Unshell

Interpretar a proposta Unshell não se afigura tarefa fácil. Desde logo, apontamos como primeira dificuldade o facto de o normativo não conter uma definição de empresa de fachada³⁰, o que impede a interpretação teleológica do conceito. Neste sentido, a ausência de tal definição é passível de criar uma grande incerteza jurídica, não permitindo logo a partida determinar quais as entidades concretamente visadas pela proposta.

³⁰ Neste sentido, vide: PISTONE, P. et al., *ob. cit.* World Tax Journal, 2022, pág.190. Vide também: Blażej K. - “Article: European Union Law and Global Investment Regime: Unshell Proposal as a Next (Mis)step of the EU Against Investment Treaty Arbitration?”, Volume 50, Intertax, Issue 11, pp. 782-802, 2022, pág.788

Ademais, cingindo-nos apenas ao texto da proposta e extraindo das suas palavras o sentido que elas mais naturalmente comportam, isto é, procedendo a uma interpretação literal da proposta, parece ser de concluir que a mesma tem um carácter de legislação anti abuso. Inclusivamente, a Unshell é comumente designada por “Anti Tax Avoidance Directive 3” (ATAD 3).

Contudo, cabe salientar que, no nosso entender, tal designação não se mostra a mais correta. A proposta visa essencialmente melhorar o exercício das liberdades fundamentais no seio do mercado interno, impedindo em simultâneo que as mesmas sejam exercidas de forma tal que possa gerar práticas abusivas. Garantir a correta e equilibrada alocação dos direitos de tributação entre os vários Estados não é o objetivo essencial da diretiva, tratando-se apenas de um efeito que a proposta permite alcançar³¹.

Ora, para desvendar o verdadeiro sentido e alcance de um normativo legal o interprete não poderá fazer apenas uma interpretação literal. Neste sentido, iremos recorrer aos elementos de interpretação que a doutrina³² tradicionalmente aponta como essenciais, isto é, o elemento literal (gramatical) e ao elemento lógico.

Assim, nos capítulos II e III procedemos a uma detalhada análise de apenas duas normas, em específico o artigo 6º com a epígrafe “empresas declarantes” e o artigo 7º com a epígrafe “Indicadores de substância mínima para efeitos fiscais”, porquanto entendemos que estas duas disposições legais consubstanciam as peças-chave para decifrar a real finalidade da proposta.

³¹ A este propósito, vide a posição defendida pelos autores, que aqui se acompanha na íntegra: Pistone P. et al., *ob. cit.*, International Tax Studies, 2021, pág. 197-198

³² A este propósito BAPTISTA MACHADO, J. – “Introdução ao direito e ao discurso legitimador”, 23º reimp., Almedina, 1987, págs. 181-185

CAPÍTULO II – ELEMENTO LITERAL

No capítulo anterior, em particular no ponto 2, partimos da premissa de que as holdings parecem facilmente cair dentro do escopo de aplicação da proposta, na sua atual redação. Contudo, essa mesma premissa foi sendo desmontada, sugerindo que afinal a Unshell poderá não visar algumas holdings.

Neste contexto, mostra-se pertinente aprofundar agora o estudo do elemento literal dos artigos 6º e 7º da proposta. Para tal, utilizamos como pano de fundo o caso concreto das holdings puras, com a finalidade de apurar se a proposta de diretiva tem pretensão de se lhes aplicar.

1. A definição de “receitas” e a alínea a) do n.º 1 do artigo 6º

Atendendo à letra da proposta, em especial ao disposto no artigo 3.º no qual se encontram definições de alguns conceitos, podemos ler no n.º 3 que se entendem por “«Receitas», a soma [...] dos rendimentos provenientes de participações, excluindo os dividendos recebidos de empresas coligadas, ...” (sublinhado nosso).

Recordando a distinção entre holdings mistas e holdings puras, estas últimas, não desenvolvem quaisquer atividades operacionais. De facto, têm como objeto social único a detenção de participações sociais de outras empresas, sendo essa a finalidade da sua criação. Assim, as únicas receitas que auferem são os dividendos provenientes das suas participadas. Neste sentido, atendendo à norma acima transcrita, podemos concluir que as holdings puras não auferem receitas para efeitos da Unshell, visto que o próprio normativo exclui do conceito de “receita” os dividendos por estas recebidos.

Por seu turno, no artigo 6.º da proposta encontramos os denominados *gateways* que, uma vez preenchidos cumulativamente, levam a que a empresa seja considerada uma “entidade em risco”, originando obrigações de reporte. Deslocamos agora a nossa atenção para a alínea a) do n.º 1, que dispõe o seguinte: “Mais de 75 % das receitas auferidas pela empresa nos dois exercícios fiscais anteriores constituem rendimentos relevantes” (sublinhado nosso).

A questão que se levanta passa por perceber como é que estas duas normas se podem interpretar conjuntamente. Ora, se o conceito de “receitas” exclui os “dividendos recebidos de empresas coligadas” e se a interpretação do primeiro *gateway* depende deste mesmo conceito, não podemos deixar de questionar, qual a consequência disto para uma

holding pura? A consequência lógica será a de que as holdings puras não vão preencher este primeiro requisito e conseqüentemente não preencherão cumulativamente os três *gateways*. Conclui-se assim que as holdings puras parecem não cair no escopo de aplicação da diretiva, pois logo à partida não são consideradas “entidades em risco”.

2. O conceito de “rendimentos relevantes” do artigo 4º

O artigo 4º da proposta aborda a questão dos “rendimentos relevantes”, contemplando uma enumeração de categorias de rendimentos entendidas como relevantes. Prestando particular atenção ao disposto na alínea c) deste normativo, são considerados rendimentos relevantes “dividendos e rendimentos provenientes da alienação de ações e quotas”. Assim, aplicando esta norma a uma holding (em sentido lato), rapidamente se conclui que, em abstrato, estas entidades poderão auferir rendimentos relevantes, para efeitos da proposta.

Ora, a interpretação dos *gateways* está dependente do conceito de “rendimentos relevantes”, contudo, não sendo o único conceito relevante, deve também ser articulado com o disposto nos artigos 3º e 6º. Recordemos que o conceito de “receitas”, exclui do seu âmbito “os dividendos recebidos de empresas coligadas”. Atendendo a tal facto, no caso das holdings puras, ainda que recebam dividendos, que são considerados rendimentos relevantes, estes provêm apenas de empresas coligadas, estando então excluídos do conceito de “receitas”. Mais uma vez, não se nos apresenta como algo possível o preenchimento cumulativo dos três *gateways*.

3. Da efetividade da proposta

Aqui chegados, a presente dissertação tomará um rumo algo diferente. Até aqui desenvolvemos argumentos que comprovaram que as holdings puras não estão abrangidas pelo escopo de aplicação da Unshell. Contudo, por estarmos a trabalhar com uma proposta de diretiva cujo texto ainda não é definitivo, sempre será pertinente fazer uma análise partindo de diferentes assunções.

Neste contexto, assumimos que uma holding pura não é capaz de passar ao primeiro teste imposto pela Unshell, ficando sob o seu escrutínio. Isto é, partimos da hipótese em que a holding cumpre cumulativamente os três *gateways*, sendo por isso considerada uma “entidade em risco”. Neste caso, a entidade está obrigada a declarar, na declaração anual

de rendimentos, que cumpre integralmente os requisitos de substância mínima estabelecidos na proposta, devendo ainda juntar para o efeito a documentação exigida. Sendo a informação prestada considerada satisfatória, isto é, estando os requisitos cumpridos, a entidade não será classificada como *shell entity*. Contudo, se não cumprir os requisitos presume-se, relativamente a esse ano fiscal, que a mesma é uma *shell entity*. Neste último caso, o contribuinte pode ainda ilidir a presunção.

Perante este cenário, a questão que se levanta passa por perceber até que ponto estes requisitos de substância mínima são verdadeiramente eficazes, isto é, será possível fazer uma aplicação objetiva e efetiva dos mesmos? Ou serão estes requisitos relativamente fáceis de contornar?

3.1. Índícios: das críticas apontadas e questões interpretativas

Num ponto prévio, mencionam-se de forma sumária as críticas apontadas³³ e questões que se levantam a propósito dos indicadores mínimos de substância que constam da Unshell, na sua atual redação. Salientamos, no entanto, que fazemos menção apenas às críticas que entendemos mais relevantes, no âmbito da presente dissertação.

Quanto ao primeiro indicador, que exige que a empresa possua instalações próprias para seu uso exclusivo no EM onde é residente, surgem algumas dúvidas interpretativas. As instalações que sejam propriedade da entidade parecem cumprir o requisito, contudo, quanto às instalações que a entidade utilize a título de arrendamento, há maior incerteza. Tal incerteza decorre da utilização do termo “uso exclusivo”. Ora se as suas instalações estiverem localizadas num espaço arrendado, terá a entidade que fazer uso exclusivo de toda a propriedade, não podendo ser um espaço compartilhado por outras empresas?

Relativamente ao segundo indicador, que exige que a empresa tenha pelo menos uma conta bancária ativa na EU. Este indicador mostra-se lógico e adequado à realidade pois qualquer entidade que desenvolve uma real atividade económica necessita de ter pelo menos uma conta bancária que possa utilizar. Mas será que a conta deverá ser unicamente detida pela entidade? Ou pode ser uma conta bancária partilhada com outras entidades do grupo, por exemplo? Quem pode ter acesso a esta conta? São algumas questões que a proposta deixa por esclarecer.

Por fim, quanto ao terceiro indicador, em que se exige a verificação de um de dois critérios relativos aos administradores da empresa e aos funcionários, surgem também

³³ PISTONE, P. et al., *ob. cit.* World Tax Journal, 2022, pág.213-220

várias dúvidas. Desde logo haverá que indagar se estes critérios se mostram adequados à atual realidade económica e a uma economia cada vez mais digital, onde o trabalho remoto é o novo normal. De facto, há inúmeras empresas que operam de forma legítima, desenvolvendo a sua atividade económica, sem que os seus funcionários ou administradores exerçam as suas funções num espaço da empresa. É ainda de referir a discriminação entre diretores e funcionários residentes e não residentes e ainda a falta de definição de quem pode qualificar-se como “diretor” no âmbito da proposta.

3.2. O contorno dos requisitos mínimos de substância

Uma vez expostas algumas das mais relevantes críticas apontadas aos requisitos mínimos de substância, passamos agora a ilustrar quão fácil será contorná-los. Isto é, com o intuito de evitar serem presumidas como empresas de fachada, as entidades poderão, com relativa facilidade, garantir o cumprimento destes requisitos. Para melhor ilustrar esta afirmação, retomamos a estrutura societária ficcional apresentada acima, dando especial atenção à holding pura e às suas três participadas, que são entidades operacionais.

Ora, para efeitos do presente exemplo, iremos caracterizar as condições em que a “Holding Co.” desenvolve a sua atividade. Tratando-se de uma holding (pura), que apenas faz a gestão das participações sociais e que não desenvolve diretamente atividades de carácter operacional, esta entidade tem apenas um contrato de arrendamento de um pequeno escritório num edifício propriedade da sua participada “OP.X”, sendo a sua sede localizada nessa mesma morada. A holding dispõe de uma conta bancária na qual são recebidos os montantes relativos à distribuição de dividendos e pagamento de juros efetuados pelas suas participadas. É também a partir desta conta que a holding efetua o cumprimento das obrigações por si assumidas, nomeadamente o pagamento do valor do arrendamento e ainda o pagamento do salário do único funcionário que a holding tem e que faz maioritariamente trabalho administrativo. Podendo realizar toda a atividade necessária de forma remota, os acionistas deslocam-se à sede apenas para efeitos da realização das assembleias gerais.

Ora, perante tais factos, atendendo aos indicadores mínimos de substância presume-se, então, que a holding será classificada como *shell entity* por não cumprir com estes indicadores. No parágrafo infra ilustra-se como é possível contornar os indicadores.

Relativamente à necessidade de possuir instalações próprias para seu uso exclusivo, e atendendo ao facto de a interpretação deste indicador gerar dúvidas e incerteza, a

holding poderia alterar a sua sede social para um escritório do qual fosse proprietária, sem compartilhar o espaço com nenhuma outra empresa. Quanto a ter uma conta bancária própria e ativa, conforme descrito acima, parece estar verificado o requisito. Quanto ao último indicador, a forma mais fácil de contornar o critério, sem obrigar a que os acionistas alterem a sua residência, passa por contratar mais funcionários, que no limite podem apenas ser prestadores de serviços. A empresa pode ainda exigir que estes funcionários estejam presentes nas instalações para desenvolverem a sua atividade. É de salientar que, quanto a este indicador em concreto, a letra da proposta se mostra particularmente suscetível a abusos, na medida em que apenas coloca como requisito que os funcionários sejam “qualificados para exercer a atividade”. Ou seja, “não importa se os funcionários estão efetivamente a desempenhar quaisquer funções ligadas ao rendimento relevante: podem mesmo ser membros do pessoal de limpeza.”³⁴ (tradução livre).

Este exemplo ilustra claramente como é relativamente fácil para uma entidade contornar os requisitos mínimos de substância. Fazendo pequenas alterações torna-se possível cumprir estes requisitos, evitando que a entidade seja classificada como *shell entity*. Naturalmente que tais alterações mais não são que um custo extraordinário, pois em nada contribuem para a melhoria de eficiência desta atividade económica.

Perante tal cenário, os agentes económicos irão racionalmente ter de tomar uma decisão quanto ao caminho a seguir e a escolha desse caminho irá passar por uma simples análise de custo-benefício. Por um lado, a decisão poderá passar por manter a estrutura atual do grupo e simplesmente “forçar” a holding a preencher os critérios de substância mínimos, por forma a escapar ao crivo da proposta Unshell, ainda que tenham de incorrer em custos extraordinários. Por outro, poderão optar por fazer uma reestruturação do grupo, na medida em que os custos extraordinários e os riscos associados à manutenção da atual estrutura poderão ser demasiado elevados.

Fica então claro que a proposta Unshell carece de efetividade, isto é, não se irá aplicar de facto, porquanto as empresas poderão facilmente ludibriar as suas normas. Daqui decorrem inúmeras consequências.

³⁴ PISTONE, P. et al., *ob. cit.* World Tax Journal, 2022, pág.217

4. Princípio da Igualdade

Na senda do que vem sendo dito no ponto acima, abordamos a eventual discriminação que pode ocorrer entre grupos económicos com maior ou com menor capacidade económica, em resultado dos custos extraordinários e de cumprimento impostos pela proposta. Posteriormente abordamos este Princípio de um outro prisma, de acordo com as questões concretas suscitadas pela presente dissertação. Assim, discute-se da possível discriminação no tratamento dado às holdings puras face ao tratamento dado às holdings mistas.

4.1. Da discriminação entre grupos económicos

Como ponto prévio mostra-se pertinente proceder a uma distinção entre custos de cumprimento e custos extraordinários.

A Unshell contempla alguns custos de cumprimento, que serão suportados pelos agentes económicos. Desde logo, o n.º 2 do artigo 9º exige que uma empresa declarante apresente provas adicionais para refutar a presunção de falta de substância mínima, nos termos do n.º 2 do artigo 8º. Além disso, o n.º 2 do artigo 10º da proposta permite que os EM só concedam a isenção da obrigação de declaração após a apresentação de "provas suficientes e objetivas" que confirmem a ausência de uma vantagem fiscal ao nível do último beneficiário efetivo da empresa ou de todo o grupo. Conclui-se inequivocamente que a proposta impõe uma enorme carga administrativa às entidades abrangidas.

Tais custos são suscetíveis de fomentar uma discriminação entre grupos societários. Neste caso, os grupos mais pequenos terão maior dificuldade em suportar a carga administrativa que a Unshell vem impor.

A par dos já referidos custos de cumprimentos, existem também os custos extraordinários, mencionados acima (vide ponto 3), que decorrem da opção de alterar a forma como a holding desenvolve a sua atividade forçando o cumprimento dos requisitos mínimos de substância. Apesar de esta se apresentar como uma opção viável para os grupos empresariais, mostra-se altamente ineficiente do ponto de vista económico e financeiro. Não obstante, tal opção pode revelar-se a opção mais lógica numa perspetiva de custo-benefício, isto é, mesmo incorrendo nestes custos adicionais, pode ainda assim, revelar-se uma boa escolha, do ponto de vista da poupança fiscal alcançada, manter a atual estrutura do grupo.

Contudo, sempre será de salientar que esta possibilidade poderá não estar ao alcance de todos os grupos empresariais. Por um lado, as holdings integradas em grandes grupos terão em princípio maior facilidade, quer económica quer de meios, para incorrer em custos adicionais, mantendo a sua estrutura acionista e ainda assim escaparem ao crivo da Unshell. Por outro lado, as holdings detidas por grupos mais pequenos, nomeadamente grupos de cariz familiar, podem não ter capacidade para incorrer em tais custos, pelo que, ou se sujeitam ao apertado crivo da proposta ou assumem que terão de fazer uma reestruturação, deixando de utilizar holdings nas suas estruturas empresarias.

De facto, a consequência prática da falta de efetividade da proposta, decorrente da facilidade em contornar os indicadores mínimos de substância, culmina numa discriminação baseada apenas na maior ou menor capacidade financeira dos grupos. Ou seja, a consequência última desta situação é que, apenas os grupos económicos com meios para contornar os indicadores mínimos de substância irão continuar a manter holdings puras nas suas estruturas. A questão que se levanta é precisamente saber se esta é uma discriminação justificada.

Certamente que, sendo esta discriminação injustificada um efeito mediato da proposta, não constitui um dos objetivos visados pela Comissão aquando da criação da proposta. Haverá que recordar a importância das holdings lícitas, que exercem uma atividade económica com significado, isto é, não são “expedientes puramente artificiais”. São entidades que contribuem para o desenvolvimento de um mercado único mais forte e próspero, capaz de atrair e gerar investimento. Assim, esta discriminação que a proposta Unshell parece criar, não se mostra coerente com os objetivos de desenvolvimento económico e de crescimento do mercado único, podendo inclusive trazer sérios impactos.

4.2. Da possível discriminação entre holdings puras e mista

O Princípio da Igualdade constitui um princípio basilar e transversal a todo o ordenamento jurídico da EU. Um dos corolários deste princípio vem consagrado no artigo 18º do TFUE, onde se estabelece o princípio da não discriminação assente no Princípio da Igualdade no ponto de vista formal, isto é, na igualdade perante a lei.

Reconhece-se que o tratamento discriminatório em matéria de tributação direta é suscetível de criar entraves à prossecução dos fins da União, em particular no âmbito da livre circulação de pessoas, serviços e capitais. Contudo, uma das expressões do Princípio

da Igualdade passa pela discriminação positiva, isto é, haverá que tratar igual o que é igual e tratar diferente o que é diferente.

- ***Da distinção feita pelo TJUE entre holdings puras e mista***

A este propósito, são vários os acórdãos do tribunal que fazem uma distinção clara entre holdings puras e as holdings mistas. Tal distinção, que ocorre no âmbito de jurisprudência em sede de IVA, decorre da necessidade de preencher o conceito de “atividade económica”. Neste contexto, ser ou não ser sujeito passivo de IVA dependia de se considerar a detenção de ações e outras atividades relacionadas como uma atividade económica. O TJUE entende que, se um acionista detém participações numa holding pura, este em princípio não tem qualquer interferência na gestão das participadas, apenas recebendo os dividendos. Considera o tribunal que tal “*não constitui a exploração de um bem com o fim de auferir receitas com carácter de permanência*”³⁵, pelo que não pode ser visto como uma atividade económica. Conclui assim que apenas as holdings mistas, porquanto desempenham atividades tributáveis, podem ser enquadradas como sujeitos passivos de IVA.

Contudo, será de referir que em matéria de impostos diretos o

*tribunal parece rejeitar a possibilidade de aplicação da sua jurisprudência em casos de IVA, [...]. Tal rejeição parece resultar da observação por parte do TJUE de que a tributação dos dividendos e o IVA são regidos por regimes jurídicos distintos, cada um prosseguindo objetivos diferentes*³⁶ (tradução livre).

Mesmo estando nós de acordo com o entendimento do autor, consideramos que, pelo menos, esta lógica seguida pelo tribunal, segundo a qual poderá ser feita uma distinção de tratamento entre holdings puras e holdings mistas, sempre poderá ter alguma pertinência no âmbito dos temas tratados nesta dissertação.

De facto, a *ratio* subjacente a este entendimento do tribunal, passa por fazer uma discriminação positiva entre holdings puras e mistas, seguindo aquele que é o entendimento vigente relativamente ao Princípio da Igualdade.

Neste contexto, entendemos que a exclusão das holdings puras do âmbito de aplicação da proposta Unshell, que parece resultar do disposto no nº 3 do artigo 3.º, não poderá ser considerada discriminatória. Parece-nos ser de concluir que, à semelhança da

³⁵ Acórdão do TJUE de 20 de Junho de 1991, Polysar, C-60/90, para. 13

³⁶ Błażej K., *ob. cit.*, INTERTAX, 2019, pág.318

posição tomada pelo TJUE, também na redação do artigo foi acolhido esta atual concepção do Princípio da Igualdade.

Em jeito de conclusão da ideia que se veio expondo, será de realçar o facto de o ordenamento jurídico da EU ter sido concebido de forma tal que o TJUE tem uma palavra decisiva na interpretação do direito da UE e na conformidade do direito interno (fiscal) dos Estados Membros com as liberdades do TFUE. Assim, se (ou quando) for chamado a intervir em litígios relativos a questões suscitadas pela futura diretiva Unshell, é expectável que o tribunal mantenha uma certa consistência no entendimento que tem tido a propósito da distinção entre holdings puras e holdings mistas.

CAPÍTULO III – ELEMENTO TELEOLÓGICO

No capítulo anterior, aprofundou-se o estudo do elemento literal da proposta. Analisando a letra da lei e a sua concreta aplicação a uma holding pura, será de concluir que a diretiva não tem pretensão de se lhes aplicar.

Contudo para se fazer uma correta interpretação da lei sempre será necessário atentar ao elemento teleológico, que no fundo consiste em procurar compreender o fim visado pelo legislador ao elaborar uma norma. O conhecimento deste fim, sobretudo se acompanhado do conhecimento das circunstâncias (políticas, sociais, económicas, morais, ...) em que a norma foi elaborada, revela-se preponderante para uma melhor interpretação. É precisamente isso que nos propomos fazer no capítulo que agora se inicia.

Neste contexto parece-nos fundamental analisar, em concreto, o elemento teleológico do artigo 7º da proposta. Procuramos então entender se os critérios de substância contemplados na Unshell vêm efetivamente permitir um melhor escrutínio do grau de substância das entidades visadas.

1. Dos requisitos de substância exigidos às holdings?

Voltando a recordar aquilo que se escreveu no início desta dissertação, a holding desempenha uma função económica fundamental. A criação de uma holding permitir a agregação de investidores e o conseqüente desenvolvimento de atividades económicas. Ademais, este instrumento jurídico permite-lhes fazer uma boa gestão das participações sociais e uma repartição de custos e diluição do risco de negócios.

Em termos simples, esta é uma das grandes finalidades (*ratio*) da criação e utilização de holdings. Haverá agora que analisar qual o grau de substância mínima que se revela efetivamente necessária para cumprir essa finalidade.

Para tal, iremos proceder, num primeiro momento à apresentação dos indicadores de substância considerados suficientes no atual contexto económico-legal, isto é, que já existem numa fase “pré-Unshell”. Posteriormente procedemos a uma breve análise crítica dos indicadores introduzidos pela proposta. Por necessidade de delimitação do âmbito desta abordagem, iremos analisar os atuais indicadores de substância tendo como pano de fundo as holdings.

1.1. Critérios de substância pré-existent

Como ponto prévio, por substância entende-se o conceito que exprime a relação de adequação da estrutura societária às funções que constituem o seu objeto social. Assim, a substância como conceito fiscal, deve analisar-se numa perspetiva legal e económica.

No panorama tributário internacional, as questões de substância têm vindo a adquirir cada vez maior relevância para a determinação do que é uma estrutura de planeamento fiscal legítima. Tal revela-se importante para as estruturas empresariais, as quais, querem naturalmente otimizar o retorno originado da sua atividade e para tal não podem ignorar a vertente fiscal.

- *No Direito tributário em geral*

No âmbito das Convenções de Dupla Tributação (CDT)³⁷ a expressão “substância” não é normalmente utilizada. Contudo, tal referência é feita através de testes como os da residência, da erosão da base, do beneficiário efetivo e, mostra-se cada vez mais presente nas normas anti abuso. Pelo que, desempenha um importante papel neste âmbito.

Por seu turno, as autoridades fiscais, principalmente na UE, estão cada vez mais exigentes quanto aos requisitos de “substância” das estruturas societárias. De notar que o nível necessário de atividade económica e substância pode variar de acordo com o imposto envolvido ou consoante o tipo de estrutura societária e depende ainda do ordenamento jurídico em causa.

Em termos gerais os critérios mais vulgarmente exigidos por forma a garantir um certo nível de substância mínima a uma entidade são: a titularidade de contas bancárias, reuniões realizadas corretamente, composição do conselho executivo. Já para garantir um nível de substância mais elevado são exigidos mais critérios, como por exemplo: trabalhadores devidamente qualificados, país de residência e qualificações dos membros do conselho executivo, principais decisões de investimento tomadas no país de residência, contabilidade organizada no país de residência, a empresa holding como plataforma para outros investimentos.

Depois destas considerações de carácter mais geral, redirecionamos agora o foco da presente tese para as empresas holding.

³⁷ Vide Convenção modelo da OCDE para evitar a Dupla Tributação Internacional

Conforme resulta da enumeração exemplificativa acima, os critérios formulados para averiguar a substância necessária são meramente indicativos e gerais, criando incerteza na sua interpretação e aplicação. Pelo que, tem-se revelado uma tarefa complexa perceber exatamente quais os critérios de substância que devem estar cumpridos para se estabelecer uma holding, de forma legítima, numa determinada jurisdição, isto é, de forma tal que a criação da holding não constitua uma prática abusiva.

Perante tal dificuldade, consideramos pertinente estudar os critérios utilizados ao nível internacional e europeu. Assim, segue-se uma súmula dos principais pontos da abordagem efetuada pela OCDE e pelo TJUE ao tema da utilização abusiva de holdings e quais os principais indícios de abuso que se têm vindo a utilizar.

- ***Abordagem da OCDE***

Já há várias décadas que a OCDE se tem debruçado sobre o problema de as empresas holdings acederem indevidamente a benefícios decorrentes da aplicação de CDT, numa prática altamente abusiva, que a doutrina denomina de *treaty shopping*.

A este propósito foi introduzido o conceito de beneficiário efetivo (BE). De facto, algumas sociedades holdings, são constituídas apenas com o propósito de serem tidas como BE de certos rendimentos, permitindo-lhes conseqüentemente beneficiar de uma tributação mais favorável, para em seguida transmitir os rendimentos ao verdadeiro destinatário. Em tal circunstância, seria incongruente reduzir ou isentar a tributação aplicável a estas entidades. Neste sentido, procurando combater tal prática, o n.º 2 do artigo 10º da CMOCDE determina que uma *conduit company* não pode ser considerada como BE se tiver um poder de gestão e decisão muito limitado relativamente aos dividendos, agindo como um mero intermediário. Contudo, com o surgimento de práticas abusivas sucessivamente aprimoradas, a OCDE concluiu que nem mesmo uma interpretação muito restritiva do conceito, seria suficiente para combater situações abusivas. Não obstante, este é ainda hoje um indício de elevada importância na determinação de existência de abuso na utilização de holdings.

Posteriormente, por considerar que as regras anti abuso existentes não eram suficientes para contrariar as práticas de *treaty shopping*, a OCDE deu mais um importante passo visando tratar eficazmente este problema. Assim, um desenvolvimento significativo foi alcançado com a inclusão, no nº 1 do artigo 7º da CMOCDE, de uma regra geral anti evasão (GAAR), que ficou conhecida como “*principal purpose test*”

(PPT). Em traços gerais o PPT consiste num teste composto por duas partes: (1) determinar se o objetivo principal da transação era obter um benefício do tratado fiscal (teste subjetivo) e (2) se for esse o caso, o contribuinte deve demonstrar (ónus da prova) que a concessão do benefício nesse caso específico estaria de acordo com o objeto e finalidade do texto (teste objetivo).

Em sùmula, são estes os principais indícios definidos pela OCDE para se poder determinar a existência ou não de práticas abusivas aquando do estabelecimento de holding puras por parte de grupos societários.

- *Abordagem do TJUE*

A metodologia interpretativa a ser adotada para as normas da Unshell sempre passará pelo recurso à jurisprudência do TJUE e aos princípios gerais do Direito Fiscal, tal como desenvolvidos pelo próprio Tribunal. A jurisprudência do TJUE “em matéria de tributação directa aparece como a mais importante fonte de Direito nesta matéria, e o Tribunal como a instituição que mais tem assegurado as liberdades fundamentais dos contribuintes, ainda que de forma insuficiente”³⁸. De facto, é inegável a significativa contribuição que este tribunal tem dado na eliminação dos obstáculos fiscais, contribuindo para uma crescente harmonização da fiscalidade directa na EU.

Especificamente em matéria de abuso, o acórdão Cadbury Schweppes³⁹ representa um importante marco jurisprudencial, tendo sido a primeira decisão em que o TJUE aborda o tema de abuso no âmbito da tributação directa. Nesta decisão o tribunal considerou que a artificialidade só poderia ser presumida se a entidade em causa fosse um “estabelecimento fictício que não exerce qualquer atividade económica genuína”, como por exemplo uma mera “empresa de correio”, por oposição a uma empresa que “existe fisicamente em termos de instalações, pessoal e equipamento”. À data a jurisprudência do TJUE estava maioritariamente centrada no abuso da liberdade fundamental de estabelecimento, neste sentido, os elementos considerados indicativos da existência de abuso eram bastante reduzidos, além de serem interpretados de forma restritiva.

³⁸ DOURADO, A. – “Lições de Direito Fiscal Europeu: Tributação Directa”, Coimbra: Coimbra Editora (2010), pág. 27

³⁹ Acórdão TJUE de 12 de setembro de 2006, Cadbury Schweppe (C-196/04)

Desde que foi proferida esta primeira decisão até aos dias de hoje, foram várias as oportunidades que o TJUE⁴⁰ teve para ir construindo o conceito de abuso. A propósito do uso das medidas anti abuso pelos Estados Membros, o tribunal continua a colocar a fronteira entre o planeamento fiscal válido e o abusivo na utilização de “expedientes puramente artificiais”. Ademais, o tribunal também adotou o “teste duplo” de abuso. Assim, a prova de uma prática abusiva requer que se identifiquem, por um lado, um conjunto de *circunstâncias objetivas* das quais resulte que, apesar do respeito formal pelos requisitos previstos na legislação da União, o objetivo prosseguido por essa legislação não foi alcançado e, por outro, a presença de um *elemento subjetivo* que consiste na vontade de obter uma vantagem fiscal resultante da regulamentação da União, através da criação artificial dos requisitos exigidos para a sua obtenção.

De facto, da análise das decisões mais marcantes deste tribunal constata-se que a abordagem do mesmo ao conceito de substância passa por entendê-lo como um conceito negativo, ou seja, uma definição *a contrario* da noção de “artificialidade”.

Por forma a concluirmos esta breve resenha dos indicadores de substância considerados suficientes numa fase “pré-Unshell” consideramos pertinente apresentar o seguinte quadro resumo⁴¹. O autor apresenta de forma ilustrativa os principais indícios utilizados quer pela OCDE quer pelo TJUE, para determinar a existência ou não de práticas abusivas aquando do estabelecimento de holdings.

⁴⁰ A jurisprudência em matéria de abuso vem sendo construída pelo TJUE ao longo dos anos, sendo ainda de referir, entre outros, a importância de Acórdãos como: *Acórdão TJUE de 10 de Novembro de 2011, Foggia (C-126/10)*; *Acórdão TJUE de 22 de novembro de 2017, Cussens (C-251/16)*. A este propósito, merecem especial destaque os acórdãos que ficaram conhecidos como “*Danish Beneficial Ownership Cases*”, que o TJUE proferiu a 26 de Fevereiro de 2019, relativamente a seis processos (C-115/16, C-118/16, C-119/16 & C-299/16 e C-116/16 & C-117/16).

⁴¹ FREIRE, F., *ob. cit.* INTERTAX, 2022, pág. 17

<i>Criteria</i>	<i>OECD</i>	<i>EU/ECJ</i>	<i>Source</i>
Multiple Investments	✓	✓	PPT Example D; T-Danmark (C-116/06)
Legal (non-tax) and political advantages	✓	✓	PPT Example F; Centros (C-212/97)
Intermediate holding not <i>per se</i> abuse	✓	✓	PPT Examples; T-Danmark (C-116/06); Eqiom (C-6/16); Deister Juhler (C-504/16)
BO	✓	✓	OECD MTC Article 10, Com. 12.4; T-Danmark (C-116/06)
Nationality/Residence of the ultimate investor	✓	✓	PPT Examples A and D; T-Danmark (C-116/06)
Insignificant Profit/Limited economic activity	✓	✓	PPT Example K; T-Danmark (C-116/06);
Operational/Practical reasons	✓	•	PPT Examples C, F, G and K
Geographical reasons	✓	•	PPT Example K
Extensive DTT network and DTT as a tie-breaker	✓	•	PPT Examples D and K
Timing with legislative change	•	✓	T-Danmark (C-116/06)

Reference

✓ (relevant)

• (not indicated)

Figura 1:Quadro resumo

Do estudo efetuado pelo autor, que se encontra resumido na figura abaixo, conclui-se que o TJUE se tem vindo a aproximar, nas suas decisões, da interpretação que a própria OCDE faz do conceito de abuso. Tal facto poderá indicar uma crescente harmonização, o que confere maior segurança jurídica.

Assim, os critérios, que já existem no atual quadro legal, para determinar se estamos ou não perante práticas abusivas, têm-se revelado suficientes em cada caso concreto que exigem a sua aplicação e em particular nas situações que envolvem empresas holding.

1.2. Critérios de substância contemplados na Unshell

No ponto acima fizemos uma sucinta exposição dos critérios de substância utilizados no atual contexto económico-legal. Por sua vez, procedemos de seguida a uma breve análise, do ponto de vista teleológico, dos critérios contemplados na proposta.

Para uma melhor compreensão do fim visado pelo legislador ao introduzir os indicadores de substância contemplados no artigo 7º da Unshell, faz-se uma análise à forma como a mesma se harmoniza com os instrumentos jurídicos que atualmente existem no contexto da EU, em matéria de combate ao planeamento fiscal ilegítimo.

Conforme foi abordado acima, o TJUE coloca a fronteira entre o planeamento fiscal válido e o abusivo na utilização de “expedientes puramente artificiais”. Ademais, mesmo que a intenção tenha sido a de obtenção de uma vantagem fiscal, o tribunal remete sempre para a análise da (ausência) de substância da operação concreta. Ora, quanto a esta questão, a Unshell não acrescenta nenhum contributo adicional que permita melhor delinear tal fronteira. De facto, o legislador partiu dos critérios que foram sendo criados pelo próprio tribunal, transformando tais critérios em indicadores de substância mínima.

Ora, partindo dos critérios que o tribunal considerou justos em cada caso concreto, o legislador decide aplicar tais critérios a todas as empresas que caíam no escopo da proposta sem, no entanto, avaliar se tal se mostra razoável. O que resultou em indicadores mais rigorosos, suscetíveis de aplicação a um maior número de entidades. Contudo, conforme já tivemos oportunidade de expor no capítulo II da presente dissertação, verificam-se inúmeros problemas suscitados por esta “adaptação” feita pelo legislador.

Fazendo a ponte para as normas anti abuso que vigoram no direito comunitário, haverá que salientar a existência da Diretiva mães-filhas (DMF) e das Diretivas anti elisão (ATAD 1 e 2)⁴², cujas normas permitem estabelecer um limiar mínimo de proteção contra práticas fiscais abusivas.

A este propósito, um dos motivos apontados pela Comissão⁴³ para a criação da futura diretiva Unshell é o facto de, no seu entender, a legislação anti evasão fiscal atualmente em vigor não incluir medidas destinadas às empresas que não têm substância mínima para efeitos fiscais. Contudo, questionamos se, de facto, assim o é.

Ora, no atual quadro de direito comunitário, uma “entidade puramente artificial” – entenda-se abusiva, sem substância mínima – é suscetível de estar abrangida pelas regras anti abuso sempre que estiverem presentes elementos de abuso. Desde logo, porque existe o princípio geral do direito primário, várias vezes firmado pelo TJUE⁴⁴, segundo o qual os particulares não podem invocar de forma fraudulenta ou abusiva as normas do direito da União.

⁴² Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho de 12 de julho de 2016, que estabelece regras contra as práticas de elisão fiscal que tenham incidência direta no funcionamento do Mercado Interno (Diretiva ATAD I), bem como da Diretiva (UE) 2017/952 do Conselho de 29 de maio de 2017, que altera a Diretiva (UE) 2016/1164 no que respeita a assimetrias híbridas com países terceiros (Diretiva ATAD II)

⁴³ Ponto 3 da exposição de motivos da proposta, versão em português

⁴⁴ A este propósito vide, entre outros, *Acórdão do TJUE de 9 de março de 1999, Centros (C-212/97)*, *Acórdão do TJUE de 21 de fevereiro de 2006, Halifax, (C-255/02)*, para. 68; *Acórdão TJUE de 12 de setembro de 2006, Cadbury Schweppes (C-196/04)*, para. 35.

Ademais, no considerando 3 do preâmbulo da proposta lê-se: “Caso se verifique que uma empresa tem substância suficiente nos termos da presente diretiva, tal não pode impedir os Estados-Membros de continuarem a aplicar regras contra a elisão e a evasão fiscais, desde que estas sejam compatíveis com o direito da União”. Daqui retiram-se duas conclusões. Por um lado, fica explícito que o facto de estarem cumpridos os requisitos mínimos de substância ao abrigo da proposta, não significa necessariamente que estejam reunidas condições para descartar casos de abuso de diretivas já existentes ou casos de “treaty shopping”⁴⁵. Por outro lado, parece poder-se deduzir que se aplica primeiro o teste de substância ao abrigo da proposta Unshell, e só depois se deve aplicar o conceito de abuso, quer seja incorporado nas regras anti abuso (CGAA) ou em alguma das doutrinas⁴⁶ desenvolvidas à luz dos Princípios de Direito da EU.

Terminada esta breve análise dos possíveis motivos que levaram à introdução dos indicadores de substância contemplados no artigo 7º, segue-se uma súmula das principais ideias apresentadas. Desde logo, a proposta vem reforçar a importância dos indícios já criados pelo TJUE, acabando por corroborar o entendimento que o tribunal tem vindo a construir a propósito do conceito de abuso. Além disso, a própria Comissão parece estabelecer uma regra de precedência na aplicação de testes de abuso, uma vez que, mesmo cumpridos os critérios mínimos de substância da proposta, ainda assim não fica afastada a aplicação das normas anti abuso já existentes.

Neste sentido, haverá que concluir que a *ratio legis* subjacente ao artigo 7º da Unshell, passa apenas por tentar oferecer maior segurança jurídica aos agentes económicos.

1.3. Conclusões preliminares

Desta análise resulta-nos claro que por um lado, os critérios de substância que existem atualmente são já suficientes para avaliar se uma holding pura é ou não um “expediente puramente artificial”, desde logo atentando à atividade concretamente desenvolvida por estas entidades, que na prática se basta com uma substância mínima.

⁴⁵ Neste sentido vide a opinião perfilhada no seguinte artigo: SCHERLEITNER, M.; KORVING, J. – “Article 6 of the Anti-Tax Avoidance Directive – Living a Life on Its Own?”, *European Business Law Review*, 2022, pág.20

⁴⁶ A título de exemplo indica-se: a doutrina sobre princípio geral da proibição de abuso de direitos ao abrigo da legislação da UE, doutrina sobre “substância económica”, doutrina relativa à “substância sobre forma”, etc.

Isto é, estando preenchido apenas alguns indicadores de substância já podemos afirmar que há relação de adequação da estrutura societária às funções que constituem o seu objeto social. Por outro lado, os indicadores de substância que a proposta Unshell vem introduzir, numa tentativa de conferir maior segurança jurídica, na prática acabam por estar totalmente desadequados à realidade concreta de muitas entidades e em especial das holdings puras.

Neste sentido, os critérios de substância pré-existentes mostram-se suficientes para atestar se uma holding pura tem ou não substância, ou seja, para atestar se é ou não uma *shell company*. Então, qual poderá ser a razão lógica para forçar uma holding pura a ficar sob o crivo da proposta?

2. Faz sentido fazer o (Un)shell das holdings puras?

De facto, não se encontra motivo justificativo para fazer o (Un)shell de uma holding pura. Tanto é que o próprio legislador, consciente disso, excluiu propositadamente as holdings puras do âmbito da proposta. Tal ficou integralmente demonstrado nesta dissertação, em particular no capítulo II, no qual se estuda o elemento literal da proposta. Acresce que, no presente capítulo, ao analisarmos o elemento teleológico da Unshell não nos parecer plausível afirmar que o legislador tenha tido a intenção de fazer as holdings puras cair no âmbito de aplicação da mesma.

Não obstante, procurando corroborar a linha de argumentação seguida até aqui, apresentam-se abaixo outras possíveis razões que justificam a opção de manter as holdings puras fora do âmbito da proposta.

2.1. Uma tentativa de harmonização da proposta com a DMF?

Conforme tivemos oportunidade de explicar detalhadamente no capítulo II, em virtude da exclusão dos “dividendos recebidos de empresas coligadas” do conceito de “receitas”, que resulta da redação do nº 3 do artigo 3º, as holdings puras ficam fora do escopo de aplicação da proposta. Cabe-nos agora indagar se uma razão plausível para tal exclusão poderá ter sido a tentativa de harmonização da proposta Unshell com a restante legislação europeia, em particular, com a Diretiva mãe-filhas (DMF).

A DMF tem duas ideias fundamentais, que lhe estão subjacentes. Desde logo, a ideia de que é crucial para o estabelecimento de um mercado único que não se verifiquem

quaisquer constrangimentos de natureza fiscal à existência de grupos empresariais integrando sociedades pertencentes a diferentes EM. É ainda fundamental garantir que o regime fiscal aplicável às relações entre sociedades-mães e sociedades-afiliadas de EM diferentes não tenha um carácter desincentivador à existência de grupos empresariais europeus, pelo que se decidiu eliminar ou atenuar a dupla tributação mediante uma isenção de retenção na fonte aquando da distribuição de dividendos. Assim, parece-nos que a intenção do legislador ao fazer a referida exclusão que consta do nº 3 do artigo 3º da Unshell visa precisamente reforçar esta já antiga intenção de salvaguardar e fomentar o decurso normal das operações de grupos empresariais dentro do mercado único.

2.2. Da utilização (ou não) da holding na estrutura societária

Apresentamos ainda uma última razão que poderá justificar a opção de manter as holdings puras fora do âmbito da proposta. Para tal haverá que relembrar o grupo societário ficcionado que apresentámos no capítulo I.

Colocando um cenário alternativo, em que as três Energéticas, em vez de terem optado por criar uma holding, tivessem optado por cada uma deter participações de forma independente em cada uma das três entidades operacionais. Neste caso, a distribuição de lucros ocorreria apenas numa etapa, isto é, cada operacional teria de distribuir dividendos a cada uma das participadas, em proporção das respetivas participações. Contudo, na ótica da tributação pouco mudaria, face ao cenário em que existia uma holding. De facto, à semelhança do que se explicou no primeiro cenário, também aqui a distribuição de dividendos entre cada uma das operacionais e as empresas-mãe (Energéticas), iria beneficiar do regime de *participation exemption* introduzido pela DMF.

Este cenário alternativo permite-nos dar conta do facto de não existir qualquer vantagem fiscal adicional decorrente da utilização da holding nesta estrutura societária. Isto é, a holding não surge como um mero instrumento que permite ao grupo aceder aos benefícios fiscais da DMF, porquanto mesmo que não se tivesse optado pela sua utilização, a distribuição de dividendos estaria igualmente isenta. Não obstante, há indubitavelmente uma enorme vantagem do ponto de vista económico para a sua utilização. Conforme já tivemos oportunidade de explicar, a holding desempenha uma função económica fundamental permitindo a gestão de participações sociais e facilitando a tomada de importantes decisões no contexto de grupo.

Consideramos que a Comissão não deverá estar alheada deste raciocínio aqui se veio expondo, sendo esta mais uma razão que justificar a opção de manter as holdings puras fora do âmbito da proposta.

3. Dos impactos na competitividade da economia europeia

No último ponto da presente dissertação, consideramos pertinente fazer uma análise teleológica de carácter mais macro, procurando perceber se esta decisão legislativa se coaduna com aqueles que são os objetivos de longo prazo da EU no contexto do desenvolvimento do mercado único e do reforço da posição da economia europeia no contexto global.

Desde a sua criação, a EU tem vindo a encetar uma série de esforços, visando a integração dos diversos EM, através da proteção da liberdade económica, a fim de desencadear iniciativas empresariais e de investimento dentro das suas fronteiras. As disposições nucleares do TUE e do TFUE regulamentam as liberdades fundamentais, proíbem a discriminação e prosseguem o estabelecimento de um mercado interno (único). Pode mesmo afirmar-se que esta vertente económica da UE opera como uma parte do denominado regime de investimento global⁴⁷, garantindo uma melhor integração dos EM no contexto global de investimento.

Contudo, o caminho que tem vindo a ser percorrido, no sentido da criação e desenvolvimento do mercado único poderá ficar em risco com a implementação da proposta Unshell. Assim, não podemos terminar esta dissertação sem abordar a questão da segurança jurídica e da (im)previsibilidade da proteção do investimento em casos relacionados com operações económicas e fiscais transfronteiriças.

A este respeito haverá que salientar não só as incoerências e dificuldades interpretativas que a letra da proposta apresenta, como também a intenção de aplicação retroativa da lei fiscal, que se encontra prevista no n.º 1 do artigo 6º da proposta. Confrontados com estas questões, os investidores ficarão privados da sua capacidade de planear as suas atividades tendo em conta as consequências legais da sua conduta, existindo assim uma violação do princípio da segurança jurídica.

Será ainda de salientar que, uma legislação demasiado ampla, vaga e complexa como a proposta pela Comissão é suscetível de uma interpretação e aplicação

⁴⁷ O regime de investimento global consiste num conjunto de acordos internacionais de investimento (IIAs) que foram concluídos pelos Estados desde o fim da Segunda Guerra Mundial.

imprevisíveis por parte das autoridades fiscais, que acabam por ter ampla margem de discricionabilidade, podendo originar surpresas fiscais para os investidores, quer europeus, quer estrangeiros.

Neste contexto, um dos efeitos concebíveis da proposta é uma dissuasão eficaz dos investidores. Ora, é francamente desnecessário dizer que tal situação não serve bem o mercado único e tem um forte potencial para afetar negativamente a competitividade da UE face a outros atores líderes do mercado, para onde os investidores podem (des)localizar as suas operações.

Neste contexto, é-nos difícil perceber como é que esta proposta legislativa se enquadra na já antiga narrativa das várias Instituições europeias sobre a necessidade de atrair investimentos e reforçar a competitividade das empresas da UE nos mercados globalizados. De facto, na eventualidade de a futura Diretiva Unshell não se distanciar daquilo que hoje é apenas uma proposta, poderá trazer efeitos legais e económicos adversos, porquanto estaremos a enviar uma mensagem negativa aos investidores estrangeiros.

CONCLUSÕES

1. Seguindo a tendência verificada no contexto internacional e com vista a criar um sistema de tributação de empresas sólido, eficiente e justo na EU, surge a proposta de Diretiva Unshell, que estabelece regras para prevenir a utilização indevida de entidades de fachada para fins fiscais.
2. Um dos principais alvos desta proposta são as entidades que participam na atividade de detenção e gestão de capitais próprios, onde se incluem as holdings, por se considerar que são mais suscetíveis de serem entidades de fachada.
3. Este normativo determina que, se uma empresa não cumpre os requisitos mínimos de substância, o que em princípio quer dizer que tal empresa conduz essencialmente uma prática abusiva, a mesma pode ser considerada como uma empresa de fachada, ficando-lhe vedado o direito a usufruir dos benefícios concedidos pelos diversos instrumentos normativos da UE.
4. Ora, visando perceber como é que a Unshell se comporta perante situações concretas e reais, optámos por testar os seus limites. Assim, aplicámos algumas normas da proposta a uma holding pura, enquanto parte integrante de um grupo societário.
5. No âmbito da UE, por força do atual quadro normativo, verificam-se condições que permitem (e de certa forma até fomentam) a utilização de holdings de forma abusiva.
6. Ao longo desta dissertação tivemos oportunidade de esclarecer que as holdings não são figuras ilícitas em si mesmas. De facto, o próprio TJUE reconhece que é perfeitamente possível uma holding desenvolver a sua atividade económica de forma genuína.
7. Estas entidades desempenham uma função económica fundamental, particularmente se entendidas como um meio que permite a reunião de vários investidores e de capital, permitindo o desenvolvimento de certa atividade.
8. Assim, embora se compreenda a necessidade de tomar medidas para fazer face a situações de utilização abusiva de holdings, tais medidas devem obedecer a um critério de proporcionalidade, deixando todos os casos genuínos fora do escopo da proposta.
9. Da aplicação de algumas normas da Unshell, em concreto os *gateways* e os indicadores, às várias entidades que compõem um grupo empresarial ficcionado, concluímos, em súmula, que:

- a. as entidades operacionais dificilmente ficam sob o escrutínio da diretiva, tanto é que não são o alvo principal desta iniciativa legislativa;
 - b. as holdings puras parecem ficar de fora do escopo da Unshell, desde logo atendendo às definições legais que constam do Capítulo I da proposta.
- 10. As conclusões preliminares daqui retiradas e em especial a segunda conclusão, levam-nos precisamente às fases seguintes da presente dissertação.
- 11. Procurando desvendar as verdadeiras intenções do legislador, isto é, se é ou não sua intenção que as holdings puras fiquem de fora do âmbito da proposta, fez-se uma interpretação dos artigos 6º e 7º da proposta, atendendo ao elemento literal (gramatical) e ao elemento teleológico.
- 12. Assim, da leitura conjunta do nº 3 do artigo 3º e da alínea a) do nº 1 do artigo 6.º, verifica-se que o conceito de “receitas” exclui os “dividendos recebidos de empresas coligadas”. Tal exclusão leva ao não preenchimento cumulativo dos três *gateways*. Ora, perante estes factos, será de concluir que a Unshell não visa aplicar-se às holdings puras.
- 13. Não obstante esta clara interpretação sugerida pela letra da lei, por estarmos a trabalhar com uma proposta de diretiva cujo texto ainda não é definitivo, considerou-se oportuno testar a seguinte hipótese:
 - a. supondo que a holding cumpre cumulativamente os três *gateways*, sendo por isso considerada uma “entidade em risco”, ficará então obrigada a declarar que cumpre integralmente os requisitos de substância mínima.
- 14. No âmbito desta hipótese, para além de apresentarmos as críticas apontadas aos requisitos mínimos de substância, ilustrámos de forma exemplificativa o quão fácil será contornar estes critérios, o que retira efetividade à sua aplicação.
- 15. Consequentemente os agentes económicos, agindo sobre a lógica da racionalidade, terão apenas de fazer uma simples análise de custo-benefício. Por um lado, podem optar por manter a estrutura atual do seu grupo “forçando” a holding a preencher os critérios de substância mínimos, escapando assim ao crivo da Unshell. Por outro lado, podem optar por reestruturar o grupo, se considerarem que os custos e os riscos associados à manutenção da atual estrutura poderão ser demasiado elevados.
- 16. Neste ponto da dissertação surgiram-nos questões quanto à possível violação do Princípio da Igualdade. Da análise deste tema concluiu-se que:

- a. quanto aos custos de cumprimentos e aos custos extraordinários associados à proposta, poderá existir uma discriminação injustificada baseada apenas na maior ou menor capacidade financeira dos grupos para suportar tais custos;
 - b. já quanto a uma possível discriminação entre holdings puras e as holdings mistas, concluímos que, à semelhança do entendimento do TJUE em sede de IVA, também aqui se respeitou a atual conceção do Princípio da Igualdade. Assim, na redação da proposta optou-se por fazer uma discriminação positiva entre holdings puras e mistas.
17. Uma vez terminado o estudo do elemento literal dos artigos 6º e 7º da proposta, tendo como pano de fundo a sua concreta aplicação a uma holding pura, conclui-se inequivocamente que a diretiva não tem pretensão de se lhes aplicar.
18. Não obstante, para uma correta interpretação da lei haverá que considerar o elemento teleológico. Assim, estudámos o artigo 7º da Unshell procurando perceber qual a *ratio* subjacente à sua inclusão na proposta e perceber se os indicadores de substância já existentes numa fase “pré-Unshell” se revelam suficientes.
19. Os critérios de substância mínima atualmente utilizados no direito tributário em geral são meramente indicativos e gerais, sendo complexo aplicá-los no contexto específico das holdings.
20. Pelo que, analisámos quais os indícios de abuso que têm vindo a ser utilizados pela OCDE e pelo TJUE, no âmbito das holdings. Desta análise concluímos que:
- a. parece existir uma crescente harmonização da interpretação do conceito de abuso, o que confere maior segurança jurídica;
 - b. os critérios utilizados para determinar se estamos ou não perante práticas abusivas, isto é, se certa entidade tem ou não substância, têm-se revelado suficientes, em particular nas situações que envolvem empresas holding.
21. Por seu turno, a análise da Unshell e dos seus critérios de substância levou-nos a concluir que:
- a. o artigo 7º da proposta, apesar de introduzir indicadores de substância mais rigorosos e menos flexíveis que os atuais, acaba por vir apenas corroborar o entendimento que o TJUE tem vindo a construir ao longo do anos a propósito do conceito de abuso;
 - b. existe uma regra de precedência na aplicação de testes de abuso, uma vez que, segundo a Comissão, mesmo cumpridos os critérios mínimos de substância da

proposta, ainda assim não fica afastada a aplicação das normas anti abuso já existentes;

- c. assim, entendemos que a *ratio legis* subjacente a esta disposição é a tentativa de oferecer maior segurança jurídica aos agentes económicos.

22. Ora, atendendo ao que vem sendo dito, resulta-nos claro que os critérios de substância contemplados na Unshell, se comparados com os critérios “pré-Unshell”, não vêm permitir um melhor escrutínio do grau de substância das entidades visadas.
23. Neste sentido, se os critérios atuais já permitem avaliar se uma holding pura conduz ou não uma prática abusiva, ou seja, se é ou não uma *shell company*, qual poderá ser a razão lógica fazer o (Un)shell de uma holding pura?
24. De facto, não se encontra motivo justificativo para tal. Tanto assim é, que o próprio legislador excluiu propositadamente as holdings puras do âmbito da proposta em resultado do disposto nos artigos 3º e 6º.
25. Por fim, apontamos dois argumentos finais que, no nosso entender, vêm também corroborar esta ideia que temos vindo a construir, de que a Unshell não visa aplicar-se às holdings puras:
 - a. Esta exclusão reforça a intenção de salvaguardar e fomentar o decurso normal das operações de grupos empresariais dentro do mercado único, intenção esta que está subjacente a outros instrumentos normativos, como é o caso da DMF.
 - b. O facto de nem sempre existir qualquer vantagem fiscal adicional decorrente da utilização da holding pura numa estrutura societária. Isto é, a holding muitas vezes não surge como um mero instrumento que permite ao grupo aceder aos benefícios fiscais da DMF, porquanto mesmo que não se tivesse optado pela sua utilização, a distribuição de dividendos estaria igualmente isenta.
26. Acresce ainda que não se nos afigura possível que a Comissão tenha de facto querido deixar as holdings puras sob escrutínio atendendo aos sérios impactos que daí poderiam advir para o mercado único. Nomeadamente afastando potenciais investidores e gerando a conseqüente perda de atratividade e competitividade da EU.

BIBLIOGRAFIA

ANTUNES, J. – “*As Sociedades Gestoras de Participações Sociais*”, in “*Direito das Sociedades em Revista*”, volume I, 2009

ANTUNES, J. – “*Os Grupos de Sociedades - Estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária*”, 2ª edição, Coimbra, Almedina, 2002

BASTO, X. – “*O direito à dedução do IVA nas sociedades holding e em operações sobre participações sociais – o impacto de alguns Acórdãos do TJUE*”, Documentos FEUC, 2012

BAPTISTA MACHADO, J. – “*Introdução ao direito e ao discurso legitimador*”, 23º reimp., Almedina, 1987

BŁAŻEJ K. – “*Article: European Union Law and Global Investment Regime: Unshell Proposal as a Next (Mis)step of the EU Against Investment Treaty Arbitration?*”, Volume 50, Intertax, Issue 11, pp. 782-802, 2022

BŁAŻEJ K. – “*The ECJ as a Protector of Tax Optimization via Holding Companies*”; INTERTAX, Volume 47, Issue 3, Kluwer Law International BV, The Netherlands, 2019

DOURADO, A. – “*Lições de Direito Fiscal Europeu: Tributação Directa*”, Coimbra, Coimbra Editora, 2010

FREIRE, F. – “*Economic Substance for Holding Companies in the Post- BEPS World and After Recent ECJ Case-Law: An Analysis of Developments in Europe*”, INTERTAX, Volume 51, Issue 1, Kluwer Law International BV, The Netherlands [pre-publication], 2022

MELKONYAN, S.; SCHADE F. – “*Flow-Through Holding Companies in Light of the Parent- Subsidiary Directive: The Thin Line between Tax Planning and Tax Abuse*”,

INTERTAX, Volume 47, Issue 6 & 7, Kluwer Law International BV, The Netherlands, 2019

OECD – “*Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance*”, Action 5 – 2015 Final Report, in OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project (OECD Publishing, Paris 2015)

PESTANA DE VASCONCELOS, L. – “*A oneração de participações sociais por uma SGPS detidas há mais de um ano*”, in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 70, Janeiro/Dezembro 2010

PISTONE, P.; NOGUEIRA, J.; TURINA, A.; LAZAROV, I. – “*Abuse, Shell Entities and Right of Establishment: A Plea for Refocusing Current Proposals and Achieving Deeper Coordination within the Internal Market*”, Volume 14, N.º 02 World Tax Journal, 2022

PISTONE, P.; NOGUEIRA, J.; TURINA, A.; LAZAROV, I. – “*Abuse through the Use of Shell Companies and Arrangements for Tax Purposes in the Europe Union: Feedback on the Eu Consultation by IBDF Task Force on EU Law*”, International Tax Studies, Issue 7, 2021

RIBEIRO, J. - “*Tributação Presuntiva do Rendimento – Um Contributo para Reequacionar os Métodos Indirectos de Determinação da Matéria Tributável*”, Coimbra, Almedina, 2010

SANCHES, J. - “*Abuso de Direito em matéria fiscal: natureza, alcance e limites*”, Ciência e Técnica Fiscal – Lisboa, nº398, 2000

SANCHES, J. - “*Os Limites do Planeamento Fiscal*”, 1º Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2006

SCHERLEITNER, M.; KORVING, J. – “*Article 6 of the Anti-Tax Avoidance Directive – Living a Life on Its Own?*”, European Business Law Review, 2022

LISTA DE JURISPRUDÊNCIA

Acórdão TJUE de 12 de setembro de 2006, Cadbury Schweppe (C-196/04)

Acórdão do TJUE de 9 de março de 1999, Centros (C-212/97)

Acórdão TJUE de 22 de novembro de 2017, Cussens (C-251/16)

Acórdão TJUE de 26 de fevereiro de 2019, Y Denmark (C-117/16)

Acórdão TJUE de 26 de Fevereiro de 2019, T Danmark (C-116/16)

Acórdão TJUE de 26 de Fevereiro de 2019, N Luxemburgo 1 (C-115/16, C-118/16, C-119/16 e C299/16)

Acórdão TJUE de 20 de dezembro de 2017, Deister Holding (C-504/16)

Acórdão TJUE 7 de setembro de 2017, Eqiom e Enka (C-6/16)

Acórdão TJUE de 10 de Novembro de 2011, Foggia (C-126/10)

Acórdão do TJUE de de 21 de fevereiro de 2006, Halifax, (C-255/02)

Acórdão do TJUE de 20 de Junho de 1991, Polysar (C-60/90)

Acórdão do TJUE de 06 de setembro de 2012, Portugal Telecom, (C-496/11)

INSTRUMENTOS NORMATIVOS

Diretiva n.º 2011/96/EU, do Conselho, de 30 de novembro de 2011, relativa ao regime fiscal comum aplicável às sociedades mãe e sociedades afiliadas de EM diferentes.

Diretiva n.º 2003/49/CE do Conselho, de 3 de junho de 2003, relativa a um regime fiscal comum aplicável aos pagamentos de juros e royalties efetuados entre sociedades associadas de EM diferentes.

Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho de 12 de julho de 2016, que estabelece regras contra as práticas de elisão fiscal que tenham incidência direta no funcionamento do Mercado Interno (Diretiva ATAD I)

Diretiva (UE) 2017/952 do Conselho de 29 de maio de 2017, que altera a Diretiva (UE) 2016/1164 no que respeita a assimetrias híbridas com países terceiros (Diretiva ATAD II)

Proposta de Diretiva do Conselho que estabelece regras para prevenir a utilização indevida de entidades de fachada para fins fiscais e que altera a Diretiva 2011/16/UE, COM (2021) 565 final, Bruxelas, 22 Dez. 2021

LEITURAS COMPLEMENTARES

BASTO, X.; OLIVEIRA O. – “*O direito à dedução do IVA nas sociedades holding*” - Documentos Instituto Superior de Gestão, 2001

CORDEIRO, A. M.— “*Sociedades Gestoras de Participações Sociais*”, O Direito, Ano 133, julho-setembro, 2001

DE LA FERIA, R. - “*A Natureza das Atividades e Direito à Dedução das Holdings em Sede de IVA*”, in Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal, Ano 4 n.º 3, 2011

NABAIS, J.– “*Por um Estado Fiscal Suportável*”, Estudos de Direito Fiscal, Coimbra, Almedina, 2010

SANCHES, J. - “*Manual de Direito Fiscal*”, 3ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2007

“Proposta de Diretiva fiscal sobre a utilização abusiva de entidades sem substância económica – Diretiva Unshell”, Nota Informativa publicada pela sociedade de advogados Telles, disponível para consulta em:

https://www.telles.pt/xms/files/TELLES_Nota_Fiscal_Proposta_de_Diretiva_Unshell.pdf