

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

Faculdade de Direito

Escola de Lisboa



UNIVERSIDADE  
CATÓLICA  
PORTUGUESA

**Beneficiário Efetivo e Abuso de Direito na Atual Tributação  
Comunitária Direta**

Maria de Campos Bargão Machadinha

Dissertação de Mestrado em Direito Fiscal

Sob a orientação do Senhor Professor Doutor Sérgio Vasques

Lisboa, agosto de 2020

## **Agradecimentos**

*Aos meus pais, pelo apoio incondicional e por estarem sempre presentes.*

*Ao Senhor Professor Doutor Sérgio Vasques, por me ter dado a oportunidade de frequentar um programa de mestrado como o Católica Tax, por aceitar a orientação desta tese, pela constante disponibilidade e partilha de conhecimentos.*

*Ao Dr. Ricardo da Palma Borges, pelo acompanhamento, partilha de conhecimentos e experiência, sugestões e revisão do trabalho.*

*Ao Dr. Carlos Alcântara Neves, pela disponibilidade, comentários e ajuda na elaboração do trabalho.*

*A todos os meus professores de mestrado, pelos sábios ensinamentos.*

## ÍNDICE

<b>LISTA DE ABREVIATURAS.....</b>	<b>5</b>
<b>1. Introdução .....</b>	<b>7</b>
1.1 Contextualização .....	7
1.2 Objetivos da Tese.....	8
1.3 Objeto.....	8
1.3.1 Delimitação positiva .....	8
1.3.2 Delimitação negativa .....	9
1.4 Metodologia e modo de citar.....	9
1.5 Sequência .....	9
<b>2 Os Casos Dinamarqueses .....</b>	<b>11</b>
2.1 Contexto .....	11
2.2 Caso <i>T Danmark</i> .....	12
2.3 Caso <i>Y Denmark</i> .....	14
2.4 A relevância das Diretivas.....	15
2.4.1 Diretiva Mães - Afiliadas.....	<b>18</b>
<b>3 O conceito de Beneficiário Efetivo .....</b>	<b>20</b>
3.1 Introdução.....	20
3.2 Perspetiva da CMOCDE .....	21
3.3 Relevância dos Comentários .....	23
3.4 Evolução do paradigma após casos dinamarqueses .....	24
3.4.1 Ponto de partida .....	24
3.4.2 Importação do conceito de Beneficiário Efetivo para a Diretiva Mães - Afiliadas	25
3.4.3 Auxiliares na interpretação do conceito de Beneficiário Efetivo .....	27
3.4.4 Consequências práticas .....	28
<b>4 O abuso .....</b>	<b>30</b>
4.1 Introdução.....	30
4.2 Breve referência aos primórdios do abuso na tributação direta .....	31
4.3 A cláusula antiabuso da Diretiva Mães - Afiliadas .....	32
4.4 A cláusula geral da Diretiva Antielisão.....	33
4.5 A cláusula PPT .....	34

4.6	Casos dinamarqueses: um novo paradigma?.....	36
4.6.1	Quanto à adoção do Princípio Geral de proibição de práticas abusivas .....	36
4.6.2	Critério de abuso .....	37
4.7	Elementos constitutivos do abuso .....	39
4.8	Conjugação do conceito de Beneficiário Efetivo com o abuso.....	41
4.9	Consequências práticas .....	42
<b>5</b>	<b>Problemática das Holdings .....</b>	<b>44</b>
5.1	Introdução.....	44
5.2	Noção de Holding.....	44
5.3	Fronteira entre a constituição de uma sociedade holding e uma situação de Abuso .....	45
5.4	Exercício de Liberdades Fundamentais.....	46
5.5	A questão do Beneficiário Efetivo nas sociedades holding .....	47
5.5.1	A incorporação de <i>conduit companies</i> .....	47
5.5.2	Breve referência a jurisprudência .....	48
5.6	Consequências práticas .....	56
<b>6</b>	<b>Implicações da jurisprudência do TJUE para o futuro .....</b>	<b>57</b>
	<b>CONCLUSÕES.....</b>	<b>60</b>
	<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>63</b>
	<b>LISTA JURISPRUDENCIAL .....</b>	<b>69</b>

## LISTA DE ABREVIATURAS

AG – Advogado Geral

Art./ arts. – Artigo/artigos

AT/ATs – Autoridade Tributária/ Autoridades Tributárias

BE – Beneficiário Efetivo

BEPS – *Base Erosion and Profit Shifting* (Erosão da base e transferência de lucros)

CDT – Convenção para Evitar Dupla Tributação

CE – Comunidade Europeia

CEE – Comunidade Económica Europeia

CFC – Controlled foreign corporation (sociedades estrangeiras controladas)

Cfr. – Confrontar

CMOCDE – Convenção Modelo da OCDE sobre o Rendimento e o Património

Conselho – Conselho Europeu

DAE – Diretiva Antielisão

DJR – Diretiva juros e *royalties*

DMF – Diretiva Mães - Afiliadas

DUE – Direito da União Europeia

EF – Estado da Fonte

EM – Estado Membro/ Estados Membros

ER – Estado da Residência

GAAR – General anti-avoidance rule (Cláusula Geral Antiabuso)

*i.e.* – Isto é

IBFD - International Bureau of Fiscal Documentation

LF – Liberdades Fundamentais

MLI – Multilateral Instrument

n.º – número

OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico

OJ – Ordenamento jurídico

p./pp. – página/ páginas

PG – Princípio Geral

PPT – Principle Purpose Test

RF – Retenção na fonte

RMS – Requisitos mínimos de substância

SP – Sujeito passivo

ss – seguintes

TFUE - Tratado de Funcionamento da União Europeia

TJUE - Tribunal de Justiça da União Europeia

UE - União Europeia

*Vd. – Vide*

Vol. – Volume

§ – Parágrafo

## 1. Introdução

### 1.1 Contextualização

A sociedade evolui de forma desmedida em todos os campos e a fiscalidade não é exceção. A fiscalidade no sentido material de arrecadação de receita tornou-se mais eficaz e, conseqüentemente, a maneira de evitar pagar tanto imposto, por parte do contribuinte, ganhou também outras dimensões, algo que se reflete na complexidade de formas de contorno ao pagamento de imposto e esquemas de otimização fiscal cada vez melhor pensados e distantes do entendimento do comum cidadão.

Se, por um lado, os Estados procuram mecanismos mais eficazes de arrecadação de receita, por outro, os contribuintes também tentam cada vez mais limitar o impacto da tributação direta na sua esfera. Neste seguimento, o exercício das LF surge, muitas vezes e, de maneira quase previsível, na linha de argumentação do SP.

Face a tudo isto, os Estados têm sentido uma necessidade acrescida de reforçar a sua soberania tributária apoiando-se na introdução no OJ interno de cláusulas antiabuso com um âmbito de aplicação cada vez mais abrangente. Já lá vai o tempo em que poucas situações caíam no escopo destas cláusulas. É certo que garantir a segurança jurídica é e deve ser uma preocupação de qualquer OJ, porém, neste campo, o legislador depara-se com uma dificuldade acrescida - conseguir prever exaustivamente e legislar a multiplicidade de formas de contornar a lei. Segundo, Saldanha Sanches, por mais completo que o legislador tente ser, inevitavelmente, não consegue prever a panóplia de situações que poderão acontecer<sup>1</sup>.

A par de tudo isto, o conceito de BE que tantas dúvidas levanta no momento da sua aferição, está cada vez mais nas agendas internacionais, sobretudo após várias tentativas- algumas frustradas, outras nem tanto - de utilizá-lo de forma fraudulenta.

Os casos dinamarqueses são apenas mais um reflexo de tudo isto. Está em análise a interposição de sociedades holding desprovidas de qualquer tipo de realidade e substância

---

<sup>1</sup> SANCHES, J., *Abuso de Direito em matéria fiscal: natureza, alcance e limites*, Ciência e Técnica Fiscal – Lisboa, nº 398, 2000, p. 26.

económica, apenas com a finalidade de beneficiar de vantagens fiscais previstas nas Diretivas da UE. Falamos de uma dimensão de abuso que atinge níveis cada vez mais acentuados e preocupantes.

## **1.2 Objetivos da Tese**

Os conceitos de abuso de direito e BE não são novos, muito se tem discutido e escrito sobre este tema. Todavia, é igualmente verdade que este tópico continua a suscitar muitas questões, principalmente quando temos em conta o surgimento de casos cada vez mais meticolosos, no que à interpretação e definição dos conceitos respeita.

Posto isto, este trabalho pretende clarificar e abordar as mudanças de paradigma introduzidas pelos casos dinamarqueses na interpretação destes conceitos, com vista a reduzir a zona de incerteza que paira sobre os mesmos.

Além disso pretende-se esclarecer o que mudou relativamente ao entendimento da doutrina e da jurisprudência e o que deve ser tido em conta na análise de situações futuras.

## **1.3 Objeto**

### **1.3.1 Delimitação positiva**

Com este trabalho será analisada a questão do abuso de direito e o conceito de BE na atual tributação comunitária direta, assim como o papel das GAAR, por referência aos casos dinamarqueses relativos a dividendos. Em simultâneo analisar-se-á o impacto das considerações destes casos nas sociedades holding, procurando-se fazer uma referência a jurisprudência relacionada com o tema.

### **1.3.2 Delimitação negativa**

Não será objeto de análise qualquer tipo de consideração relativamente a tributação indireta. Também não serão analisados os casos dinamarqueses relativamente ao pagamento de juros e royalties, nem as cláusulas específicas, nomeadamente as CFC rules.

### **1.4 Metodologia e modo de citar**

O presente trabalho tem como suporte bibliográfico a leitura e análise de vários artigos e monografias, sendo muitos deles de fonte estrangeira. Paralelamente, tais pesquisas permitiram selecionar casos jurisprudenciais relevantes para a matéria em causa.

Por questões de praticabilidade importa fazer referência à metodologia a adotar na citação de monografias, publicações periódicas e jurisprudência do TJUE.

No que diz respeito às monografias: APELIDO, inicial do nome, *título da monografia*, edição, editora, local de edição, ano e pp.

No que concerne às publicações periódicas: APELIDO, inicial do nome, *título do artigo*, designação da publicação periódica, Vol./n.º, ano e pp.

Relativamente à jurisprudência do TJUE: TJUE, *nome do caso*, data da decisão, n.º do processo e parágrafo (quando se refira a um aspeto específico).

### **1.5 Sequência**

O segundo capítulo será dedicado aos casos dinamarqueses onde se procurará fazer uma contextualização da situação e levantar toda a problemática que serve de base à realização desta tese. No terceiro capítulo abordaremos o conceito do BE e a sua evolução após os casos dinamarqueses. O quarto capítulo será dedicado à evolução do critério na identificação de práticas abusivas à luz do contributo dos casos dinamarqueses. O quinto capítulo explorará a problemática das holdings, fazendo uma breve referência a jurisprudência na perspetiva da determinação do que

constituem práticas abusivas para efeitos do Direito Europeu. Por fim, o último capítulo procurará fazer umas considerações relativamente às implicações da jurisprudência do TJUE para o futuro, tanto em relação aos impactos nos grupos de sociedades como à compatibilidade com os mecanismos já existentes nos OJ.

Terminaremos com as devidas conclusões.

## 2 Os Casos Dinamarqueses

### 2.1 Contexto

A decisão daqueles que ficariam conhecidos como os “Danish Cases”, ou em bom português, casos dinamarqueses, era já há muito aguardada no seio da comunidade jurídica europeia e internacional. Isto porque havia uma expectativa de que pudessem trazer desenvolvimentos quanto ao abuso fiscal e à prevenção de práticas de elisão fiscal, assim como, alguma inovação na jurisprudência que lhes precedia, nomeadamente, na temática do conceito de abuso de direito e na interpretação do conceito de BE, questões cada vez mais na ordem do dia e para as quais a resposta nem sempre parece assim tão evidente.

Estas decisões surgem no âmbito de um conjunto de casos nos quais as autoridades fiscais dinamarquesas recusaram a concessão do benefício de isenção sobre o pagamento de juros e dividendos previsto, respetivamente, na DJR<sup>2</sup> e na DMF<sup>3</sup>, ao considerarem estar perante situações abusivas, que não eram nem podiam ser abrangidas pelo âmbito de aplicação das disposições das referidas Diretivas<sup>4</sup>. A situação abusiva consistia na interposição de sociedades, que não eram tidas como o BE, meramente com a finalidade de conseguir que os fluxos financeiros aproveitassem dos benefícios das Diretivas para, em seguida, movimentá-los para sociedades estabelecidas em Estados Terceiros.

---

<sup>2</sup> *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.

<sup>3</sup> *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.

<sup>4</sup> Tal como mencionado na delimitação negativa, o nosso estudo apenas se irá debruçar sobre a problemática ao nível dos dividendos, pelo que não teceremos considerações sobre os casos relacionados com os juros e *royalties*.

Podemos falar em “*Directive shopping*”<sup>5</sup>, *i. e.*, à semelhança do “*Treaty shopping*”<sup>6</sup>, consiste em tentar usufruir indevidamente dos benefícios, neste caso previstos nas Diretivas, com o objetivo de aproveitar as vantagens fiscais a que, de outra forma, não teriam acesso. Por regra, isto é mais comum quando se pretende repatriar rendimentos para sociedades estabelecidas em Estados Terceiros.

Importa referir que, face à complexidade e enorme detalhe que estes casos apresentam, não será possível fazer uma análise exaustiva que contemple o mais ínfimo pormenor, aliás faltariam linhas para tal, pelo que ter-se-á em conta uma análise sucinta dos factos relevantes que permita ir ao encontro dos tópicos objeto do presente trabalho.

## 2.2 Caso *T Danmark*<sup>7</sup>

Quanto à situação fáctica em apreço, vários fundos de capital de investimento, não residentes num EM nem em nenhum país com o qual a Dinamarca tivesse uma CDT em vigor, constituíram um grupo de sociedades, tendo em vista adquirir a T Danmark (um importante prestador de serviços dinamarquês). Parte dessas sociedades estavam sediadas no Luxemburgo, sendo que uma delas - a N Luxembourg 2 (NL 2) - adquiriu uma participação no capital social da T Danmark de mais de 50%. A restante participação no capital era detida por uma multiplicidade de acionistas.

Acontece que a T Danmark procedeu a uma distribuição de dividendos à NL 2 e aos acionistas. As autoridades luxemburguesas já tinham emitido, a pedido das autoridades dinamarquesas, um certificado de residência no qual atestavam que a NL 2 estava sujeita ao “*impôt*

---

<sup>5</sup> Verifica-se, por exemplo, quando SP não residentes na UE pretendem repatriar lucros de um EM sem que sejam sujeitos a RF, tentando assim despoletar a aplicação dos benefícios previstos nas Diretivas para as relações estabelecidas dentro da UE, através do estabelecimento de sociedades interpostas num EM.

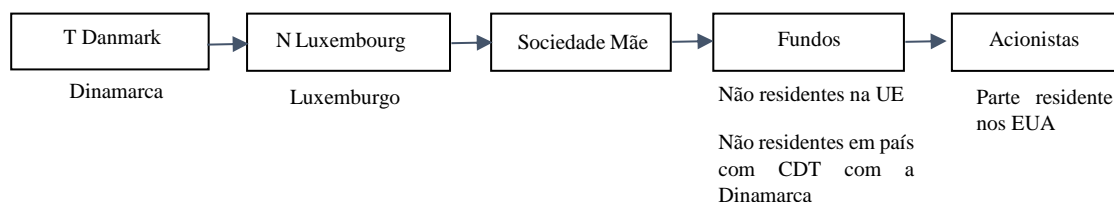
<sup>6</sup> Fenómeno observado ao nível das CDT, que consiste em utilizar disposições de tratados para conseguir usufruir de benefícios aos quais não conseguiriam ter acesso.

<sup>7</sup> TJUE, *T Danmark*, 26 de fevereiro de 2019, C-116/16.

*sur le revenu des collectivités*”, i.e., imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas e era o BE dos dividendos em relação à participação que detinha na T Danmark.

Com o propósito de saber se os dividendos distribuídos à NL 2 estariam isentos de RF, a T Danmark fez um pedido de informação vinculativa às autoridades dinamarquesas. Ora, tendo em conta que a NL 2 era uma entidade independente, com poderes de decisão e gestão próprios, as autoridades não conseguiam concluir de que forma os dividendos iriam ser utilizados, pelo que não podiam responder ao pedido. Neste sentido, a T Danmark acrescentou que se podia presumir que os dividendos iriam ser distribuídos à Sociedade mãe da NL 2 e, posteriormente, pagos por esta a sociedades controladas pelos fundos para, por último, serem transferidos para os investidores (a maioria residente nos EUA).

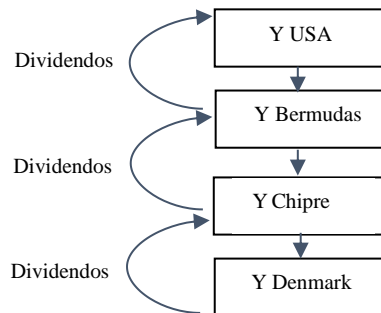
Para facilitar a compreensão do fluxo dos dividendos, retrata-se a situação esquematicamente:



O cerne da questão colocava-se assim na distribuição de dividendos, mais concretamente, na viabilidade de aplicação da isenção de RF prevista na DMF, tema relativamente ao qual a posição da Comissão Nacional de Recursos Tributários e do Ministério das Finanças dinamarquesas não foi unânime. A Comissão entendia que a isenção deveria ser aplicada, enquanto que o Ministério das Finanças defendia que se tratava de uma distribuição feita a uma sociedade que, pese embora fosse residente num EM, não podia ser descartada a suposta artificialidade em que o grupo assentava por forma a que os dividendos chegassem à esfera de investidores não comunitários, cumprindo, ainda que apenas formalmente, os requisitos da DMF, pelo que seria de excluir a consideração da DMF.

### 2.3 Caso *Y Denmark*<sup>8</sup>

Quanto à situação fáctica, estava em causa um grupo de sociedades, liderado pela Y USA, com sede nos EUA, que detinha a Y Bermudas (Bermudas) que, por sua vez, detinha a Y Denmark (Dinamarca). Este grupo foi objeto de uma reestruturação, tendo integrado uma nova sociedade, a Y Chipre - esta sociedade desempenhava o papel de holding<sup>9</sup>, ou seja, fazia a gestão das participações sociais - que passou a deter a Y Denmark.



Tal como no caso anterior, o assunto central é a distribuição de dividendos da Y Denmark para a Y Chipre. A poder equacionar-se uma isenção ou tributação reduzida seria em virtude da DMF ou da CDT celebrada entre a Dinamarca e o Chipre<sup>10</sup>.

O Ministério das Finanças considerou que este fluxo financeiro não conseguia evitar a tributação na Dinamarca, em razão de, por um lado, não poder beneficiar da disposição prevista na CDT, uma vez que esta exigia a condição de ser o BE e a Y Chipre não era o BE dos dividendos, e, por outro, não se podiam aplicar as disposições da DMF<sup>11</sup>, por esta sociedade não cair no âmbito de aplicação da mesma. Portanto, a Y Denmark deveria ter procedido a RF aquando da distribuição de dividendos à Y Chipre, sendo dessa forma responsável pelo pagamento da obrigação fiscal.

<sup>8</sup> TJUE, *Y Denmark*, 26 de fevereiro de 2019, C-117/16.

<sup>9</sup> *Vd.* Capítulo 5.

<sup>10</sup> A CDT entre a Dinamarca e o Chipre, assinada em 26 de maio de 1981, reparte a competência para tributar os dividendos entre o ER e o EF, no entanto, a tributação pode ser reduzida, ficando limitada a um montante máximo de imposto, no caso de a pessoa que os receber ser efetivamente o BE dos mesmos.

<sup>11</sup> Releva como PG do Direito da União que os particulares não podem invocar as normas do Direito da União de forma fraudulenta ou abusiva.

Diferente interpretação era perfilhada pela Comissão Nacional de Recursos Tributários que, por sua vez, entendia que apesar da Y Chipre não ser o BE dos referidos dividendos para efeitos da CDT entre o Reino da Dinamarca e a República do Chipre, poderia beneficiar das regras de isenção previstas na DMF, dado que a Dinamarca não havia adotado internamente nenhuma medida antiabuso, algo que era permitido pela DMF.

Perante tais divergências, o TJUE foi chamado a entrar em cena no âmbito dos litígios entre o Ministério das Finanças da Dinamarca e a T Danmark e a Y Denmark Aps, uma vez que estas sociedades pagaram dividendos a sociedades que a autoridade fiscal dinamarquesa não considerou serem o BE dos mesmos. Em resultado desta conclusão não lhes foi permitido beneficiar da isenção de RF prevista na DMF, pelo que estariam sujeitas a uma obrigação fiscal de pagar o imposto retido na fonte.

Das inúmeras questões efetuadas ao TJUE, podemos destacar três grandes grupos: o tema do Abuso, o conceito de BE e o conflito com as LF do TJUE.

O primeiro suscita questões relativamente à interpretação do conceito de BE e sua relevância no âmbito da DMF. O segundo consiste em perceber se um EM que não tenha adotado uma disposição antiabuso, pode, ainda assim, recusar uma isenção de RF prevista na DMF, com base em abuso de direito. A par disto, pretendia-se perceber em que casos se deveria entender estarmos perante uma situação abusiva, as suas modalidades e o funcionamento da prova em tal circunstância. Já um terceiro grupo culmina com o ponto de saber se a recusa de isenção conflitua com as LF estabelecidas no TFUE.

Estes três grupos serão objeto de análise atenta nos capítulos que se seguem.

## **2.4 A relevância das Diretivas**

No que ao Direito Fiscal Europeu diz respeito importa ressaltar que a competência tributária se encontra repartida entre a UE e os EM. Significa isto que, pese embora o amplo poder tributário, os EM não podem desconsiderar imposições legislativas da UE, até porque o

reconhecimento das mesmas resulta dos Tratados aos quais, no exercício da sua soberania, aceitaram vincular-se<sup>12</sup>.

Por força do primado do Direito da União<sup>13</sup> os EM devem atuar em conformidade com as disposições dos Tratados, exercendo a sua soberania tributária de acordo com o Direito Primário e Secundário da União. Os EM continuam a ser competentes para fixar os critérios de repartição do seu poder tributário, seja por convénio ou de forma unilateral, sendo que os Tratados apenas proíbem atuações positivas que resultem em restrições ou discriminações às LF<sup>14</sup>. Aliás, a própria essência do DUE estaria ameaçada se cada EM pudesse adotar as disposições que bem lhe aprouvesse.

Ainda que não possamos falar numa harmonização plena dentro do OJ da UE, várias foram as tentativas nesse sentido. Concretamente, no campo da tributação direta, pairou desde uma ideia de um imposto europeu sobre sociedades, a uma tributação com base na lei de residência, a uma solução da base comum consolidada e a uma opção por uma base fiscal única harmonizada obrigatória<sup>15</sup>, todavia nenhuma singrou.

Deste modo, ao nível da tributação direta não se pode falar numa harmonização fiscal europeia completa, aliás, este processo está longe de atingir a velocidade que se desejaria, o que, de certa forma, se pode compreender, já que a harmonização implica, além de unanimidade, uma cedência de soberania por parte dos EM. Em consequência, a tributação das sociedades continua a ser uma das áreas que mais dificuldades suscita, visto que a confluência de sistemas fiscais muito díspares dentro da própria UE gera sérios obstáculos tanto ao nível do desenvolvimento como do funcionamento do próprio mercado interno<sup>16</sup>.

---

<sup>12</sup> RIBEIRO, J., *Direito Fiscal da União Europeia: Tributação Direta*, 2ª Edição, Almedina, Coimbra, 2019, p. 25.

<sup>13</sup> *Vd.* TJUE, *Costa vs Enel*, 15 de julho de 1964, C-65/64; TJUE, *Internationale Handelsgesellschaft*, 17 de dezembro de 1970, C-11/70; TJUE, *Fratelli Constanzo*, 22 de junho de 1989, C-103/81.

<sup>14</sup> NOGUEIRA, J. *et al.*, *Impuestos Directos y Libertades Fundamentales del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, Cuestiones fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona, 2016, pp. 256 a 257.

<sup>15</sup> RIBEIRO, J.S., *supra* n.º 12, pp. 265 a 278.

<sup>16</sup> *Veja-se* SANCHES, J., *Manual de Direito Fiscal*, 3ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 91 a 94.

Neste sentido, o caminho ainda parece ser longo, porém menos desconhecido do que há uns anos. Por agora, o motor no sentido de colmatar a ausência de um corpo normativo europeu sólido faz-se por via jurisprudencial, pela atuação do TJUE. Paralelamente, como refere Sérgio Vasques, podemos falar numa harmonização positiva, “(...) *pela adoção de figuras tributárias comuns e que se concretiza através da edição de normas jurídicas aplicáveis em todos os EM*”<sup>17</sup>. Através quer do Direito Europeu Primário, no qual se inclui o TFUE, quer do Derivado, *i.e.*, Diretivas e Regulamentos, conseguem estabelecer-se as bases normativas para uma harmonização fiscal europeia.

Como salienta João Félix Nogueira “*O meio privilegiado de harmonização ao nível dos impostos diretos tem sido o das Diretivas, aprovadas ao abrigo do art. 114.º TFUE (ex 94.º TCE)*”<sup>18</sup>.

As Diretivas são instrumentos normativos que, apesar de vincularem os EM quanto aos resultados e objetivos a alcançar, concedem-lhes, no entanto, liberdade na escolha dos meios e das formas. Como Direito Secundário da UE, prevalecem face às CDT e ao direito interno. Adicionalmente, gozam de efeito direto<sup>19</sup>, o que possibilita que um particular as possa invocar contra um EM que não as tenha implementado completamente, a tempo ou de modo eficiente<sup>20</sup>, desde que as regras sejam suficientemente claras, precisas e incondicionais.

Nesta conformidade, no que respeita aos impostos sobre sociedades poucas matérias se encontram reguladas em Diretivas<sup>21</sup>. Ainda assim, deu-se recentemente a introdução da Diretiva contra as práticas de elisão fiscal<sup>22</sup>.

Ora, na ausência de legislação da UE, os EM têm competência exclusiva, podendo determinar as suas medidas antiabuso e de prevenção a práticas de elisão fiscal, contudo, estão

---

<sup>17</sup> VASQUES, S., *Manual de Direito Fiscal*, 2ª Edição, Almedina, Coimbra, 2018, p. 133.

<sup>18</sup> NOGUEIRA, J., *Direito Fiscal Europeu - O paradigma da proporcionalidade: A proporcionalidade como critério central de compatibilidade de normas tributárias internas com as liberdades fundamentais*, 1ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 194.

<sup>19</sup> Neste sentido *Vd.* TJUE, *Van Duyn*, 4 de dezembro de 1974, C-43/71; TJUE, *Ratti*, 5 de abril de 1979, C-148/78; TJUE, *Ursula Becker*, 19 de janeiro de 1982, C-8/81.

<sup>20</sup> NOGUEIRA, *supra* n.º 18, pp. 168 a 170.

<sup>21</sup> *Vd.* *Diretiva Mães - Afiliadas* (Diretiva n.º 2011/96/UE), *Diretiva Juros e Royalties* (Diretiva n.º 2003/49/CE) e a *Diretiva Fusões* (Diretiva n.º 2009/133/CE).

<sup>22</sup> Diretiva (UE) n.º 2016/1164 do Conselho de 12 de julho de 2016.

sempre limitados pelo Direito Primário, leia-se, disposições do TFUE. Significa isto que não podem estabelecer medidas que se revelem como discriminatórias ou restritivas tendo em conta o exercício das LF<sup>23</sup> previstas no Tratado, a não ser que estas se encontrem justificadas pela prossecução e proteção de objetivos de reconhecido interesse<sup>24</sup>.

Em todo o caso, importa ter em conta a necessária proporcionalidade das medidas justificadas, uma vez que muitas medidas apesar de terem objetivos de combate a situações abusivas ou a necessidade de garantir a eficácia de controlos fiscais, acabam por ir além do necessário para alcançar esses objetivos.

Assim, no que respeita à aferição da compatibilidade das medidas internas com as LF, um dos testes mais importantes é o da proporcionalidade, no âmbito do qual as medidas deverão ser sujeitas a um controlo que visa analisar três parâmetros: a adequação (se a medida é lógica para a realização da justificação), a necessidade (medida é a alternativa menos restritiva para a realização da justificação) e a proporcionalidade em sentido restrito (se as vantagens introduzidas pela medida superam as desvantagens produzidas)<sup>25</sup>.

#### **2.4.1 Diretiva Mães - Afiliadas<sup>26</sup>**

Tem como objetivo primordial eliminar a dupla tributação jurídica internacional, bem como a económica aquando da distribuição de dividendos de uma sociedade afiliada à sua sociedade mãe, sempre que estas se situem em EM diferentes. Esta dupla tributação acontece devido ao facto de aos lucros distribuídos ser aplicada uma taxa de RF na esfera da sociedade afiliada, e posteriormente serem dados à tributação na esfera da sociedade mãe.

---

<sup>23</sup> Liberdade de Circulação de Trabalhadores (Art. 45.º TFUE), Liberdade de Estabelecimento (Art. 49.º TFUE), Liberdade de Prestação de Serviços (Art. 56.º TFUE), Liberdade de Circulação de Capitais e pagamentos (Art. 63.º TFUE) e Direito Geral de Circulação (Art. 21.º TFUE).

<sup>24</sup> Sobre justificações aceites *Vd.* DOURADO, A., *Lições de Direito Fiscal Europeu: Tributação Directa*, 1ª Edição, Wolters Kluwer Portugal/Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 127 a 131.

<sup>25</sup> NOGUEIRA, J., *supra* n.º 14, pp. 266 a 267.

<sup>26</sup> A versão original (Diretiva 90/435/CEE de 23 de julho de 1990), sofreu várias alterações, tendo sido precedida pela Diretiva 2011/96/ UE de 30 de novembro de 2011. Esta última sofreu alterações através da Diretiva 2014/86/UE, de 8 de julho de 2014, e da Diretiva (UE) 2015/121 de 27 de janeiro de 2015.

Para evitar este problema, o EM da sociedade afiliada deve isentar tal lucro, abstendo-se de aplicar a taxa de RF. Já o EM da sociedade mãe deve isentar de imposto os lucros que lhe são distribuídos ou tributar concedendo, neste caso, um crédito pelo imposto pago pela sociedade afiliada, desde que os requisitos estabelecidos nos artigos 2.º e 3.º da DMF se encontrem preenchidos<sup>27</sup>.

Há que salientar que a DMF não está desprotegida face a eventuais práticas de *Directive Shopping*, pois além de prever a possibilidade de adoção de medidas nacionais para prevenir práticas abusivas<sup>28</sup>, no âmbito da revisão de 2015, foi introduzida uma GAAR<sup>29</sup>. Esta cláusula condiciona o acesso aos benefícios da Diretiva caso se verifique estar em causa uma montagem puramente artificial, que não seja constituída por razões economicamente válidas, cuja finalidade principal ou uma das finalidades seja a obtenção de uma vantagem fiscal, frustrando, deste modo o objetivo da Diretiva.

---

<sup>27</sup> Antes da entrada em vigor da Diretiva 90/435/CEE, cabia aos EM regular as relações entre sociedades mães e sociedades afiliadas. Em resultado da divergência de legislação, por regra, as transações entre sociedades de EM diferentes acabavam por ser mais penalizadas do que aquelas que ocorriam entre sociedades do mesmo EM.

<sup>28</sup> Cfr. Art. 1.º, n.º 2, da Diretiva 2011/96/ UE.

<sup>29</sup> Cfr. Art. 1.º, n.º 2, da Diretiva (UE) 2015/121, de 27 de janeiro de 2015, que altera a Diretiva 2011/96/UE.

### 3 O conceito de Beneficiário Efetivo

#### 3.1 Introdução

O conceito de BE surge quer em grande parte das CDT<sup>30</sup>, quer em Diretivas ou até mesmo em legislação doméstica, como um requisito que, mediante a sua aferição, permite ao SP conseguir uma tributação mais reduzida<sup>31</sup> na sua esfera, pelo que a sua interpretação se afigura de extrema importância. Apesar de nem sempre ser uma tarefa intuitiva, requer a maior atenção já que tem implicações que se refletem ao nível da tributação do SP.

Foi introduzido pela primeira vez, em 1977 na CMOCDE<sup>32</sup>, como meio de prevenção ao *Treaty Shopping* que se verificava quando os benefícios dos Tratados eram concedidos a um agente residente num Estado Contratante, que não era na verdade o beneficiário de tais rendimentos<sup>33</sup>. Este requisito, pretende, portanto, evitar a proteção conferida pelos Tratados a alguém que não é considerado o BE.

Os Estados cedo foram adotando o conceito para as suas legislações domésticas. O dilema surge quando, após decorrido tanto tempo da introdução do conceito, os países membros da OCDE continuam a adotar posições distintas e conflitantes quanto à sua interpretação, já para não mencionar que muitos não o reconhecem. Neste contexto, os progressos mais recentes surgem pela mão dos tribunais locais e das autoridades fiscais, contudo, face a diferentes posicionamentos

---

<sup>30</sup> Para beneficiar das disposições convencionais o SP que recebia os rendimentos já tinha de ser residente num Estado Signatário. Este conceito introduz uma condição adicional implicando que, a par disso, o SP seja efetivamente o BE dos rendimentos.

<sup>31</sup> O impacto da tributação nunca é totalmente anulado, no entanto, pode ser limitado, mediante aplicação de CDT. Contudo, grande parte das CDT exige o requisito de BE como condição. Sobre o funcionamento e objetivos das CDT, veja-se PIRES, R., *Notas de reflexão: acordos para evitar e para eliminar a dupla tributação no direito internacional fiscal do século XXI*, Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal, n.º 2, 2008, pp. 179 a 195.

<sup>32</sup> O conceito surgiu pela primeira vez nos Comentários à CMOCDE relativamente às disposições sobre dividendos, juros e royalties (Arts. 10.º, 11.º e 12.º, respetivamente). No sentido de o tornar mais preciso, os comentários foram objeto de subsequentes revisões em 2003, 2010 e 2014. *Vd.* POIRET, C., *Beneficial Ownership: Concept, History and Perspective*, European Taxation, Vol. 56, n.º 7, 2016, pp. 274 a 283.

<sup>33</sup> XAVIER, A., *Direito Tributário Internacional*, 2ª Edição, Almedina, Coimbra, 2018, pp. 135 e 136.

doutriniais, o entendimento tem divergido cada vez mais, ao invés de evoluir em sentido uniforme<sup>34</sup>.

Importa, pois, perceber o que está subjacente a este conceito e quais as suas implicações. Ora, o que significa ser o BE? Esta é a questão que se coloca devido à ausência de uma definição clara e evidente.

### 3.2 Perspetiva da CMOCDE<sup>35</sup>

Tendo como ponto de partida o pagamento de dividendos, o Art. 10.º, n.º 2, da CMOCDE refere-se ao conceito de BE para evidenciar que, pese embora o EF tenha competência para tributar tal rendimento, vê o seu poder de tributação limitado<sup>36</sup> quando a pessoa que recebe os dividendos seja efetivamente o BE<sup>37</sup>. Por uma leitura *a contrario*, infere-se que quando o titular do rendimento não for o BE, o EF pode tributar sem limitação, ou seja, uma tributação reduzida implica necessariamente uma associação ao tema do BE.

Em termos genéricos, o requisito de BE pode significar que havendo uma CDT entre dois países, um deles não está obrigado a conceder uma tributação reduzida a dividendos que sejam distribuídos por uma sociedade residente nesse país a uma sociedade residente no outro que desempenhe funções de *conduit company* de outra entidade que é efetivamente o destinatário dos rendimentos. 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 fiduciário ou administrador por conta de outrem<sup>38</sup>.

---

<sup>34</sup> A propósito da introdução do conceito, *Vd.*, a título de exemplo, BOOKER, T., *Beneficial Ownership*, European Taxation, Amesterdão, Vol. 53, n.º 4, 2013, pp. 164 a171.

<sup>35</sup> Atente-se no Art. 10.º da CMOCDE e respetivos comentários.

<sup>36</sup> Limita a competência para tributar estipulando um teto máximo até ao qual pode ser cobrado imposto. *Vd.* SANCHES, S., *Limites do Planeamento Fiscal*, 1ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 410 e 411.

<sup>37</sup> O mesmo se aplica quando está em causa o pagamento de juros, conforme disposto no Art. 11.º, n.º 2, da CMOCDE e seus comentários, assim como, no Art. 1.º, n.º1 e 4 da DJR.

<sup>38</sup> *Vd.* Relatório do Comité dos Assuntos Fiscais intitulado “*Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies*” e adotado pelo Conselho da OCDE em 27 de novembro de 1986.

Casos há de entidades que embora recebam o fluxo de rendimentos na sua esfera, não são o BE dos mesmos, isto porque são meras intermediárias entre quem paga e o real destinatário. Estão obrigadas a retransmitir de imediato o rendimento para aquele que, na verdade, é considerado BE<sup>39</sup> para efeitos fiscais.

Esta situação é visível quando pensamos nas sociedades trampolim<sup>40</sup> e nas sociedades holdings, já que muitas são constituídas apenas com este propósito, ou seja, serem tidas como BE de certos rendimentos, podendo conseqüentemente beneficiar de uma tributação mais favorável, para em seguida transmitir os rendimentos ao verdadeiro destinatário<sup>41</sup>. Em tal circunstância, seria incongruente reduzir a tributação ou isentar, até porque estar-se-ia a contrariar o propósito da Convenção ao beneficiar um simples trampolim que atua em nome de alguém que realmente recebe o rendimento<sup>42</sup>.

Por conseguinte, no limite, poderíamos ter uma potencial tripla tributação. Por um lado, o EF iria fazer RF por não ter uma CDT com o Estado do BE, por outro, o ER da sociedade trampolim, ao não aceitar este tipo de qualificação da sociedade iria tributar normalmente, não dando crédito de imposto. Igualmente, o Estado do BE tributaria sem conceder crédito de imposto total ou parcial, ora seja por não ter uma CDT com o EF ora por não reconhecer legitimidade ao ER para tributar.

Por tudo o que foi explanado, resulta evidente que o conceito de BE foi desenhado para abranger especialmente situações de *Treaty Shopping* e situações em que o destinatário é uma *conduit company*.

---

Disponível em [https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-2017-full-version\\_g2g972ee-en#page1833](https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-2017-full-version_g2g972ee-en#page1833).

<sup>39</sup> SCHMIDT, O. & SONNE, N., *Introduction of Withholding Tax on Dividends From Danish Conduit Companies*, Tax Notes International, Falls Church, Vol. 71, n.º 3, 2013, pp. 270 e 271: “A conduit company cannot be as the beneficial owner if – despite being the legal owner – the authority of such company is very limited which, in relation to the relevant income, makes such company an administrator acting on behalf of other parties”.

<sup>40</sup> Relatório do Comité de Assuntos Fiscais, *supra* n.º 38.

<sup>41</sup> Por regra, encontra-se estabelecido em Estados Terceiros.

<sup>42</sup> *Vd.* Comentário ao Art. 10.º da CMOCDE, §12.1.

### 3.3 Relevância dos Comentários

A CMOCDE<sup>43</sup> deve ser percebida como um modelo ou recomendação da OCDE relativamente à tributação do património e rendimento, que pode ou não ser seguido nas CDT assinadas entre os Estados Contratantes no que respeita à distribuição de competências de tributação entre EF e ER.

Assume um papel de destaque na prevenção da DT, especialmente por na sua génese ter em consideração SP que exercem atividades com conexão a diferentes OJ, despoletando por um mesmo facto gerador e período de tempo idêntico a incidência de imposto em dois ou mais Estados<sup>44</sup>.

Fazendo um paralelismo, é como se fossem linhas orientadoras para os Estados, pelo que se compreende que não se trate de Hard Law, mas sim, Soft Law. Para suportar este carácter não vinculativo da CMOCDE, basta pensarmos no facto de certos Estados Signatários fazerem reservas a determinadas matérias por não concordarem com regras específicas do Modelo da OCDE, atendendo aos seus próprios interesses e peculiaridades<sup>45</sup>.

Vários autores já se pronunciaram sobre este tema, por diversas ocasiões, seja em publicações periódicas ou manuais conceituados da área e, ainda assim, a doutrina divide-se. Se, por um lado, há quem considere que os comentários devem prevalecer como auxiliar em qualquer interpretação, por outro, há quem seja mais cauteloso e reticente quanto ao valor jurídico dos mesmos.

Não obstante, parece-nos mais consistente a ideia de que os comentários são meras orientações, que refletem a opinião jurídica de especialistas na matéria<sup>46</sup> ao sugerir como tratar

---

<sup>43</sup> XAVIER, A., *supra* n.º 33, pp.103 a 105.

<sup>44</sup> *Vd.* Introdução à CMOCDE.

<sup>45</sup> LANG, M., *Introducción al Derecho de los Convenios para evitar la doble imposición*, IBFD, Amesterdão, 2014, pp. 9 a 13.

<sup>46</sup> Membros dos grupos de trabalho e o Comité dos Assuntos Fiscais da OCDE.

uma situação nova. No entanto, não significa que se deva seguir imperativamente essa opinião<sup>47</sup>, dado que não têm valor jurídico.

Posto isto, o conceito de BE, em análise no presente caso, deve ser interpretado à luz do Direito da União, porém, de forma autónoma e independente da CMOCDE e dos comentários referentes ao Art. 10.º da CMOCDE.

### **3.4 Evolução do paradigma após casos dinamarqueses**

#### **3.4.1 Ponto de partida**

Atendendo aos casos em análise, cumpre-nos dizer que a AT dinamarquesa recusou conceder a isenção de RF à distribuição de dividendos com base na doutrina interna do beneficiário legítimo dos rendimentos<sup>48</sup> e nas cláusulas de BE incluídas nas CDT celebradas pela Dinamarca. Ora, há que acautelar que disposições de CDT em concordância com a CMOCDE não podem ser consideradas disposições antiabuso para efeitos do Art. 1.º, n.º 2, da DMF, já que, em *ultima ratio*, a sua razão de ser não visa especificamente impedir a constituição de montagens artificiais desprovidas de substância económica, cujo objetivo último é eludir o imposto devido, através das vantagens proporcionadas pela aplicação da DMF.

A leitura a ser feita deve ser a de que não pode haver um aproveitamento dos operadores económicos face ao DUE, pelo que as autoridades nacionais devem, independentemente da existência de uma disposição antiabuso nacional ou convencional, recusar benefícios da DMF que sejam invocados fraudulentamente.

---

<sup>47</sup> LANG, M., *supra* n.º 45, pp. 40 a 44.

<sup>48</sup> Cfr. *T Danmark e Y Denmark Aps*, §33. Esta doutrina pretende identificar o beneficiário do rendimento e o SP de imposto. Para isso as “(..) autoridades fiscais não são obrigadas a aceitar uma separação artificial entre a empresa ou atividade que gera os rendimentos e a afetação dos mesmos que daí decorrem”.

De acordo com a AT dinamarquesa a interposição de sociedades, cuja finalidade passava por assegurar a isenção, consubstanciava na existência de uma prática fiscal abusiva. As sociedades intermediárias numa cadeia de sociedades de um grupo empresarial ao não serem dotadas da faculdade de decidir, controlar e usufruir dos rendimentos recebidos, não podiam, por conseguinte, qualificar como BE.

Apesar de no escopo da DMF não encontrarmos concretamente uma cláusula de BE, isto não significa que a Diretiva esteja completamente desprotegida face a possíveis esquemas de *Directive Shopping*. Existem mecanismos de controlo, como é o caso do conjunto de requisitos que delimitam o seu âmbito de aplicação, o facto de as administrações poderem controlar a aplicação da Diretiva e, por último, mas não menos importante, não podemos descurar o PG de Direito da UE<sup>49</sup> de proibição de práticas fiscais abusivas.

### **3.4.2 Importação do conceito de Beneficiário Efetivo para a Diretiva Mães - Afiliadas**

Importa começar por contextualizar que não deriva quer do objetivo quer da letra da lei da DMF qualquer referência a que a condição de BE seja necessária para isentar de RF dividendos distribuídos entre sociedades de EM, contrariamente à DJR que prevê especificamente este requisito adicional no seu escopo. Através de uma cláusula específica, no âmbito da DJR, exige-se que a sociedade que recebe os pagamentos seja o BE e não apenas um mero intermediário<sup>50</sup>, tendo em vista evitar que sociedades de Estados Terceiros interponham uma sociedade num EM apenas para usufruir das vantagens da Diretiva.

Igualmente para dar cumprimento ao propósito da DMF, não importa que o destinatário seja efetivamente o BE, nem mesmo considerações sobre os acionistas das sociedades ou como o

---

<sup>49</sup> Cfr. TJUE, *Halifax*, 21 de fevereiro de 2006, C-255/02, §69 e TJUE, *Kofoed*, 5 de julho de 2007, C-321/02, §38. Conforme já tinha sido clarificado pelo TJUE, em *Halifax*, este PG pode ser invocado contra alguém que invoque normas de DUE não para realizar os objetivos das disposições comunitárias, mas sim para usufruir abusivamente de vantagens, contrariando o propósito para o qual o regime fiscal foi criado.

<sup>50</sup> Cfr. Art. 1.º, n.º 4, da Diretiva 2003/49/CE.

destinatário vai utilizar os dividendos. O foco é somente o cumprimento dos requisitos<sup>51</sup> previstos no Art. 2.º a 4.º da DMF, nomeadamente, a sujeição a imposto sobre rendimentos de pessoas coletivas tanto por parte de quem paga como de quem vai receber<sup>52</sup>.

Dito isto, à partida, estando formalmente cumpridos os requisitos necessários para que um particular possa invocar um direito à luz da DMF, só em casos excepcionais, como por exemplo, ao constatar práticas abusivas, se pode admitir que o mesmo seja declinado, caso contrário atentar-se-ia contra o Princípio da Segurança Jurídica<sup>53</sup>.

Não obstante o TJUE ter tentado escapulir-se às questões relacionadas com o BE, optando por se focar na discussão em torno do PG de proibição de práticas abusivas, observamos claramente uma importação deste conceito para o raciocínio no âmbito da DMF.

Este aspeto é notório quando notamos a importância que lhe é dada no caso de o BE ser residente para efeitos fiscais num Estado Terceiro. Neste ponto revela-se importante distinguir duas situações. Por um lado, quando o pagamento é feito diretamente à entidade com residência fiscal no Estado Terceiro, a recusa da isenção não está dependente da verificação de fraude ou abuso de direito<sup>54</sup>, uma vez que tratando-se de uma sociedade não residente num EM, não se encontra abrangida pelo âmbito de aplicação da DMF<sup>55</sup>.

Por outro lado, situação diferente ocorre quando a distribuição de lucros é feita de uma filial residente num EM para a sua sociedade mãe residente num EM diferente, dado que esta já recai no âmbito de aplicação da DMF. Em tal circunstância é essencial aferir se estamos perante uma sociedade interposta na UE que naturalmente não pode ser concebida como o BE.

Ora, chegar à conclusão de que o BE é residente fiscal num Estado Terceiro pressupõe que seja efetuada uma análise prévia quanto à existência de abuso. Em resultado desta aferição de práticas abusivas será possível constatar se o BE é ou não residente fiscal em Estado Terceiro e, consequentemente, desqualificar a sociedade interposta como tendo acesso à DMF, dado que se

---

<sup>51</sup> A AT luxemburguesa já tinha confirmado a sujeição a este imposto por parte da entidade que recebe os dividendos.

<sup>52</sup> Conclusões da AG em *T Danmark e Y Denmark Aps*, §44.

<sup>53</sup> Tal como acompanham as Conclusões da AG em *T Danmark e Y Denmark Aps*, §47.

<sup>54</sup> Cfr. *T Danmark e Y Denmark Aps*, §111.

<sup>55</sup> Cfr. *T Danmark e Y Denmark Aps*, §112.

os mecanismos da DMF fossem concedidos haveria um sério risco de esses rendimentos não chegarem efetivamente a ser tributados no seio da UE<sup>56</sup>.

Só por aqui já começamos a constatar a evidência deste novo requisito na interpretação jurisprudencial da DMF. Ainda assim, é preciso atender ao papel que lhe vai ser atribuído, *i.e.*, se de facto é um requisito decisivo ou apenas complementar. Ora, talvez a constatação do TJUE de que a AT ao demonstrar a existência de uma prática abusiva deve comprovar os elementos constitutivos do abuso, atendendo a todos os elementos pertinentes, nomeadamente o facto de que a sociedade a quem os dividendos são pagos não é o BE<sup>57</sup>, nos ajude nesta tarefa.

Nesta conformidade, parece cada vez mais claro que o BE se torna um requisito adicional no âmbito da DMF. Pese embora o conceito de BE não seja precisado, é introduzido o conceito de *conduit companies* que não são tidas como BE na análise de Abuso de Direito para efeitos da isenção de RF prevista na Diretiva.

### 3.4.3 Auxiliares na interpretação do conceito de Beneficiário Efetivo

Uma vez que o TJUE evita responder às questões relacionadas com o conceito de BE, não tece anotações relativamente à relevância da CMOCDE e seus comentários como auxiliar na interpretação, já que ao associar o conceito de BE a Abuso de Direito nas Diretivas, subentende-se que será feita uma análise em conformidade com os conceitos de DUE.

Contrariamente, este aspeto é focado na análise da AG, ao considerar que a DMF tratando-se de DUE deve ser apreendida segundo este Direito<sup>58</sup>. Não deveria, por isso, imiscuir-se em considerações referentes aos Tratados, incluindo a CMOCDE e seus comentários<sup>59</sup>, já que os mesmos não constituem obrigações internacionais, são meras recomendações de uma organização

---

<sup>56</sup> Cfr. *T Danmark e Y Denmark Aps*, §113.

<sup>57</sup> Cfr. *T Danmark e Y Denmark Aps*, §117.

<sup>58</sup> Conclusões da AG em *T Danmark e Y Denmark Aps*, §78 e ss.

<sup>59</sup> LARKING, B., *Tax Avoidance: Where to Draw the Line?*, Tax Notes International, Falls Church, Vol. 90, n.º 13, 2018, p. 1390.

internacional, não vinculativas<sup>60</sup>. Igualmente, a interpretação de BE vertida na DJR não deve ser tida como referência, por seguir uma abordagem distinta, pelo que a AG se distancia por completo do recurso ao conceito de BE.

De facto, facilmente observamos o contraste entre a posição do TJUE e da AG relativamente à importação do conceito de BE.

Todavia, em matéria de interpretação, podemos levantar algumas questões práticas que podem advir destas novas considerações sobre o conceito de BE. Nomeadamente, perceber se um EM deve passar a interpretar o conceito de BE presente numa CDT que celebra com Estados Terceiros em concordância com esta decisão.

Neste campo é importante não esquecer que, por um lado, as considerações relativamente a marcadores de BE foram feitas no âmbito de uma análise sobre a existência ou não de práticas abusivas e, por outro, a interpretação dada pelo TJUE vai para além dos comentários à CMOCDE, referindo-se à DMF e não a uma CDT. Assim, surgem-nos muitas dúvidas que um Estado da UE, que se encontra vinculado ao TFUE, possa impor uma determinada interpretação, tal como delimitada pelo TJUE, a um Estado Terceiro que não é vinculado pelo Direito Europeu.

#### **3.4.4 Consequências práticas**

Do raciocínio levado a cabo pelo TJUE nos casos dinamarqueses sobressai, claramente, o facto de assistirmos a uma importação do conceito de BE para o seio da DMF, requisito que até à data não era associado à DMF nem sequer mencionado na jurisprudência precedente nesta matéria. Todavia, em resultado desta decisão parece haver bases sustentadas para considerar a existência de uma condição não escrita na DMF relativa ao BE.

No mesmo sentido, relativamente à análise dos requisitos associados ao BE, merece destaque o facto desta não ser feita de forma autónoma pelo TJUE, mas sim como elementos constitutivos de uma prática abusiva.

---

<sup>60</sup> Conclusões da AG em *T Danmark e Y Denmark Aps*, §84. A não ser assim “(...) os Estados - Membros Contratantes da OCDE teriam a possibilidade de decidir a interpretação de uma Diretiva da União”.

Assim, parece-nos que doravante o teste do BE se revela como uma nova ferramenta no contexto da análise da artificialidade ou abuso de uma estrutura. Todavia cabe-nos chamar a atenção para a associação, que parece resultar desta jurisprudência, entre a não verificação dos requisitos relativos ao BE e a existência imediata de uma “prática abusiva”.

Se, por um lado acabamos de perceber as inovações no que ao conceito de BE respeita, há que olhar, pois, em seguida, para os novos contornos do conceito de abuso que deriva deste juízo.

## 4 O abuso

### 4.1 Introdução

Os impostos assumem um papel determinante na estrutura de um Estado, sendo a receita que deles provém essencial para a prossecução das funções que ao Estado competem. Atualmente, o modelo para o qual os Estados foram caminhando criou uma incontestável dependência dos impostos<sup>61</sup>, de tal forma que não se vislumbra outro remédio para a obtenção de receita que não derive da sua cobrança<sup>62</sup>.

Os cidadãos, por sua vez, têm o dever de os pagar<sup>63</sup>. Naturalmente, procuram a forma mais generosa para as suas carteiras, tentando esquivar-se muitas vezes a esta obrigação, ou pelo menos, minimizar o seu impacto. Quando esta poupança fiscal ocorre de forma lícita considera-se planeamento fiscal, contudo o tema surge quando a mesma é obtida de modo ilícito e com a intenção de defraudar o sistema.

De igual modo, os Estados também podem e devem fazer um planeamento fiscal, com vista a evitar a perda de receita, através da adoção de medidas robustas que procurem circunscrever o planeamento fiscal lícito ao mínimo possível. Nas palavras de António Carlos dos Santos “*Uma das formas de planeamento fiscal estadual é a luta contra o planeamento fiscal abusivo, uma forma de controlo a posteriori da elisão fiscal*”<sup>64</sup>.

Assim, importa debruçarmo-nos sobre o impacto destes casos tanto na própria conceção de abuso como nos meios de reação que os Estados têm ao seu dispor para combater estas práticas.

---

<sup>61</sup> Excetuando casos como Macau, Mónaco ou Dubai cujas receitas advêm do jogo ou exploração de petróleo, respetivamente.

<sup>62</sup> SILVA, J., *Elisão Fiscal e Cláusula Geral Anti-Abuso*, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 66, Vol. II, 2006, p. 825.

<sup>63</sup> NABAIS, J., *Dever Fundamental de pagar impostos: Contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*, Almedina, Coimbra, 2004, pp.185 a 187.

<sup>64</sup> SANTOS, A., *Planeamento Fiscal, Evasão Fiscal, Elisão fiscal: O Fiscalista no seu Labirinto*, Fiscalidade- Revista de Direito e Gestão Fiscal, Instituto Superior de Gestão, n.º 38, 2009, p. 61.

#### 4.2 Breve referência aos primórdios do abuso na tributação direta

Apesar das lacunas de harmonização no OJ europeu, em sede de tributação direta, desde cedo que houve uma consciencialização de que as políticas fiscais adotadas não podiam albergar transações artificiais que visavam usufruir das vantagens fiscais proporcionadas pelos instrumentos normativos existentes no OJ da UE.

Para efeitos de contextualização importa recuar aos primórdios do debate sobre o abuso<sup>65</sup>. Ao nível da tributação direta não harmonizada, *Cadbury Schweppes*<sup>66</sup> representa um marco jurisprudencial em matéria de abuso, ao declarar a luta contra expedientes puramente artificiais como uma prioridade.

Esta decisão, que analisou a compatibilidade de uma norma doméstica com as LF<sup>67</sup>, trouxe vários contributos. Desde logo, ao reconhecer a legitimidade dos EM para aplicar medidas restritivas sempre que estivessem perante operações económicas que, ainda que encobertas pelo exercício de LF, tinham como objetivo defraudar o sistema. Porém as mesmas não podiam ir para além do necessário para atingir tais objetivos, *i.e.*, estavam sujeitas a um controlo de proporcionalidade.

Todavia, ficou assente que os EM não podem partir de uma presunção geral de abuso, pois o simples facto de se estabelecer uma sociedade num EM diferente, ainda que por razões de índole fiscal, não pode ser considerado, só por si, abusivo. Neste sentido, para averiguar a existência de tal expediente há que ter em conta dois elementos<sup>68</sup>: um objetivo - afere da conformidade da

---

<sup>65</sup> Sobre a emergência do conceito de abuso na jurisprudência comunitária bem como a jurisprudência precedente a *Cadbury Schweppes*, Vd. NOGUEIRA, J., *Abuso de Direito em fiscalidade directa: A emergência de um novo operador jurisprudencial comunitário*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Coimbra Editora, Vol. 6, 2009, pp. 242 a 268.

<sup>66</sup> TJUE, *Cadbury Schweppes*, 12 de setembro de 2006, C-196/04.

<sup>67</sup> Sobre a situação fáctica, Vd. LENAERTS, K., *The concept of 'abuse of law' in the case law of the European Court of Justice on Direct Taxation*, Maastricht journal of European and comparative law, Maastricht, n.º 3, 2015, pp. 336 a 342.

<sup>68</sup> Em linha com o teste firmado em *Emsland-Starke* (TJUE, 14 de dezembro de 2000, C-110/99).

situação fáctica com o objetivo prosseguido pela norma em causa - e um subjetivo – afere a intencionalidade em obter a vantagem fiscal através de uma situação artificial.

Nesta senda o requisito de atividade económica genuína passa a ser visto como uma condição para aferir de eventuais práticas de elisão fiscal. Não obstante, é de realçar que o elemento subjetivo perde relevância, já que quando se verifique a existência de uma atividade económica genuína, ou seja, a não artificialidade, a motivação fiscal subjacente à operação deixa de ser considerada. Na prática, quando estão em causa LF, o critério primordial para a aferição do abuso é a realidade económica. Por sua vez, o ónus prova está do lado do contribuinte, cabendo-lhe provar a existência de uma atividade económica genuína.

*Cadbury Schweppes* marcou, assim, uma tendência na jurisprudência europeia abrindo caminho à consolidação de um PG de proibição de práticas abusivas, cada vez mais vincado em virtude da jurisprudência subsequente.

### **4.3 A cláusula antiabuso da Diretiva Mães - Afiliadas**

Em 2014, após várias tentativas, os EM chegaram a um consenso relativamente à introdução<sup>69</sup> de uma GAAR na DMF cujo objetivo passa por definir um mínimo comum<sup>70</sup> a todos os Estados no tocante a medidas antiabuso. No fundo, nada mais do que a necessidade de garantir uma resposta em bloco e uniforme no seio da UE, já que, se por um lado, nem todos os EM têm normas internas vocacionadas para a prevenção de práticas abusivas, por outro, o próprio conceito de abuso nem sempre é interpretado de igual modo de EM para EM.

Assim, para além do já contemplado Art. 1.º, n.º 2, que autorizava os EM a adotarem disposições antiabuso domésticas, a DMF passou a contar com um apetrechado conjunto de medidas que na sua essência visam aferir os seguintes requisitos: finalidade da montagem,

---

<sup>69</sup> Art. 1.º da Diretiva (UE) 2015/121, de 27 de janeiro de 2015, que procedeu à alteração do Art. 1.º, n.º 2, da Diretiva 2011/96/UE.

<sup>70</sup> *Vd. WEBER, D., “The New Common Minimum Anti-Abuse Rule in the EU Parent-Subsidiary Directive: Background, Impact, Applicability, Purpose and Effect”*, Intertax, Alphen aan den Rijn, Vol. 44, n.º 2, 2016, pp. 98 a 103.

conformidade com o objetivo da Diretiva e a existência de razões comerciais válidas. Com esta introdução, observamos assim mais uma medida de combate a práticas de *Directive Shopping*.

Com efeito, a grande inovação reside no facto de, para além da adoção de uma GAAR na legislação interna dos EM passar a ser um requisito obrigatório<sup>71</sup>, permite também aos EM recusar a aplicação dos benefícios da DMF através da norma interna, algo que difere da redação anterior, uma vez que a adoção de normas internas não invalidava a aplicação dos benefícios previstos na DMF.

#### 4.4 A cláusula geral da Diretiva Antielisão

Não obstante as divergências e dificuldades de concertação, por parte dos EM, ao nível da tributação direta, o campo do abuso é aquele que tem reunido maior consenso. Neste sentido, em 2016<sup>72</sup>, é adotada a DAE<sup>73</sup>, com o desiderato de combater eficazmente as práticas de elisão fiscal que afetam diretamente o funcionamento do mercado interno.

No Art. 6.º, n.º1, encontramos a GAAR mediante a qual o legislador estabelece que uma “(...) montagem ou série de montagens que, tendo sido posta em prática com a finalidade principal ou uma das finalidades principais de obter uma vantagem fiscal que fruste o objeto ou a finalidade do direito fiscal aplicável, não seja genuína tendo em conta todos os factos e circunstâncias relevantes”<sup>74</sup> não deve ser tida em conta pelos EM.

Uma vez mais, observamos, tal como tradicionalmente, a tendência de que o abuso é constituído quer por elementos objetivos quer por subjetivos que devem ser aferidos tendo em conta as circunstâncias do caso.

---

<sup>71</sup> Os EM que já tivessem adotado disposições nacionais apenas teriam de implementar a GAAR caso as mesmas fossem menos restritivas do que esta.

<sup>72</sup> Sobre a génese da Diretiva, Vd. RIGAUT, A., *Anti-Tax Avoidance Directive (2016/1164): New EU Policy Horizons*, European taxation, Amesterdão, Vol. 56, n.º 11, 2016, pp. 497 a 500.

<sup>73</sup> Diretiva (EU) 2016/1164 do Conselho de 12 de julho de 2016.

<sup>74</sup> Para considerações mais aprofundadas sobre os requisitos Vd. DE BROE, L. & BECKERS, D., *The General Anti-Abuse Rule of the Anti-Tax Avoidance Directive: An analysis against the wider perspective of the European Court of Justice's Case Law on Abuse of EU Law*, EC tax review, Vol. 26, n.º 3, 2017, pp. 140 a 143.

#### 4.5 A cláusula PPT

Este instrumento, que funciona como uma verdadeira medida antiabuso, foi integrado na CMOCDE<sup>75</sup>, no seguimento da Ação 6<sup>76</sup> do BEPS, com vista a prevenir e reforçar o combate a situações de abuso de Tratados, nomeadamente, o *Treaty Shopping*.

O *PPT* funciona como um complemento às cláusulas específicas já existentes e tem como finalidade recusar a aplicação dos benefícios das CDT nos casos em que “(...) *seja razoável concluir, tendo em conta todos os factos e circunstâncias relevantes, que a obtenção do benefício for um dos principais motivos de qualquer montagem ou transação da que resultaram direta ou indiretamente esse benefício, a menos que esteja previsto conceder o benefício nessas circunstâncias está em conformidade com o objeto e fim das disposições relevantes da presente Convenção*”.

Podemos decompor a análise desta cláusula em dois testes.

Um primeiro teste advém do dever que impende sobre a AT de aferir se a obtenção do benefício foi um dos principais motivos tendo em conta os factos e circunstâncias relevantes em causa<sup>77</sup>. À primeira vista parece tratar-se de um critério objetivo, mas na verdade a expressão “*razoável concluir*” levanta algumas questões quanto ao grau de subjetividade implícito, já que parece não nos conduzir exatamente para um juízo factual. Muito pelo contrário, parece indicar que, perante as circunstâncias do caso, basta a AT conseguir razoavelmente concluir que um dos propósitos principais da estrutura foi obter o benefício. Significa isto que não são necessárias

---

<sup>75</sup> Sobre as origens e emergência do *PPT*, Vd. ZAHRA, I., *The Principal Purpose Test: A Critical Analysis of Its Substantive and Procedural Aspects - Part I*, Bulletin for international taxation, Amesterdão, Vol. 73, n.º 11, 2019, pp. 609 a 613.

<sup>76</sup> De modo sucinto, visa prevenir a utilização abusiva das CDT, para isso introduz requisitos mínimos, como o *PPT*, que devem ser implementados pelos países que integrem o plano BEPS. Adicionalmente, o *PPT* também foi incluído no MLI.

<sup>77</sup> ELIFFE, C., *The meaning of the Principal Purpose Test: One Ring to bind them All?*, World tax journal, Amesterdão, Vol. 11, n.º 1, 2019, pp. 62 a 68.

evidências objetivas, mas apenas que da perspectiva de quem avalia a situação esse seja um dos principais motivos, o que claramente aumenta o grau de incerteza que se gera nos SP.

Importa frisar que não está em causa o principal motivo, mas sim, um dos principais. Dito isto, a AT pode negar um benefício, mesmo que a estrutura seja dotada de razões comerciais válidas. Ora, neste ponto, parece-nos importante recordar que da opção de um SP, ao estabelecer certo tipo de estrutura em determinada geografia, podem resultar vantagens fiscais indiretas sem que esse tenha sido um dos propósitos que motivou tal opção. Com o *PPT*, este aspeto parece ser desconsiderado e, conseqüentemente, somos confrontados com uma linha muito ténue entre o que é abusivo e o que não é.

Um segundo teste, desta vez, um teste objetivo, permite desaplicar o *PPT* caso o SP consiga demonstrar que o benefício concedido não frustra o objetivo e propósito da disposição do Tratado a ser aplicada<sup>78</sup>.

Naturalmente, este raciocínio traz muitas implicações para os SP e estruturas dos grupos de sociedades, principalmente por cada vez ser mais difícil demonstrar que não está em causa uma prática abusiva. Neste sentido, as sociedades apenas têm duas opções para contornar a aplicação<sup>79</sup> do *PPT*: por um lado, as razões económicas e comerciais têm de prevalecer face às razões fiscais, ao ponto de estas não serem consideradas um dos motivos principais e, por outro, em caso diferente, a estrutura necessita de estar de acordo com o objetivo e propósito do Tratado.

Em todo o caso, não podemos deixar de notar que a introdução e subsequente aplicação prática do *PPT*, no seio da CMOCDE, tem sido alvo de diversas interpretações e divergências doutrinárias na comunidade jurídica, entre elas, o elevado poder subjetivo e de discricionariedade que coloca nas mãos da AT e a continuidade do Princípio de Segurança Jurídica<sup>80</sup>.

---

<sup>78</sup> ELIFFE, C., *supra* n.º 77, pp. 68 a 70.

<sup>79</sup> THEOPHILOU, C., *Treaty Shopping – Is the New Principal Purpose a Game Changer?*, Tax management transfer pricing report, Arlington, Vol. 27, n.º 26, 2018, p. 3.

<sup>80</sup> *Vd.* WEBER, D., *The Reasonableness Test of the Principal Purpose Test Rule in OECD BEPS Action 6 (Tax Treaty Abuse) versus the EU Principle of Legal Certainty and the EU Abuse of Law Case Law*, Erasmus Law Review, Vol. 10, n.º 1, 2017, pp. 52 a 59.

## 4.6 Casos dinamarqueses: um novo paradigma?

### 4.6.1 Quanto à adoção do Princípio Geral de proibição de práticas abusivas

Contrariamente à posição da AG, o TJUE entende que deve prevalecer o PG de proibição de práticas abusivas, devendo os benefícios ser recusados quando não sejam para realizar os objetivos da Diretiva<sup>81</sup> e apenas haja um preenchimento formal dos requisitos que dão acesso à vantagem, pelo que a inexistência de disposições nacionais ou convencionais antiabuso que possam ser interpretadas conforme a DMF não afeta esta realidade<sup>82</sup>.

Um ponto questionável poderá ser precisamente o da utilização deste PG como *ultima ratio* quando o EM não tenha adotado disposições internas antiabuso<sup>83</sup>. A controvérsia pode surgir se apreendermos o Art. 1.º, n.º 2, da DMF como uma expressão deste PG.

Como sabemos, as disposições de uma Diretiva necessitam de transposição para o OJ interno para que efetivamente sejam consideradas vigentes e tenham eficácia. Ora, um EM ao abster-se de fazê-lo, é como se não estivesse a considerar essa disposição, pelo que não deveria ser vista como uma medida vigente nesse OJ.

A não ser assim, está a vigorar um Princípio que acaba por ser a salvaguarda dos EM que não adotaram qualquer tipo de medida. Esta coerência pode ser discutível<sup>84</sup>, na medida em que estamos a permitir que um EM não transponha corretamente as disposições de uma Diretiva, nas quais está refletido este PG, e que ainda assim as mesmas sejam aplicadas e invocadas contra os particulares para lhes negar benefícios que, noutras circunstâncias, seriam concedidos em virtude da ausência legislativa.

---

<sup>81</sup> Cfr. *T Danmark e Y Denmark Aps*, §72.

<sup>82</sup> Cfr. *T Danmark e Y Denmark Aps*, §§83, 88 e 89.

<sup>83</sup> FAES, P., *The CJEU Judgments in the Danish Beneficial Ownership Cases—To Be, Or Not To Be*, Bloomberg Tax International Forum, 2020. Disponível em <https://news.bloombergtax.com/daily-tax-report-international/the-2019-cjeu-judgments-in-the-danish-beneficial-ownership-cases-to-be-or-not-to-be>.

<sup>84</sup> No mesmo sentido, Vd. JIMÉNEZ, A., *Towards a Homogeneous Theory of Abuse in EU (Direct) Tax Law*, Bulletin for international taxation, Amesterdão, Vol. 66, n.º 4/5, 2012, p. 288.

Neste sentido, importa, pois, contrastar a posição do TJUE com a jurisprudência precedente. Se nos focarmos no caso *Kofoed*<sup>85</sup>, conseguimos perceber a divergência na posição adotada, já que neste o TJUE tomou partido pela necessidade de uma norma interna que transpusesse a Diretiva para que esta fosse invocada contra um particular perante a existência de abuso<sup>86</sup>. Ora, face à nova jurisprudência esta premissa parece-nos ficar completamente por terra. O PG assume destaque, no sentido em que fica visível a intenção, por parte do TJUE, de que este seja aplicado a todas as áreas do DUE uniformemente.

Face ao exposto, levanta-se a questão de perceber qual a relevância que as cláusulas antiabuso da DMF irão assumir daqui em diante<sup>87</sup>. Na prática, atendendo às novas linhas orientadoras, se considerarmos que o PG prevalece independentemente da adoção de normas internas e que, em virtude deste, os EM estão obrigados a recusar a concessão de benefícios quando o SP tenha adotado um comportamento que vise enviesar o propósito da Diretiva, a existência deste tipo de normas na DMF parece não acrescentar muito, visto que pela imposição do PG o desfecho será idêntico.

#### 4.6.2 Critério de abuso

Com esta decisão, o TJUE aproxima-se de um juízo baseado no *PPT*<sup>88</sup>, conforme se observa através da adoção de uma redação<sup>89</sup> muito idêntica à do próprio Art. 29.º, n.º 9, da CMOCDE.

Não podemos deixar de realçar as similitudes entre a redação do *PPT* e a GAAR incluída no Art. 1.º, n.º 2, da DMF, destacando, contudo, o facto do *PPT* não fazer referência ao tema da

---

<sup>85</sup> TJUE, *Kofoed*, 5 de julho de 2007, C-321/05.

<sup>86</sup> Cfr. *Kofoed*, §40 e ss. No mesmo sentido, *Vd. Conclusões da AG* §66, “*Assim um Estado-Membro não pode opor aos particulares uma disposição de uma directiva que ele próprio não transpôs, na medida em que, nos termos da jurisprudência constante, uma directiva não pode, por si só, criar obrigações para um particular e não pode, portanto, ser invocada, enquanto tal, contra ele*”.

<sup>87</sup> ZALASINSKI, A., *The ECJ's decisions in the Danish "beneficial ownership" cases: impact on the reaction to tax avoidance in the European Union*, International Tax Studies (ITAXS), Amesterdão, Vol. 2, n.º 4, 2019, pp.13 e 14.

<sup>88</sup> *Vd. Art. 29, n.º 9, da CMOCDE e respetivo Comentário.*

<sup>89</sup> Cfr. *T Danmark e Y Denmark Aps*, §100.

genuinidade e das razões económicas válidas. Como sabemos estas expressões assumem um significado particular no contexto da jurisprudência do TJUE.

Neste sentido, entendemos que dada a relevância que as razões comerciais válidas assumem tanto na GAAR da DMF como na DAE, deverá ter-se em conta uma mera aproximação do teste de abuso ao *PPT* e não uma assimilação absoluta.

Recusar conceder aos SP um benefício previsto simplesmente porque um dos principais motivos, e não o principal, da transação foi a obtenção do mesmo, sem que sejam tidas em consideração as razões económicas subjacentes à estrutura, não só se afigura penoso como poderá colocar em causa o funcionamento do mercado interno.

Nesta decisão, o TJUE deixou claro que um arranjo pode não ser totalmente artificial, em termos de substância legal, e que ainda assim podemos estar perante um abuso das disposições do DUE caso seja posto em prática com o objetivo de obter um benefício fiscal. Deste aspeto parece ressaltar que o TJUE privilegia os objetivos comerciais subjacentes<sup>90</sup> ao arranjo ao invés da forma do mesmo.

Neste contexto, uma das inovações destes casos, traduz-se no facto de o critério para determinação de práticas abusivas sofrer um alargamento, passando a ter em conta também a relevância que é dada ao elemento subjetivo, à semelhança do que se verifica no raciocínio aplicado no *PPT*.

O TJUE desenvolveu o elemento subjetivo, atribuindo-lhe uma perspetiva económica, ou seja, este elemento deverá ser apreciado tendo em conta os aspetos pertinentes da atividade económica em causa, de modo a fazer uma ponderação entre os benefícios fiscais e as razões comerciais válidas da estrutura e aferir, assim, a real “intenção” do SP<sup>91</sup>.

---

<sup>90</sup> Neste sentido *Vd. BAERENTZEN, S., Danish Cases on the Use of Holding Companies for Cross-Border dividends and Interest – A New Test to Disentangle Abuse from Real Economic Activity*, World Tax Journal, Amesterdão, Vol. 12, n.º. 1, 2020, p. 25.

<sup>91</sup> *Vd. BAERENTZEN, S., supra n.º 91, pp. 26 e 27.*

Posto isto, aqui chegados, já começam a ser notórias as várias inovações desta decisão. Impõe-se, pois, avaliar o seu impacto na jurisprudência precedente, *i.e.*, perceber se a mesma continua a servir de referência para casos futuros ou se passa a considerar-se letra morta.

Ao comparar o critério adotado para determinar o abuso facilmente nos chama a atenção a relevância que o elemento subjetivo volta a assumir. De facto, contrariamente ao caso *Cadbury Schweppes*, o TJUE reconhece que não basta apurar as razões comerciais válidas da estrutura, é necessário aferir outros fatores, tais como os motivos fiscais. Destarte, a identificação do abuso apenas pela existência de “*expedientes puramente artificiais*” parece ficar por terra, rompendo, assim, o padrão seguido após *Cadbury Schweppes* e *Centros*<sup>92</sup>.

Dito isto, a questão da artificialidade, tal como era entendida na jurisprudência anterior, perde destaque, visto que assistimos a um verdadeiro alargamento dos fundamentos para demonstrar a inexistência de genuinidade da estrutura. Pelo que o arranjo pode estar fundado em razões económicas genuínas e, ainda assim, ser abusivo no sentido de que estas não são suficientemente fortes para refutar a presença de uma prática abusiva.

Com uma aproximação ao *PPT*, no âmbito do DUE, expande-se o escopo daquilo que é considerado abusivo e, por conseguinte, estreita-se o crivo de exame relativamente ao que fica de fora. Neste sentido, parece iniciar-se uma nova tendência na jurisprudência do TJUE que dá suporte ao projeto BEPS e à DAE, o que nos leva a crer que os comentários da CMOCD E em relação ao *PPT* possam vir a servir de auxílio na aplicação da GAAR da DAE e da DMF.

Assim, face aos novos contornos do critério de abuso, que se afiguram mais rigorosos e exigentes, na determinação da existência de práticas abusivas é muito provável que assistamos a um aumento significativo de litígios no quadro da UE.

---

<sup>92</sup> TJUE, *Centros*, 9 de março de 1999, C-212/97.

#### 4.7 Elementos constitutivos do abuso

Em linha de continuação com o debatido no ponto anterior, cabe notar que, à semelhança do que tradicionalmente tem vindo a ser constante na jurisprudência, o TJUE não só reitera que o abuso é constituído por elementos objetivos e subjetivos, como efetivamente atribui relevância prática a este último.

Nestes termos, cabe à AT aferir da existência de uma situação abusiva, tendo por referência todos os factos e circunstâncias subjacentes e, adicionalmente, que a sociedade que recebe o pagamento não é o BE. Por sua vez, o SP deve demonstrar que a isenção lhe é aplicável, apresentando elementos de prova. Contudo, face ao alargamento do conceito de abuso, que passa a incluir não apenas as situações puramente artificiais, mas também todas aquelas que tenham como objetivo principal ou um dos objetivos principais a obtenção de uma vantagem fiscal<sup>93</sup>, cabe-nos destacar a necessidade de um ónus de prova mais sustentado por parte do SP.

Para facilitar o reconhecimento de uma situação abusiva, esta decisão, traz-nos um conjunto de indícios, que na sua maioria dizem respeito a situações em que há uma sociedade interposta. Com efeito, estamos perante uma *conduit company* quando o seu propósito único se centra em receber o dividendo e transmiti-lo, num curto espaço de tempo, para o BE ou outra *conduit company* que não qualifica para aplicação da DMF<sup>94</sup>.

Nos mesmos termos, denuncia a presença de uma sociedade interposta o facto de uma sociedade ter um lucro tributável insignificante, em virtude da atividade de intermediação dos rendimentos<sup>95</sup>, bem como, a inexistência de uma atividade económica efetiva averiguada em linha com as especificidades da atividade em questão<sup>96</sup>.

Outro indício relaciona-se com os contratos celebrados entre as entidades envolvidas nas operações financeiras que geram fluxos financeiros intragrupo, as suas modalidades de

---

<sup>93</sup> Vd. RAMALHO, J. & TRANCANA, D., *Interpretação pelo TJUE dos conceitos de abuso de direito e de beneficiário efetivo*, PLMJ, junho de 2019, p. 1. Disponível em [https://www.plmj.com/xms/files/03\\_Novidades\\_legislativas/2019/006\\_junho/NL\\_Interpretacao\\_pelo\\_TJUE\\_dos\\_conceitos\\_de\\_abuso\\_de\\_direito.pdf](https://www.plmj.com/xms/files/03_Novidades_legislativas/2019/006_junho/NL_Interpretacao_pelo_TJUE_dos_conceitos_de_abuso_de_direito.pdf).

<sup>94</sup> Cfr. *T Danmark e Y Denmark Aps*, §100 a 103.

<sup>95</sup> Cfr. *T Danmark e Y Denmark Aps*, §103.

<sup>96</sup> Tais como, a análise do balanço contabilístico, despesas efetuadas, estrutura de custos, presença de pessoal, equipamentos e instalações. Cfr. *T Danmark e Y Denmark Aps*, §104.

financiamento, a avaliação dos fundos próprios das sociedades e o facto da sociedade interposta ter poderes para dispor economicamente dos dividendos<sup>97</sup>. Por fim, a coincidência entre operações financeiras relevantes para o grupo e uma alteração legislativa em matéria fiscal<sup>98</sup>, pode ser um sinal da presença deste tipo de sociedades.

#### 4.8 Conjugação do conceito de Beneficiário Efetivo com o abuso

A questão que nos propomos analisar, em seguida, relaciona-se com a interação entre o BE e a temática do abuso no âmbito da DMF. Tal como já escrutinado, no capítulo anterior, o conceito de BE não faz parte da DMF, nem serve de requisito formal para a concessão de benefícios ao seu abrigo. Contudo, assistimos a uma importação do BE para esta análise e, pese embora não haja uma referência explícita por parte do TJUE – aliás, este afasta-se de responder concretamente às questões formuladas pelo Tribunal Nacional sobre essa matéria - não podemos negar que estas duas realidades estão interligadas na análise.

Desde logo, se atentarmos nos indícios<sup>99</sup> de abuso fornecidos pelo TJUE, facilmente reconhecemos semelhanças com os exemplos fornecidos nos Comentários ao Art. 10.º da CMOCDE<sup>100</sup> quanto ao conceito de BE. O TJUE acaba por equiparar os critérios que aferem a condição de BE a indicadores de uma situação abusiva, mormente quando realça que as autoridades fiscais devem provar a existência dos elementos constitutivos de uma prática abusiva, assim como “(...) *o facto da sociedade à qual os dividendos foram distribuídos não ser o seu beneficiário efetivo*”<sup>101</sup>.

Em nossa opinião, o conceito de BE não deve ser visto como um critério autónomo essencialmente por duas razões. Por um lado, o facto de não ser o BE, ainda que possa suscitar alguns alertas, não é suficiente para ser considerado só por si abuso, já que há toda uma análise que deve ser efetuada tendo em conta as circunstâncias do caso, a qual pode resultar na constatação

---

<sup>97</sup> Cfr. *T Danmark e Y Denmark Aps*, §105.

<sup>98</sup> Cfr. *T Danmark e Y Denmark Aps*, §106.

<sup>99</sup> Cfr. *T Danmark e Y Denmark Aps*, §100 a 105.

<sup>100</sup> Vd. §12.4.

<sup>101</sup> Cfr. *T Danmark e Y Denmark Aps*, §117.

da existência de razões comerciais válidas que reflitam realidade económica. Por outro, e em sentido inverso, uma entidade pode ser o BE e ainda assim os benefícios da DMF lhe serem negados devido à artificialidade da estrutura subjacente.

Outro ponto que nos ajuda a sustentar a posição de que o conceito de BE pode ser um critério complementar, mas não o fator decisivo, assenta no facto de que, ainda que consideremos uma aproximação da análise do abuso ao *PPT*, a consideração do BE não é relevante na análise de abuso baseada no *PPT*.

Aliás, a entender-se de outra forma, *i.e.*, a considerar-se a primazia deste novo critério, podíamos estar a dar lugar a uma presunção geral de abuso, algo que sempre foi debatido na jurisprudência precedente do TJUE como inaceitável.

#### **4.9 Consequências práticas**

A confirmar-se esta tendência, apraz-nos sublinhar o quão favorável pode ser para as ATs, já que até à data as políticas e medidas que adotaram no combate às práticas abusivas evidenciam não ter sido suficientes.

Em primeiro lugar, um dos contributos destes casos, surge com a prevenção do abuso como uma tarefa de natureza praticamente obrigatória para os EM. Obviamente, não devem fazer uma perseguição aos SP em busca de possíveis casos de abuso, até porque isso para além de ser contrário num estado de Direito, representaria um esforço económico e administrativo significativo. Porém, detetando uma situação desta natureza, é-lhes exigido um escrutínio acentuado. Nesta senda, os RMS cuja verificação, outrora, era critério suficiente na decisão de um esquema abusivo ou não, já não será assim tão linear.

Doravante não basta a verificação dos RMS, estes podem estar cumpridos, mas ainda assim a estrutura em si ser considerada abusiva. As ATs podem examinar e questionar estruturas com vista a um exame mais aprofundado, mesmo que aparentemente os RMS estejam preenchidos, tal

como podem pedir ao SP elementos de prova<sup>102</sup>, pelo que passaremos a observar ATs dotadas de um maior poder na luta contra o abuso.

Perante toda esta nova corrente de pensamento, impõe-se em seguida questionar o futuro das sociedades holdings. Será que estes casos são o mote para o término da era dourada da constituição de holdings na EU?

---

<sup>102</sup> Devem ser proporcionais, *i.e.*, não ser excessivos nem impossíveis tendo em conta as circunstâncias do caso.

## **5 Problemática das Holdings**

### **5.1 Introdução**

As sociedades holding são uma realidade bem presente. A criação deste género de sociedades na estrutura de um grupo pode trazer inúmeras vantagens. Desde logo, basta pensarmos que uma grande parte das empresas de maior sucesso que conhecemos são sociedades holding.

As holdings desempenham um papel vital em termos de economia do grupo, no entanto é necessário ter em conta diversos aspetos ao decidir constituir uma sociedade deste género. Desde já porque, se por um lado pode ser muito vantajoso, por outro também acarreta alguns ónus, designadamente a verificação de determinados requisitos.

A grande questão passa por perceber as repercussões que os casos dinamarqueses podem ter neste tipo de sociedade. Será que ficam comprometidas? Será o fim das jurisdições frequentemente conhecidas dentro do OJ europeu como “paraísos fiscais”?

### **5.2 Noção de Holding**

Por norma, uma sociedade holding não desempenha uma atividade económica propriamente dita em comparação com as suas subsidiárias. Assumem, portanto, um papel passivo, assegurando a gestão das participações sociais e dos ativos.

De entre os inúmeros benefícios subjacentes à sua constituição podemos realçar vários aspetos. Por um lado, o facto de conseguirem diminuir e suportar o risco, principalmente ao assegurarem que cada subsidiária tem uma responsabilidade limitada. Por outro, a estrutura de grupo passa a ser dotada de uma maior flexibilidade quando pretender reinvestir ou alocar capital.

Além disso, muitas vezes, por estarem numa melhor posição financeira, conseguem beneficiar de financiamento em condições mais vantajosas, do que aquelas a que teria acesso cada subsidiária se negociasse como uma entidade individual.

### 5.3 Fronteira entre a constituição de uma sociedade holding e uma situação de Abuso

A constituição de uma sociedade holding no seio da estrutura de um grupo exige alguma cautela para que não seja concebida como algo suspeito, principalmente, após o contributo dos casos dinamarqueses que colocam em causa a intocabilidade dos RMS.

No caso *Cadbury Schweppes* encontramos menção ao conceito de “*expediente puramente artificial*”, concebido como uma implantação fictícia que não exerce qualquer tipo de atividade económica no EM de acolhimento<sup>103</sup>. Portanto, à luz deste caso, a verificação de uma atividade económica genuína, bem como de um certo grau de existência física<sup>104</sup> refletido em termos de pessoas, equipamentos e instalações, parecia ser suficiente para afastar a ideia de uma estrutura abusiva.

Contudo, com a nova abordagem dos casos dinamarqueses, a mera constatação destes RMS parece ficar por terra. Não podemos deixar de ter em conta, tal como afluído no capítulo anterior, que assistimos a um alargamento do leque de indícios relevantes para que uma operação seja considerada como potencialmente abusiva<sup>105</sup>.

Nestes termos, atendendo aos novos contornos do critério de abuso, aponta-se para um escrutínio mais rigoroso dos indícios objetivos de artificialidade, o que consequentemente viabiliza uma indagação mais pormenorizada deste tipo de estruturas.

Por tudo isto, entendemos que, como consequência deste novo paradigma, a constituição de sociedades holdings, no seio da UE, enfrentará novos desafios, desde logo pela necessidade de estar assente em sólidas razões comerciais válidas que reflitam a realidade económica. Em resultado deste novo paradigma, e tal como já comentado, é expectável que assistamos a um aumento de litígios relacionados com a criação deste tipo de sociedades em virtude de uma mudança tão brusca de critério por parte do TJUE.

---

<sup>103</sup> Cfr. *Cadbury Schweppes* §68.

<sup>104</sup> Cfr. *Cadbury Schweppes* §67.

<sup>105</sup> Cfr. *T Danmark e Y Denmark Aps* §98 a 104.

#### 5.4 Exercício de Liberdades Fundamentais

Num Estado Democrático os SP gozam de autonomia privada<sup>106</sup> e liberdade de escolha para decidir o rumo que pretendem dar à sua atividade, incluindo o local onde se pretendem estabelecer, tendo em conta o fator fiscal<sup>107</sup>, escolha essa que muitas vezes recai na opção que se traduz como menos onerosa e num maior aforro fiscal.

Assim, a constituição de sociedades holding afigura-se como uma das consequências da coexistência de OJ, no seio da UE, com regimes de tributação díspares. Por esta razão, os SP quando confrontados com o tema, não raras vezes, optam por jurisdições mais benévolas, tais como a Holanda ou o Luxemburgo, por exemplo. Razão pela qual estas jurisdições são muitas vezes apelidadas de “paraísos fiscais europeus”, devido às suas taxas e regimes fiscais bem mais acessíveis quando comparados com a generalidade dos EM.

Contornar estas formas de planeamento fiscal baseadas nas particularidades de cada jurisdição exige concertação entre Estados<sup>108</sup> e uma resposta em bloco, algo que se vislumbra distante, em face dos poucos avanços nas políticas de harmonização fiscal, conforme comentado no Capítulo 2<sup>109</sup>.

É precisamente no campo do exercício das LF que constatamos mais um impacto da posição atual do TJUE. No caso *Cadbury Schweppes* ficou assente que o exercício de uma LF, ainda que motivado por razões fiscais, não levantava questões, desde que se verificasse a realização de uma atividade económica genuína. Significa isto que, na prática, houve uma desconsideração quase total do elemento subjetivo.

Todavia, no âmbito dos casos dinamarqueses, tal como temos vindo a realçar, observamos desenvolvimentos quanto ao conceito de práticas abusivas, sendo notório o alargamento do leque de indícios que permitem aferir da existência de artificialidade. A par disto cabe-nos destacar a

---

<sup>106</sup> SANCHES, S., *supra* n.º 36, p. 259.

<sup>107</sup> LENAERTS, K., *supra* n.º 67, p. 338.

<sup>108</sup> HINNEKENS, L., *Story and Fundamentals of Direct Taxation at work in the EU*, EC tax review, Alphen aan den Rijn, Vol. 21, n.º 2, 2012, p. 62.

<sup>109</sup> SANTOS, A., *supra* n.º 64, p. 66.

relevância que o elemento subjetivo passa a assumir, pelo que a conjugação de todos estes fatores, poderá representar desafios maiores ao justificar o exercício de uma LF quando os confrontamos com os entendimentos menos exigentes na jurisprudência pré-casos dinamarqueses.

Destarte, assistimos a uma rutura com a jurisprudência precedente, já que, em diante, face aos critérios mais rigorosos de aferição do abuso, o exercício de LF poderá ver-se comprometido.

## **5.5 A questão do Beneficiário Efetivo nas sociedades holding**

### **5.5.1 A incorporação de *conduit companies***

O estabelecimento de *conduit companies* representa uma das técnicas comumente utilizadas ao nível do planeamento fiscal internacional. Conforme já aflorado no capítulo 3, as *conduit companies* são frequentemente usadas como meros canais para conduzir ou transferir os rendimentos de uma sociedade para outra, tendo em vista obviar a tributação dos mesmos, através do aproveitamento da rede de CDT do ER das *conduit companies*, do eventual acesso a diretivas da UE, e ainda das vantagens previstas na legislação interna dos Estados em que se instalam.

Uma vez que o propósito final destas sociedades é precisamente o de beneficiar de um regime fiscal mais favorável, normalmente encontram-se sediadas nas tais jurisdições acima referidas como “paraísos fiscais europeus”.

Não nos estranha, por isso, quando ouvimos falar no conceito de sociedades “caixa de correio”. Esta denominação, tal como mencionada em *Eurofood*<sup>110</sup>, refere-se a sociedades que apenas têm a sua sede estatutária localizada num EM, não exercendo qualquer tipo de atividade nesse território, funcionando, tal como o próprio nome alude, como meras moradas fiscais.

Neste contexto, sendo conscientes do propósito destas sociedades e estando alerta, principalmente no que ao tema do nosso estudo respeita, para a questão do *Directive Shopping*, um dos grandes desafios parece-nos ser, ainda assim, o de não rotular de imediato uma sociedade

---

<sup>110</sup> TJUE, *Eurofood*, 2 de maio de 2006, C-341/04.

holding já que nem todas se refletem na forma de uma *conduit company*. Ou seja, ser uma sociedade holding não significa só por si que estejamos perante uma *conduit company*.

## 5.5.2 Breve referência a jurisprudência

### 5.5.2.1 Caso *Eqiom e Enka*<sup>111</sup>

A Eqiom é uma sociedade de direito francês cuja sociedade mãe é a Enka, sociedade de direito luxemburguês. Por seu turno, a Enka é detida em mais de 99% por uma sociedade de direito cipriota que é totalmente controlada por uma sociedade com sede na Suíça.

O litígio sob análise opôs a Eqiom e Enka às Autoridades Fiscais francesas devido ao facto de estas últimas terem recusado isentar de RF os dividendos distribuídos pela Eqiom à sua sociedade mãe, isenção essa que se encontrava prevista ao abrigo do disposto no Art. 5.º da DMF.

No epicentro da divergência estava o facto de a Autoridade Fiscal francesa, conforme autorizava o Art. 1, n.º 2, da DMF, ter adotado uma medida interna para prevenção de práticas abusivas que fazia depender a concessão do benefício previsto na DMF do facto de o beneficiário dos dividendos não ser uma entidade controlada direta ou indiretamente por uma entidade residente num Estado terceiro, a não ser que este demonstrasse que a cadeia de participações não tinha como objetivo aproveitar-se da Diretiva<sup>112</sup>.

A análise do TJUE centrou-se na norma antiabuso francesa. Começou por esclarecer que a DMF autoriza os EM a adotarem disposições internas para combater situações abusivas, no entanto, essas medidas além de deverem ser conforme ao Direito da União e à DMF, não podiam ir para além do necessário para atingir tal objetivo. Com isto, pretendeu explicar que embora a luta contra a fraude e evasão fiscal seja uma justificação aceite no que à restrição de LF respeita, as medidas adotadas para alcançar tal desiderato tinham de ser sujeita a um controlo de proporcionalidade.

---

<sup>111</sup> TJUE, *Eqiom e Enka*, 7 de setembro de 2017, C-6/16.

<sup>112</sup> Cfr. *Eqiom e Enka*, §10.

Na situação em apreço a disposição foi para além do necessário ao imputar o ónus da prova da ausência de abuso ao destinatário dos dividendos, sem que a AT estivesse obrigada a fornecer qualquer indício de violação.

No fundo, a legislação francesa assumia uma presunção geral de fraude e abuso, já que considerava estar perante um expediente puramente artificial, desprovido de realidade económica, sempre que os dividendos fossem distribuídos a uma sociedade num EM que fosse controlada por uma sociedade não residente na UE. Ora, tal como sancionou o TJUE, há que fazer uma análise casuística e não inferir que sempre que o acionista reside num Estado Terceiro estamos perante a existência de abuso, até porque à luz da DMF a origem dos acionistas de sociedades residentes na UE não releva para o facto de estas poderem invocar as vantagens fiscais estabelecidas na Diretiva<sup>113</sup>.

A grande particularidade desta decisão reside no facto de que o TJUE limitou o alcance das normas antiabuso domésticas em relação à DMF. Com esta decisão, reforçou que, não obstante os EM poderem estabelecer disposições antiabuso, tinham de ter em conta tanto o DUE como a DMF. Pelo que não eram admissíveis medidas restritivas<sup>114</sup> nem outras que condicionassem<sup>115</sup> o direito de beneficiar da isenção de RF a diferentes condições<sup>116</sup>, restringindo consequentemente LF, como é a Liberdade de Estabelecimento e a Liberdade de Circulação de Capitais.

### **5.5.2.2 Caso *Deister Holding*<sup>117</sup> e *Juhler Holding*<sup>118119</sup>**

A Deister Holding (doravante DH) era uma sociedade holding com sede nos Países Baixos, cujo acionista único tinha residência na Alemanha. A DH além de deter participações sociais em sociedades residentes em diferentes países, entre eles a Alemanha, assumia também funções de

---

<sup>113</sup> Cfr. *Eqiom e Enka*, §38.

<sup>114</sup> NOGUEIRA, J., *supra* n.º 18, p. 404.

<sup>115</sup> Cfr. *Eqiom e Enka*, §24.

<sup>116</sup> *Vd.* Plano de Ação (2018): Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho, de 19 de julho de 2018, relativa à Proteção do investimento intra-UE. Disponível em <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-11509-2018-INIT/pt/pdf>.

<sup>117</sup> TJUE, *Deister Holding*, 20 de dezembro de 2017, C-504/16.

<sup>118</sup> TJUE, *Juhler Holding*, 20 de dezembro de 2017, C-613/16.

<sup>119</sup> As questões prejudiciais suscitadas são idênticas, pelo que os processos foram apensos.

financiamento das sociedades do grupo, tendo um escritório com apenas dois colaboradores nos Países Baixos.

A Juhler Holding (doravante JH) era uma sociedade holding sediada na Dinamarca, cujo capital social era detido por uma sociedade de direito cipriota, sendo que o acionista único desta última sociedade era residente em Singapura. A JH desempenhava funções de apoio na gestão e financiamento das subsidiárias do grupo, porém, carecia de colaboradores e instalações próprias, pelo que recorria às outras sociedades do grupo sempre que necessário. De entre as várias participações que detinha, a JH detinha uma participação de 100% no capital social da Personal GmbH, sociedade sediada na Alemanha.

O caso em apreço centrou-se na distribuição de dividendos efetuada pelas sociedades alemãs às suas sociedades mães, *i.e.*, a DH e a JH, às quais foi recusado, por parte das autoridades tributárias alemãs, o benefício de isenção de RF previsto na DMF. De notar que estas sociedades sediadas na Alemanha qualificavam como subsidiárias ao abrigo da DMF.

As autoridades tributárias alemãs entenderam que aos dividendos distribuídos pelas afiliadas alemãs às entidades holandesas e dinamarquesas, respetivamente, não podia ser concedido o benefício nos termos da cláusula antiabuso interna. De acordo com esta cláusula as sociedades não residentes não eram consideradas como elegíveis para a isenção de RF nos casos em que os acionistas não teriam direito a beneficiar da isenção se a distribuição tivesse sido feita diretamente e se uma das três condições<sup>120</sup> previstas no seu escopo se encontrasse preenchida.

À semelhança daquilo que já havia proferido aquando da decisão em *Eqiom e Enka*, o TJUE voltou a pronunciar-se relativamente aos limites comunitários da aplicação de disposições nacionais antiabuso em relação à DMF, tendo seguido a linha da jurisprudência firmada no caso *supra*<sup>121</sup>. Considerou, assim, que a medida alemã em análise era contrária à DMF, desde logo, por prever condições mais restritivas para aceder aos benefícios da DMF, nomeadamente considerações sobre a origem dos acionistas.

---

<sup>120</sup> Para mais considerações, *Vd.* GROOT, I., *Deister Holding and Juhler Holding: New opportunities for holding companies under the Parent Subsidiary Directive/fundamental freedoms?*, EC tax review, Alphen aan den Rijn, Vol. 27, n.º 4, 2018, pp. 225 e 226.

<sup>121</sup> *Vd.* *Eqiom e Enka*.

Entendeu o TJUE que os EM deviam prevenir o abuso e a evasão fiscal, à luz do Art. 1.º, n.º 2, da DMF, todavia não podiam fazê-lo através da adoção de medidas que não se limitavam a excluir do regime os esquemas puramente abusivos, mas, pelo contrário, estabeleciam uma presunção geral e irrefutável de abuso, que acabava por captar tanto estruturas abusivas como estruturas genuínas.

Adicionalmente a norma em causa apresentava-se claramente como uma restrição à Liberdade de Estabelecimento, visto que não exigia semelhantes condições no caso de ser uma sociedade residente a receber os dividendos. Pior, caso se verificasse alguma das condições prevista na disposição antiabuso interna não permitia que sociedade mãe não residente fornecesse elementos de prova, de modo a demonstrar que era dotada de realidade e substância económica<sup>122</sup>.

Nestes termos, ficou assente que a sujeição a um tratamento fiscal diferente se afigurava como desincentivador para uma sociedade não residente que pretendesse desenvolver a sua atividade através de uma afiliada na Alemanha, já que seria sujeita a condições adicionais aquando futuras distribuições de dividendos<sup>123</sup>.

### **5.5.2.3 Comparação com a jurisprudência firmada nos casos dinamarqueses**

O motivo principal que nos levou a escolher estes dois casos reside no facto de a matéria fáctica ser muito idêntica aos casos objeto do nosso estudo. Neste contexto, releva-se enriquecedor comparar o juízo do TJUE à luz do raciocínio aplicado nos casos dinamarqueses, de forma a evidenciar o sentido da evolução da jurisprudência europeia e clarificar se a mesma coloca um maior rigor na determinação dos critérios para aferir da substância exigível em relação às sociedades holding.

Antes de mais, pese embora as similitudes dos casos, nomeadamente a questão da distribuição de dividendos e a conseqüente recusa de isenção da RF, importa destacar uma pequena diferença antes de avançarmos. A nuance a realçar prende-se com o facto de que nos casos acima

---

<sup>122</sup> Cfr. *Deister Holding e Juhler Holding*, §70.

<sup>123</sup> Cfr. *Deister Holding e Juhler Holding*, §89 e 90.

descritos o TJUE centrou a sua análise nas disposições antiabuso domésticas, enquanto que nos casos dinamarqueses não existia uma disposição interna deste género.

Ultrapassado este detalhe prosseguiremos então para a análise da evolução da tendência na jurisprudência. À luz das decisões dinamarquesas cabe-nos destacar alguns pontos que poderão levar a que doravante a constituição deste tipo de sociedades não seja assim tão linear.

Ora, tanto nos casos *Eqiom e Enka* como nos casos *Deister Holding* e *Juhler Holding* assistimos a uma proteção da utilização de sociedades holding. Em *Deister Holding*, por exemplo, o TJUE avança no sentido de uma análise ao nível da estrutura de grupo<sup>124</sup> para determinar a existência de abuso, já que certa estrutura pode estar fundada em razões não fiscais e, ainda assim, não ser possível aferir totalmente da atividade económica a nível individual. Por sua vez, nos casos dinamarqueses, o TJUE desconsidera a função desempenhada pelo grupo, focando-se apenas numa análise a nível individual, que pode culminar na consideração de uma sociedade como uma *conduit company*<sup>125</sup>.

Por um lado, ao analisar a possível evidência de que por detrás destas sociedades possa estar um esquema puramente abusivo, o crivo de exame será bem mais apertado, exigindo provas de efetiva realidade económica e substância mais robustas<sup>126</sup>.

Por outro, não podemos descurar a grande inovação dos casos dinamarqueses - a saber - a importação do conceito de BE como uma ferramenta no contexto da análise da artificialidade ou abuso de uma estrutura. Nos termos já comentados, isto significa que a verificação do requisito de BE parece surgir como um critério constitutivo de uma prática abusiva.

Ora, a aferição do conceito de BE poderá culminar na desqualificação da sociedade interposta na UE como elegível para os benefícios da Diretiva, sobretudo ao constatar que o BE é um residente fiscal num Estado Terceiro. Nos termos do raciocínio do TJUE, nos casos

---

<sup>124</sup> GROOT, I, *supra* n.º 121, pp. 227 e 228.

<sup>125</sup> HULTEN, L. & KORVING, J., *Svig or Misbrug: The Danish Anti-Abuse Cases*, Intertax, Vol. 47, n.º 8/9, 2019, p. 797.

<sup>126</sup> *Vd.* CALDERÓN, J. & RIBEIRO, J., *The complex situation of intermediary holding companies in the EU after the CJEU landmark decisions on the “Danish cases”*, UNIO - EU Law Journal, Vol. 6, n.º 1, 2020, p.78.

dinamarqueses, a não verificação do requisito de BE parece só por si indiciar estarmos perante uma prática abusiva.

Conforme já notado<sup>127</sup>, não acompanhamos esta (quase) presunção de abuso baseada no simples facto dos BE residirem em Estado Terceiro. Coloca-se, pois, a questão de perceber o impacto de tal consideração numa sociedade holding.

Por exemplo, se tivermos uma sociedade holding que falha os requisitos do BE, tal como delimitados pelo TJUE, mas se conseguirmos demonstrar que tanto a constituição da mesma como a sua atividade efetiva estão assentes em razões económicas válidas e necessária substância, o que acontece? Devemos considerar estarmos perante uma prática abusiva, nos casos em que a holding é dotada de suficiente substância económica, pese embora tenha uma clara obrigatoriedade de repassar os rendimentos obtidos das subsidiárias para os investidores finais?

No nosso entender, o facto de estarmos perante uma sociedade que não pode ser considerada como o BE constitui apenas um indício ou um alerta de que tal estrutura pode ter sido constituída com o objetivo de beneficiar da isenção. No entanto, esse indício não deve funcionar de forma automática na determinação de uma prática abusiva, mas sim despoletar uma análise objetiva das circunstâncias, oferecendo a possibilidade do SP apresentar prova de substância económica.

Tal como o TJUE refere ao longo da decisão, cabe às ATs proceder a uma análise global dos factos e das circunstâncias concretas do caso, de forma a reunir provas efetivas da existência de uma prática abusiva com base em indícios de uma artificialidade objetiva e consistente, sendo que o SP deverá poder apresentar provas em contrário.

Ora, atendendo a esta necessidade de ser feita uma análise caso a caso que atenda aos factos pertinentes da situação<sup>128</sup>, não nos parece muito concordante que se efetivamente da mesma resultar como comprovado que a sociedade holding é dotada de suficientes razões comerciais válidas que refletem realidade económica, isso seja desconsiderado em função de não ser o BE.

---

<sup>127</sup> Vd. Secção 4.8.

<sup>128</sup> Cfr. *T Danmark e Y Denmark Aps*, §104, “(...) a inexistência de atividade económica efetiva deve, à luz das especificidades que caracterizam a atividade económica em questão, ser deduzida de uma análise do conjunto de elementos pertinentes relativos (...)”.

Aliás, apesar de tudo, o TJUE parece reconhecer legitimidade às sociedades holding que exercem uma atividade económica real.

Assim, a nova jurisprudência parece dificultar o caminho para a constituição de sociedades holdings, contrariamente às decisões analisadas que davam guarida a esta prática. Atualmente, a premissa parece ir no sentido de que os EM devem endurecer a sua posição contra estas práticas, nomeadamente, através da sujeição a critérios mais rigorosos de aferição da substância subjacente a tais arranjos, tal como devem fiscalizar com mais afinco estruturas que pareçam suspeitas.

#### **5.5.2.4 Caso X GmbH<sup>129</sup>**

Esta decisão foi proferida no mesmo dia dos casos dinamarqueses e embora a situação fáctica subjacente se prenda com outra temática, nomeadamente a aplicação de regras CFC e a possibilidade de restrições à Livre Circulação de Capitais (cláusula *standstill*), não podíamos deixar de mencioná-la já que, para responder a uma das questões peticionadas, o TJUE desenvolve a temática do abuso de direito<sup>130</sup>.

Em apreço temos uma sociedade sediada na Alemanha (doravante X) que detém 30% da participação social da sua subsidiária (doravante Y), sendo esta residente fiscal na Suíça. A Y celebrou um contrato de cessão de créditos com a Z sociedade com sede na Alemanha.

No centro da discussão estava a aplicação e compatibilidade da regra CFC alemã com o Direito Primário da EU. Nos termos desta regra, que tem como objetivo prevenir a fraude e evasão fiscal, “(...) *se uma sociedade estrangeira for uma sociedade intermediária relativamente a lucros intermédios com carácter de aplicação de capitais e se uma pessoa integralmente sujeita a imposto detiver nessa sociedade uma participação de pelo menos 1% esses lucros serão tributáveis (...)*”. Uma vez que a participação da X na Y era superior a 1% os lucros da Y foram incorporados à base tributável de X na proporção da respetiva detenção.

---

<sup>129</sup> TJUE, *X GmbH*, 26 de fevereiro de 2019, C-135/17.

<sup>130</sup> Apenas focaremos a nossa atenção nos elementos relevantes para a matéria por nós estudada, pelo que não iremos desenvolver as temáticas presentes na decisão que não se revelem essenciais para o nosso trabalho.

Neste seguimento, o TJUE analisou a compatibilidade desta norma doméstica com a Livre Circulação de Capitais. É certo que a luta contra a fraude e prevenção do abuso é uma das justificações aceites para restringir as LF, no entanto, como refere o TJUE, esta medida parece ir para além do necessário ao subsumir-se a uma presunção geral de abuso inilidível.

Todavia, nas palavras do TJUE, ainda que não haja informação suficiente para determinar o abuso, não se pode descartar a opção de estarmos perante uma transação artificial e não existirem razões comerciais válidas. Em linha de continuação, o TJUE frisa que não se pode excluir que a participação detida pela X na Y tenha “(...) como objetivo principal ou um dos principais, a elidir o imposto normalmente devido sobre os lucros gerados por atividades realizadas em território alemão, utilizando a Y como sociedade intermediária”<sup>131</sup>.

Ora, é exatamente neste ponto que o raciocínio do TJUE se cruza com o dos nossos casos. De facto, uma vez mais, observamos um alargamento do critério de abuso, ao ficar evidenciado que no âmbito da Liberdade de Circulação de Capitais a aferição de um *expediente puramente artificial* não pode ser feita nos termos das premissas firmadas em *Cadbury Schweppes*<sup>132</sup>, nem cingir-se a uma análise dos elementos de falta de realidade económica do estabelecimento de uma sociedade<sup>133</sup>.

Parece ficar assente o desiderato de reforçar o combate a práticas abusivas, no seio da UE, principalmente ao constatar o facto de que a doutrina antiabuso firmada na jurisprudência do TJUE ter em conta o tipo de LF em causa e atentar às suas especificidades, já que, se por um lado, no âmbito da Liberdade de Estabelecimento pode fazer sentido aferir da “existência física”, por outro, na Liberdade de Circulação de Capitais há outros fatores objetivos que se revelam principais, como é o caso dos contratos entre as sociedades envolvidas<sup>134</sup>.

Nestes termos, no contexto desta LF, um *expediente puramente artificial* “(...) pode abranger qualquer dispositivo cujo objetivo principal, ou um dos objetivos principais, seja a

---

<sup>131</sup> Cfr. *X GmbH*, §77.

<sup>132</sup> Cfr. *Cadbury Schweppes*, §67 e 68.

<sup>133</sup> Cfr. *X GmbH*, §84.

<sup>134</sup> *Vd. KUZNIACKI, B., The C.J.E.U. Case Law Relevant to the General Anti-Avoidance Rule (G.A.A.R.) Under the Anti-Tax Avoidance Directive (A.T.A.D)*, University of Bologna Law, Review, 2019, p. 279. Disponível em <https://bolognalawreview.unibo.it/article/view/10023/9848>.

*transferência artificial de lucros gerados por atividades realizadas no território de um Estado-Membro para países terceiros com um baixo nível de tributação*”<sup>135</sup>.

Assim, um aspeto pertinente desta decisão é o facto de o TJUE à semelhança do raciocínio seguido nos casos dinamarqueses, embora no contexto de uma LF diferente, acabar por reforçar os critérios de aferição no que toca ao teste de abuso, como também por alargar o seu âmbito de aplicação às relações entre EM e Estados Terceiros. Tais circunstâncias parecem-nos ser mais uma evidência de que a tendência na jurisprudência europeia caminha no sentido de apoiar o projeto BEPS.

## **5.6 Consequências práticas**

Uma coisa é certa, à luz das regras antiabuso anteriores a constituição de sociedades holdings já implicava o preenchimento de alguns requisitos adicionais, sobretudo pelo ónus de provar que a criação de tal estrutura era dotada de substância suficiente.

Todavia com a decisão proferida pelo TJUE no âmbito dos casos dinamarqueses, o caminho não parece ter ficado mais simples, uma vez que passou a admitir-se que haverá abuso sempre que um dos principais motivos seja fiscal, contrariamente ao que antes era exigido ao falar-se apenas no “motivo principal”.

Tal como temos vindo a frisar, esta nova tendência na jurisprudência parece estar em linha com as políticas fiscais pós BEPS, aproximando-se em muito das particularidades dos mecanismos suportados por este, i.e., como a DAE e o PPT.

Neste contexto, a criação de sociedades holding enfrenta assim obstáculos bem maiores. Destarte, a sobrevivência deste tipo de sociedades dependerá, em grande medida, de um esforço acrescido por parte dos investidores e acionistas ao nível das estruturas de grupo, de forma a que consigam identificar e mitigar possíveis riscos associados às mesmas, para que não sejam surpreendidos caso sejam desafiados pelas autoridades tributárias.

---

<sup>135</sup> Cfr. *X GmbH*, §84.

## 6 Implicações da jurisprudência do TJUE para o futuro

Os casos dinamarqueses representam um marco na transição face a uma nova linha de pensamento em matéria de abuso e elisão fiscal em tributação direta que nos parece que veio para ficar, principalmente se a vislumbrarmos como um escape a uma UE em que uma grande parte dos seus EM tendem a ter uma dívida pública elevada e finanças desequilibradas, pelo que, por maioria de razão, não podem permitir-se ao luxo de perder receitas significativas.

Assim, urge a necessidade de colocar em prática estes novos contributos. Todavia, neste domínio, afigura-se importante tecer algumas considerações, tendo em mente um receio de que aquilo que se pretende que seja um novo instrumento para os EM, no que toca a inviabilizar por completo o recurso a montagens artificiais cujo objetivo é usufruir de vantagens fiscais da UE, se converta futuramente numa limitação ao bom funcionamento do mercado interno e numa restrição ao exercício de LF, como o é, por exemplo, a Liberdade de Estabelecimento.

Uma utilização levada ao extremo, sem peso, conta e medida, desta nova arma que, carece de manual de instruções em alguns tópicos, poderá comprometer outros domínios que igualmente devem ser assegurados. Mais concretamente, poder-se-á cair no ponto de estar a desaplicar as regras que foram, precisamente, construídas com o objetivo primordial de assegurar o funcionamento do mercado.

Embora estes casos ocorram no âmbito da UE e do seu direito, é incongruente pensarmos que apenas terão uma expressão limitada a esta geografia. Desde logo, se tivermos em conta o elevado número de investidores não comunitários com estruturas de negócio na UE. Neste sentido, um dos impactos verificar-se-á ao nível da redistribuição de dividendos de sociedades sediadas na UE para sociedades cujos investidores estejam fora do espaço comunitário, já que se tornará cada vez mais difícil conseguir uma isenção de RF ao abrigo da DMF.

Além disto, muitos grupos internacionais com sociedades holding deverão repensar as suas estruturas, ou pelo menos dedicar algum tempo a uma análise mais aprofundada, tendo em vista perceber se a partir do cumprimento dos RMS têm uma estrutura suficientemente robusta, que face a uma investida das autoridades tributárias, passe com distinção no teste. Neste contexto, é previsível um aumento significativo de litígios no âmbito da UE, em virtude da mudança repentina

para um critério bem mais rigoroso. Não podemos olvidar que até, há bem pouco tempo, o TJUE permitia a constituição destas sociedades com base em requisitos pouco exigentes, o que poderá levar alguns SP a questionarem a mudança, apoiando-se na tradição anterior.

De facto, até aqui, os RMS eram considerados como refúgios seguros para as estruturas dos grupos de sociedades; todavia, parece-nos que, a partir deste momento, passaram a ser apenas mais um indicador de uma eventual artificialidade da montagem.

Adicionalmente é aconselhável que as sociedades tenham documentação que, em caso de serem desafiadas pelas AT, permita comprovar os propósitos das transações e evidenciar as razões económicas subjacentes.

Sem grande margem para dúvidas, ficam claras as indicações de que os EM não estão autorizados a conceder benefícios resultantes da Diretiva, ainda que formalmente os seus requisitos estejam preenchidos, sempre que sejam confrontados com uma situação abusiva e quando o requisito de BE não estiver cumprido.

Nesta conformidade, os casos dinamarqueses estabelecem uma doutrina antiabuso, no âmbito da tributação direta, encabeçada pelo PG de proibição de práticas abusivas, nos termos do qual as disposições do DUE não podem ser invocadas para fins abusivos, ainda que as condições formais para a sua aplicação se encontrem reunidas.

Porém, a concretização desta nova posição parece carecer de indicações mais precisas, já que certos aspetos levantam dúvidas, como, por exemplo, se esta decisão terá implicações na aplicação do *Participation Exemption* interno ou se apenas está vocacionada para situações em que interfiram as Diretivas. Há que ter em conta o problema da eventual perda de receita fiscal se coloca em relação a casos com BE em Estados Terceiros, pelo que introduzir o requisito de BE em casos internos (sempre no contexto da GAAR doméstica) apenas poderia fazer sentido no caso de haver estruturas em que várias sociedades constituem uma filial comum para alcançar o *Participation Exemption*.

Outra dúvida surge-nos quanto à possibilidade de recorrer à aplicação de uma CDT após terem sido recusados os benefícios da DMF. Ora, neste sentido, importa recordar que a CDT tem uma cláusula específica de BE, em relação a dividendos, com um âmbito de aplicação mais amplo e não apenas para casos de abusos.

De facto, os efeitos práticos já se começaram a fazer sentir. A Holanda, por exemplo, apresentou uma proposta com alterações legislativas para ficar mais em linha com a posição do TJUE. A Polónia tem intenções de o fazer. Em Espanha<sup>136</sup>, por seu turno, uma isenção que, outrora ao abrigo da prática corrente teria sido concedida, foi agora recusada no seguimento desta jurisprudência.

E isto parece ser só início. Desengane-se quem ainda julga que é apenas mais uma decisão sem consequências práticas. É inegável que trará muitas modificações naquilo que até então era entendido como um caminho seguro.

Os dados estão lançados, resta-nos, pois, aguardar com expectativa quais serão as jogadas adotadas pelos EM para seguir em jogo.

---

<sup>136</sup> Decisão do Tribunal Económico Administrativo Central, de 8 de outubro de 2019, com o n.º 0/00185/2017/00/00.

## CONCLUSÕES

- I. Os casos dinamarqueses representam um marco na jurisprudência do TJUE, em tributação direta, no que respeita à determinação de práticas abusivas no âmbito do DUE.
- II. Esta decisão enfatiza a existência de um PG de proibição de práticas abusivas, que deverá ser aplicado uniformemente, no seio da UE, nos termos do qual os operadores económicos não podem invocar de forma fraudulenta as disposições do DUE.
- III. Os EM podem recusar os benefícios previstos na DMF, com base no PG de proibição de práticas abusivas, ainda que as condições formais para aceder aos mesmos se encontrem preenchidas, sempre que a operação subjacente tenha objetivos puramente fiscais e tenha em vista defraudar o OJ europeu.
- IV. Pese embora a DMF não contenha nenhum requisito de BE, contrariamente à DJR, os casos dinamarqueses apontam no sentido de uma importação deste conceito para a DMF.
- V. O requisito de BE surge, nestes casos, como uma ferramenta no contexto da aferição da artificialidade de uma estrutura. Nestes termos, a análise dos requisitos associados ao BE passa, assim, a fazer parte dos elementos constitutivos de uma prática abusiva.
- VI. A transposição das medidas antiabuso da DMF para o OJ interno deixa de ser condição necessária para que um EM possa recusar a concessão de benefícios previstos na DMF em situação de práticas abusivas, rompendo com o entendimento preconizado em *Kofoed*.
- VII. As novas linhas orientadoras da jurisprudência reforçam o recurso a este PG, que prevalece independentemente da adoção de normas internas, pelo que a existência de uma GAAR na DMF perde relevância.

- VIII. O conceito de abuso passa a abranger não apenas as operações puramente artificiais, mas também todas aquelas que tenham como objetivo principal ou um dos principais a obtenção de vantagens fiscais.
- IX. O critério de abuso aproxima-se do raciocínio aplicado no âmbito do *PPT* ficando notória a concordância do DUE e da OCDE no combate a práticas abusivas e a tendência da jurisprudência do TJUE para dar suporte ao projeto BEPS e à DAE.
- X. O TJUE reitera que o abuso é constituído quer por elementos objetivos quer por elementos subjetivos, delineando que a apreciação deste último deverá basear-se numa perspetiva económica, ponderando os benefícios fiscais e as razões comerciais válidas da estrutura para aferir a intenção do SP.
- XI. Com os casos dinamarqueses assistimos a um alargamento do leque de indícios para determinar a existência ou não de uma prática abusiva. Neste sentido uma estrutura pode estar dotada de razões económicas válidas, mas ainda assim estas não serem suficientemente robustas para refutar a existência de abuso.
- XII. Com estas decisões observamos a exigência de substância acrescida que vai muito para além dos RMS identificados em *Cadbury Schweppes*. Adicionalmente, o elemento subjetivo que em *Cadbury Schweppes* foi praticamente desconsiderado passa a assumir relevância no teste de aferição de uma prática abusiva.
- XIII. Esta decisão oferece-nos um conjunto de indícios que ajudam a aferir se uma estrutura é ou não abusiva, sendo que a maioria se refere a situações que envolvem sociedades interpostas.
- XIV. As ATs ficam dotadas de um maior poder na luta contra as práticas abusivas podendo exigir dos SP bem mais do que apenas a verificação dos RMS. Por sua vez, os SP terão de apresentar provas mais consistentes.

- XV. A jurisprudência do TJUE revela-se mais exigente na determinação dos critérios para aferir da substância exigível, ou, de forma inversa, da ausência de práticas abusivas, pelo que as sociedades holding enfrentarão novos desafios.
- XVI. Para a identificação de uma sociedade como *conduit company* o TJUE passa a aferir o abuso a nível individual, sem ter em consideração o contexto grupo, ao invés do sancionado em *Deister Holding* em que aceitou que se olhasse ao nível da estrutura do grupo.
- XVII. Os investidores devem ter em conta o impacto destas decisões de forma a garantir que as estruturas de investimentos vão ao encontro das novas interpretações do TJUE e mitigar potenciais riscos associados.
- XVIII. Em nosso entender, contrariamente ao que parece resultar da decisão do TJUE, o requisito do BE deve ser visto como um critério complementar e um indício na existência ou não de uma prática abusiva, não devendo a sua não verificação só por si ser considerado abuso.

## BIBLIOGRAFIA

### Monografias e Publicações Periódicas

BOOKER, T., *Beneficial Ownership*, European Taxation, Amesterdão, Vol. 53, n.º 4, 2013.

CALDERÓN, J. & RIBEIRO, J., *The complex situation of intermediary holding companies in the EU after the CJEU landmark decisions on the “Danish cases”*, UNIO - EU Law Journal, Vol. 6, n.º 1, 2020.

DE BROE, L. & BECKERS, D., *The General Anti-Abuse Rule of the Anti-Tax Avoidance Directive: An analysis against the wider perspective of the European Court of Justice’s Case Law on Abuse of EU Law*, EC tax review, Vol. 26, n.º 3, 2017.

DOURADO, A., *Lições de Direito Fiscal Europeu: Tributação Directa*, 1ª Edição, Wolters Kluwer Portugal/Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

ELIFFE, C., *The meaning of the Principal Purpose Test: One Ring to bind them All?*, World tax journal, Amesterdão, Vol. 11, n.º 1, 2019.

GROOT, I., *Deister Holding and Juhler Holding: New opportunities for holding companies under the Parent Subsidiary Directive/fundamental freedoms?*, EC tax review, Alphen aan den Rijn, Vol. 27, n.º 4, 2018.

HINNEKENS, L., *Story and Fundamentals of Direct Taxation at Work in the EU*, EC Tax Review, Vol. 21, n.º 2, 2012.

HULTEN, L. & KORVING, J., *Svig or Misbrug: The Danish Anti-Abuse Cases*, Intertax, Vol. 47, n.º 8/9, 2019.

JIMÉNEZ, A., *Towards a Homogeneous Theory of Abuse in EU (Direct) Tax Law*, Bulletin for international taxation, Amesterdão, Vol. 66, n.º 4/5, 2012.

LANG, M., *Introducción al Derecho de los Convenios para evitar la doble imposición*, IBFD, Amesterdão, 2014.

LARKING, B., *Tax Avoidance: Where to Draw the Line?*, Tax Notes International, Falls Church, Vol. 90, n.º 13, 2018.

LENAERTS, K., *The concept of ‘abuse of law’ in the case law of the European Court of Justice on Direct Taxation*, Maastricht journal of European and comparative law, Maastricht, n.º 3, 2015.

NABAIS, J., *Dever Fundamental de pagar impostos: Contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*, Almedina, Coimbra, 2004.

NOGUEIRA, J., *Abuso de Direito em fiscalidade directa: A emergência de um novo operador jurisprudencial comunitário*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Coimbra Editora, Vol. 6, 2009.

NOGUEIRA, J. et al., *Impuestos Directos y Libertades Fundamentales del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, Cuestiones fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona, 2016.

NOGUEIRA, J., *Direito Fiscal Europeu - O paradigma da proporcionalidade: A proporcionalidade como critério central de compatibilidade de normas tributárias internas com as liberdades fundamentais*, 1ª Edição, Wolters Kluwer/Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

PIRES, R., *Notas de reflexão: acordos para evitar e para eliminar a dupla tributação no direito internacional fiscal do século XXI*, Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal, n.º 2, 2008.

POIRET, C., *Beneficial Ownership: Concept, History and Perspective*, European Taxation, Vol. 56, n.º 7, 2016.

RIBEIRO, J., *Direito Fiscal da União Europeia: Tributação Direta*, 2ª Edição, Almedina, Coimbra, 2019.

RIGAUT, A., *Anti-Tax Avoidance Directive (2016/1164): New EU Policy Horizons*, European taxation, Amesterdão, Vol. 56, n.º 11, 2016.

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

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

SANCHES, S., *Limites do Planeamento Fiscal*, 1ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2006.

SANTOS, A., *Planeamento Fiscal, Evasão Fiscal, Elisão fiscal: O Fiscalista no seu Labirinto*, Fiscalidade- Revista de Direito e Gestão Fiscal, Instituto Superior de Gestão, n.º 38, 2009.

SCHMIDT, O. & SONNE, N., *Introduction of Withholding Tax on Dividends From Danish Conduit Companies*, Tax Notes International, Falls Church, Vol. 71, n.º 3, 2013.

SILVA, J., *Elisão Fiscal e Cláusula Geral Anti-Abuso*, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 66, Vol. II, 2006.

THEOPHILOU, C., *Treaty Shopping – Is the New Principal Purpose a Game Changer?*, Tax management transfer pricing report, Arlington, Vol. 27, n.º 26, 2018.

VASQUES, S., *Manual de Direito Fiscal*, 2ª Edição, Almedina, Coimbra, 2018.

WEBER, D., *“The New Common Minimum Anti-Abuse Rule in the EU Parent-Subsidiary Directive: Background, Impact, Applicability, Purpose and Effect”*, Intertax, Alphen aan den Rijn, Vol. 44, n.º 2, 2016.

WEBER, D., *The Reasonableness Test of the Principal Purpose Test Rule in OECD BEPS Action 6 (Tax Treaty Abuse) versus the EU Principle of Legal Certainty and the EU Abuse of Law Case Law*, Erasmus Law Review, Vol. 10, n.º 1, 2017.

XAVIER, A., *Direito Tributário Internacional*, 2ª Edição, Almedina, Coimbra, 2018.

ZAHRA, I., *The Principal Purpose Test: A Critical Analysis of Its Substantive and Procedural Aspects - Part I*, Bulletin for international taxation, Amesterdão, Vol. 73, n.º 11, 2019.

ZALASINSKI, A., *The ECJ's Decisions in the Danish "Beneficial Ownership" Cases: Impact on the reaction to Tax Avoidance in the European Union*, *International Tax Studies - Amesterdão*. - Vol. 2, n.º 4, 2019.

### **Documentos Eletrónicos**

FAES, P., *The CJEU Judgments in the Danish Beneficial Ownership Cases—To Be, Or Not To Be*, *Bloomberg Tax International Forum*, 2020. Disponível em <https://news.bloombergtax.com/daily-tax-report-international/the-2019-cjeu-judgments-in-the-danish-beneficial-ownership-cases-to-be-or-not-to-be>.

KUZNIACKI, B., *The C.J.E.U. Case Law Relevant to the General Anti-Avoidance Rule (G.A.A.R.) Under the Anti-Tax Avoidance Directive (A.T.A.D)*, *University of Bologna Law, Review*, 2019. Disponível em <https://bolognalawreview.unibo.it/article/view/10023/9848>

Plano de Ação (2018): Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho, de 19 de julho de 2018, relativa à Proteção do investimento intra-UE. Disponível em <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-11509-2018-INIT/pt/pdf>.

RAMALHO, J. & TRANCANA, D., Interpretação pelo TJUE dos conceitos de abuso de direito e de beneficiário efetivo, *PLMJ*, junho de 2019. Disponível em [https://www.plmj.com/xms/files/03\\_Novidades\\_legislativas/2019/006\\_junho/NL\\_Interpretacao\\_pelo\\_TJUE\\_dos\\_conceitos\\_de\\_abuso\\_de\\_direito.pdf](https://www.plmj.com/xms/files/03_Novidades_legislativas/2019/006_junho/NL_Interpretacao_pelo_TJUE_dos_conceitos_de_abuso_de_direito.pdf).

Relatório do Comité dos Assuntos Fiscais intitulado “*Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies*” Disponível em [https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-2017-full-version\\_g2g972ee-en#page1833](https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-2017-full-version_g2g972ee-en#page1833).

## **Instrumentos Normativos**

### **Direito Internacional**

Convenção Modelo da OCDE sobre o Rendimento e o Património

### **Direito da União Europeia**

Diretiva 2011/96/ UE do Conselho, de 30 de Novembro de 2011, relativa ao regime aplicável às sociedades mães e sociedades afiliadas de Estados-Membros diferentes.

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

Diretiva (EU) 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.

## LISTA JURISPRUDENCIAL

### TJUE

TJUE, *T Danmark*, 26 de fevereiro de 2019, C-116/16.

TJUE, *Y Denmark*, 26 de fevereiro de 2019, C-117/16.

TJUE, *Costa vs Enel*, 15 de julho de 1964, C-65/64.

TJUE, *Internationale Handelsgesellschaft*, 17 de dezembro de 1970, C-11/70.

TJUE, *Fratelli Constanzo*, 22 de junho de 1989, C-103/81.

TJUE, *Van Duyn*, 4 de dezembro de 1974, C-43/71.

TJUE, *Ratti*, 5 de abril de 1979, C-148/78.

TJUE, *Ursula Becker*, 19 de janeiro de 1982, C-8/81.

TJUE, *Halifax*, 21 de fevereiro de 2006, C-255/02.

TJUE, *Kofoed*, 5 de julho de 2007, C-321/02.

TJUE, *Cadbury Schweppes*, 12 de setembro de 2006, C-196/04.

TJUE, *Emsland-Starke*, 14 de dezembro de 2000, C-110/99.

TJUE, *Centros*, 9 de março de 1999, C-212/97.

TJUE, *Eurofood*, 2 de maio de 2006, C-341/04.

TJUE, *Eqiom e Enka*, 7 de setembro de 2017, C-6/16.

TJUE, *Deister Holding*, 20 de dezembro de 2017, C-504/16.

TJUE, *Juhler Holding*, 20 de dezembro de 2017, C-613/16.

TJUE, *X GmbH*, 26 de fevereiro de 2019, C-135/17.

### **Conclusões de AG sobre acórdãos do TJUE**

Conclusões da AG Juliane Kokott ao acórdão *T Danmark e Y Denmark Aps* (C-116/16 e C-117/17) apresentadas a 1 de março de 2018.

Conclusões da AG Juliane Kokott ao acórdão *Kofoed* (C-321/02) apresentadas a 8 de fevereiro de 2007.

**Palavras chave:** Beneficiário Efetivo, Abuso de Direito, Tributação Direta, Diretiva Mãe – Afiliadas, Direito Fiscal Europeu, Casos Dinamarqueses