

AS *HOLDINGS* E A PROPOSTA ATAD 3 (OU DIRETIVA *UNSHELL*): UM REGIME ESPECÍFICO PARA PREVENIR A UTILIZAÇÃO ABUSIVA DE *ENTIDADES DE FACHADA* PARA FINS FISCAIS

Pela D.^{ra} Maria Amélia Barradas Carlos⁽¹⁾

SUMÁRIO:

I. Generalidades. II. A Proposta ATAD 3: a Proposta, o Objeto — regras para evitar a utilização indevida de entidades de fachada sem substância económica — e os Objetivos. II. 1. A Proposta. II. 2. O Objeto. II. 3. Os objetivos III. Considerações conclusivas.

Resumo:

No presente artigo apresentam-se algumas reflexões críticas sobre as sociedades *holdings* no âmbito da proposta de Diretiva *Unshell* ou ATAD 3 enquanto regime especial para prevenir a utilização abusiva de entidades de fachada para fins fiscais.

I. Generalidades

A tributação das sociedades *holdings* tem vindo a suscitar questões peculiares ou que pelo menos se colocam com maior acuidade relativamente às demais sociedades, no que se refere à identificação de situações de abuso fiscal, que cada vez mais vêm exigindo novas regras para prevenir a interposição indevida de *holdings* na estrutura societária⁽²⁾.

⁽¹⁾ Advogada.

⁽²⁾ Que, independentemente da sua forma jurídica, se apresentam como exercendo uma ativi-

Se num primeiro momento tais questões se prendiam com a preocupação em eliminar a dupla não tributação⁽³⁾, procurando-se garantir uma concorrência equitativa e combater a perda de receitas fiscais, decorrente da elisão ou abuso fiscal, num segundo momento constatou-se que no espaço jurídico da União continuava a existir uma crescente utilização abusiva destas sociedades, que impunha novas soluções legislativas comuns aos vários Estados-Membros (EM).

Razão pela qual a proposta de Diretiva *Unshell* ou *Anti Tax Avoidance Directive 3*, doravante ATAD 3⁽⁴⁾ vem estabelecer novas regras para prevenir o crescente aumento de utilização de tais sociedades sem substância económica⁽⁵⁾ — isto é, entidades fictícias ou de *fachada*⁽⁶⁾, também conhecidas por *shell entities* — que cumprem “apenas o essencial para a organização e registo num determinado país [enquanto] as atividades comerciais propriamente ditas são realizadas noutro país”, com vista à obtenção de vantagens fiscais⁽⁷⁾.

dade económica com residência num EM da UE Tratam-se de sociedades cujos atos ou negócios jurídicos não estão conformes com o espírito nem com o fim das normas de Direito Europeu ou que evitam tais normas. Sem uma substância mínima, são criadas para dissimular a propriedade efetiva das próprias sociedades e dos ativos que detêm e gerem com o objetivo de reduzir a sua carga fiscal global, transferindo o rendimento obtido num determinado EM com elevado nível de tributação para EM ou países terceiros com baixa tributação. Ver, a este propósito, o *Relatório de Avaliação do Documento de Trabalho do Staff da Comissão*, de 22.12.2021, SWD(2021) 578 final, onde se recorda que “com base em informações publicamente disponíveis, os jornalistas da *OpenLux* encontraram montantes significativos de ativos localizados no Luxemburgo detidos por contribuintes não residentes em *holdings*, algumas das quais não mantêm instalações próprias, nem têm empregados ou exercem atividade económica no Luxemburgo. A investigação concluiu que isso permitiu, por exemplo, que alguns investidores reduzissem significativamente os seus impostos. Tais economias fiscais podem ser indicativas de evasão e justificar investigações adicionais. Posteriormente os *Pandora Papers*, um vazamento maciço de dados sobre contas *offshore* de vários indivíduos com alto património líquido, revelaram que as *entidades de fachada* continuam a ser usadas em estruturas *offshore* complexas, também com o objetivo de evitar, se não evadir, a tributação”. A este propósito, a 21.03.2023 foi apreciado pelo Comité de Orçamento e Finanças do Parlamento Europeu, o Projeto de Resolução do Parlamento Europeu [2022/2080(INI)] em linha com os objetivos da Comissão com a proposta de Diretiva *Unshell*.

(3) Quer jurídica quer económica.

(4) COM/2021/565 final, in <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A52021PC0565>> Diretiva n.º 2021/0434, do Conselho, de 22.12.2021 (ATAD 3).

(5) O que exige capacitar as autoridades tributárias para aplicar o conceito de *substância económica* com mais frequência e em mais circunstâncias que impliquem a sua definição ou clarificação ao abrigo da jurisprudência do TJUE.

(6) Ou seja, todas as sociedades que, por um lado, não preencham um conjunto de elementos (denominados indicadores de substância a que nos referiremos em seguida) e, por outro lado, que não demonstrem que não são utilizadas com o principal objetivo de obter uma vantagem fiscal.

(7) Cf. *Relatório de Avaliação do Documento de Trabalho do Staff da Comissão*, de 22.12.2021, in ponto 2.1.3 SWD (2021) 578 final, consultável em <<https://eur-lex.europa.eu/>> o que leva a promover a cooperação entre as administrações fiscais dos vários Estados-Membros (EM) de modo a evitar a elisão ou

Assim, num quadro de indispensável melhoria da política fiscal da União Europeia, a recente Diretiva *Unshell* visa combater a utilização abusiva daquelas sociedades, nos termos que se explicitarão na secção seguinte.

II. A Proposta ATAD 3: a Proposta, o Objeto — regras para evitar a utilização indevida de *entidades de fachada* sem substância económica — e os Objetivos

II. 1. A Proposta

No âmbito das ações previstas na Agenda da Política Fiscal da União Europeia (UE) e na continuação das iniciativas legislativas anteriores⁽⁸⁾, em linha com o projeto BEPS⁽⁹⁾, a Comissão Europeia (CE) apresentou,

abuso fiscal. A ideia é assegurar um ambiente propício ao crescimento sustentável, garantindo uma tributação eficaz, com alteração da Diretiva 2011/16/UE do Conselho, de 15.02.2011, relativa à cooperação administrativa no domínio da fiscalidade, designada por “DAC”, conforme se dispõe no art. 13.º da ATAD 3.

⁽⁸⁾ Considerando a Comunicação da Comissão Europeia, de 18.05.2021, designada “Uma tributação das empresas para o século XXI”, com o fim de “promover um sistema de tributação das empresas sólido, eficiente e justo na União Europeia”, e atendendo à avaliação dos resultados da legislação existente, incluindo a forma como os EM têm implementado essa legislação nas suas atividades de auditoria e atendendo ao nível mínimo global de tributação para grupos multinacionais na UE (Pilar 2).

⁽⁹⁾ A *Base Erosion and Profit Shifting* (Erosão das bases tributáveis e transferência de lucros) traduz a reação da OCDE em face do comportamento inaceitável das entidades ora em análise. Como nos recorda o *Relatório de Avaliação do Documento de Trabalho do Staff da Comissão*, de 22.12.2021, *cit.*, “O projeto BEPS foi um grande passo em frente para resolver o problema de empresas de fachada usadas para fins fiscais. No entanto, a implementação das medidas BEPS revela-se um desafio para as autoridades fiscais. (...) O principal desafio reside no fato do BEPS se basear principalmente em cláusulas gerais anti-abuso para combater *entidades de fachada*, nomeadamente através da Cláusula Geral Anti-abuso (GAAR) introduzida na UE através da Diretiva antielisão fiscal (ATAD). No geral significa que as administrações tributárias tratam a utilização de *entidades de fachada* caso a caso. (...) As regras atuais da ATAD em relação à Cláusula Geral Anti-abuso e às Cláusulas de Sociedades Estrangeiras Controladas (ou regras CTC-Controlled Foreign Companies) aplicam a noção de atividade económica não genuína, razões comerciais válidas e o teste substantivo de atividade económica, no entanto, a interpretação depende dos fatos e das circunstâncias. (...) É difícil para os Estados-Membros apresentar “medidas defensivas” para resolver o problema. (...) Operacionalmente, as administrações fiscais precisam de tempo e recursos significativos para implementar as medidas existentes para combater o uso de *entidades de fachada* para fins fiscais. Além disso, as administrações fiscais muitas vezes carecem das informações necessárias para detetar esse uso. À medida que os problemas de elisão e evasão fiscais persistem, é importante que as *entidades de fachada* sejam abordadas de forma direcionada e específica, fornecendo às administrações fiscais as informações de que necessitam para prevenir (de preferência, em vez de reagir ex-poste) a elisão e a evasão fiscal. Para mais esclarecimentos sobre a iniciativa BEPS ver ANA PAULA DOURADO, *O projeto BEPS in Governação Fiscal Global*, Coimbra, 2018, pp. 45-102.

a 22.12.2021, uma nova proposta de Diretiva (*Anti Tax Avoidance Directive 3*), que — à luz dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade⁽¹⁰⁾ — pretende aplicar-se a todas as *holdings* passíveis de serem consideradas residentes fiscais num determinado EM⁽¹¹⁾ e consequentemente serem elegíveis para receber o respetivo certificado de residência fiscal, em resultado da fixação do seu objeto, conforme se explicitará na subsecção seguinte.

II. 2. O Objeto

Nos termos da ATAD 3, e no que diz respeito ao objeto em análise — qual seja, um conjunto de normas jurídicas que evitem a utilização indevida de *entidades de fachada*, isto é, sem substância económica —, existe a preocupação de estabelecer indicadores de substância mínima⁽¹²⁾ direcionados especificamente para possíveis entidades fictícias e a criação de regras claras sobre o incumprimento de tais indicadores.

Entendendo-se por *holdings sem substância económica* as que não preencham um conjunto de pressupostos designados por *indicadores de substância*⁽¹³⁾ e que não tenham demonstrado que não são usadas abusivamente com o objetivo de alcançar vantagens fiscais.

Sem prejuízo, no entanto, de se reconhecer a existência de *razões comerciais válidas* para a criação de *holdings* com diminuta substância económica, que não devem, nesse caso, ser prejudicadas por esta nova legislação⁽¹⁴⁾.

⁽¹⁰⁾ As medidas propostas não só estão em conformidade com o princípio da subsidiariedade previsto no art. 5.º do Tratado, como também atendem ao princípio da proporcionalidade, ou seja, “não vão além da garantia do nível mínimo de proteção necessário para o mercado interno”. Ver ATAD 3, p. 4.

⁽¹¹⁾ Termo “residentes” que, tal como o termo “residência” a ATAD 3 talvez devesse esclarecer o seu significado específico.

⁽¹²⁾ Cf. art. 7.º da ATAD 3.

⁽¹³⁾ Com efeito, uma entidade pode não ser sujeita ao teste da substância mínima desde que preencha qualquer um dos critérios seguintes: (i) tenha um valor mobiliário listado em mercado regulamentado (ii) seja uma entidade financeira regulamentada (conforme definido na ATAD 3); (iii) detenha participações em negócios operacionais localizados no mesmo EM (iv) ou seja uma entidade que tenha pelo menos cinco funcionários em tempo integral realizando exclusivamente as atividades geradoras de rendimento.

⁽¹⁴⁾ Porquanto o que importa não é tanto distinguir as *holdings de fachada* das demais *holdings*, mas sim diferenciar a utilização anti-elisiva da utilização abusiva das *holdings de fachada*. Vejam-se os exemplos dados pelo art. 6.º, n.º 2, da ATAD 3 e a isenção das obrigações ao abrigo da presente diretiva de acordo com o art. 10.º, n.ºs 1, 2 e 3.

De modo a identificar no universo societário as *holdings* que apresentam o risco de não atingirem os níveis mínimos de substância económica estabeleceram-se cumulativamente três critérios de partida (ou *gateways*) para as referidas sociedades: (i) cujas receitas auferidas nos dois últimos exercícios correspondam a mais de 75% de rendimentos relevantes⁽¹⁵⁾; (ii) que mais de 60% do valor contabilístico dos ativos dos dois últimos exercícios referentes a bens móveis, imóveis ou valores mobiliários detidos para fins privados e com valor contabilístico superior a um milhão de euros⁽¹⁶⁾, se situem fora do EM da *holding*, sendo que pelo menos 60% dos rendimentos relevantes são auferidos ou pagos através de operações transnacionais⁽¹⁷⁾ móveis⁽¹⁸⁾; (iii) e que dependem de outras sociedades, dado que não possuem recursos próprios para desenvolverem a atividade e por isso nos dois últimos exercícios recorreram à subcontratação de funções de gestão (corrente ou estratégica)⁽¹⁹⁾.

Preenchidos estes critérios a *holding* fica obrigada a novas exigências de reporte ao nível da sua declaração anual de rendimentos — qualificada como sociedade declarante⁽²⁰⁾ — de modo a permitir que as Autoridades Tributárias (AT) dos vários EM passem a dispor de informação determinante para a identificação de sociedades que, com elevado grau de probabilidade, tendem a não cumprir os objetivos, isto é, os níveis mínimos de

(15) Entende-se por rendimento relevante, nos termos da al. a) do n.º 1 do art. 6.º e art. 4.º da ATAD 3, o rendimento proveniente de juros ou outros rendimentos gerados por ativos financeiros (incluindo ativos digitais protegidos por criptografia, DLT-*Distributed Ledger Technology*, ou tecnologia semelhante); royalties; dividendos; rendimentos de locação financeira; bens imóveis; receitas de serviços terceirizados a entidades associadas; seguro bancário e outras atividades financeiras igualmente denominadas *rendimentos relevantes*.

(16) De notar que, nestes requisitos de substância, não é feita qualquer alusão à vertente digital. Ver a este propósito o Parecer de 06.04.2022, do Comité Económico e Social Europeu sobre a proposta de Diretiva (ATAD 3) ao advertir que tal facto poderá desencadear problemas futuros e ao reconhecer que também devem ser implementadas medidas quando a *holding* está fora da UE e estabelece fluxos financeiros com entidades cotadas na UE. Consultável in <<https://eur-lex.europa.eu/>>.

(17) O que significa que a maioria das receitas acima mencionadas são recebidas ou transferidas através de outra jurisdição que não o EM de residência da *holding*, ou seja, têm proveniência em entidades estrangeiras geograficamente móveis.

(18) Onde a atividade exercida, em princípio, é mais difícil de identificar. Consideram-se *holdings* com atividades maioritariamente transfronteiras aquelas em que: (i) mais de 60% do valor contabilístico de certo tipo de ativos (bens móveis e imóveis) estejam situados num outro EM da UE; ou (ii) pelo menos 60% dos rendimentos passivos auferidos tenham origem em operações transnacionais.

(19) Ver art. 6.º n.º 1, alíneas a), b) e c).

(20) Quando qualificada como declarante, a *holding* deverá incluir na sua declaração anual de rendimentos um conjunto de elementos (os indicadores de substância mínima) que, caso não cumpram com os critérios previstos na ATAD 3, levam à aplicação de uma presunção de que a *holding* não tem um nível mínimo de substância económica.

substância económica⁽²¹⁾, como se tentará analisar criticamente na subsecção seguinte.

II. 3. Os objetivos

Com a adoção da ATAD 3, cuja transposição para o Direito nacional dos vários Estados-Membros (EM) se previa para 2023 e entrasse em vigor em 2024⁽²²⁾, procura-se dar continuidade aos propósitos apresentados nas anteriores Diretivas antielisão fiscal (ATAD 1 e ATAD 2)⁽²³⁾, mas a partir de agora através de um regime específico para evitar a utilização de *holdings* — ou qualquer outro tipo de sociedade, independentemente da sua dimensão ou forma jurídica — com fins exclusivamente de elisão ou abuso fiscal⁽²⁴⁾.

A ATAD 3 procura, assim, abranger todas as sociedades *holdings* — e demais sociedades ou entidades — que para efeitos fiscais possam ser consideradas residentes num EM⁽²⁵⁾, pese embora na realidade não exerçam uma atividade económica mínima. São frequentemente *holdings* interpostas que, como dissemos, apenas visam atingir vantagens fiscais para o grupo societário onde se inserem ou para o seu beneficiário efetivo⁽²⁶⁾.

Com efeito, conforme a proposta de Diretiva exemplifica, uma *holding* “financeira pode ser constituída para cobrar todos os pagamentos de

(21) Sendo certo que a verificação deve visar não apenas o rendimento, mas também os ativos. Neste sentido, ver o Parecer de 06.04.2022, do Comité Económico e Social Europeu, sobre a proposta de Diretiva (ATAD 3), ao referir que tal verificação deve abordar os casos em que os ativos não geram rendimento.

(22) Conforme art. 18.º, n.º 1 ATAD 3.

(23) Ver em especial a Diretiva 2016/1164 do Conselho, de 12 de julho, que estabelece regras contra as práticas de elisão fiscal que tenham incidência no funcionamento do mercado interno (ATAD I) e a Diretiva 2017/952 do Conselho de 29 de maio, que altera aquela Diretiva 2016/1164 no que se refere às assimetrias híbridas com estados terceiros (ATAD II).

(24) Incluindo pequenas e médias sociedades porquanto, ao contrário do pilar 2, a ATAD 3 não se limita a grupos multinacionais com receitas globais superiores a € 750 milhões. Espera-se, assim, que afete muitas pequenas e médias entidades e, por exemplo, as *partnerships* ou *trust*, desde que exerçam uma atividade económica com residência fiscal num EM e estejam em condições de obter um certificado de residência fiscal nesse EM.

(25) A proposta de Diretiva não se aplica a entidades com residência em países terceiros. No caso de pagamentos de, ou para, uma *entidade de fachada* considerada residente num país terceiro a atribuição de direitos fiscais deve ser determinada por acordos de dupla tributação. As autoridades tributárias de países terceiros podem solicitar a consulta de informações sobre as *entidades de fachada* situadas na UE com o intuito de identificar o pagador/beneficiário de certo fluxo financeiro.

(26) Beneficiário efetivo na aceção do art. 3.º, ponto 6, da Diretiva (UE) 2015/849 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20.05.2015.

atividades financeiras de outras sociedades do grupo em diferentes Estados-Membros da UE, beneficiando das isenções de retenção na fonte da Diretiva Juros e *Royalties*⁽²⁷⁾ e em seguida pode transferir esse rendimento para as sociedades afiliadas em jurisdições de países terceiros com baixa tributação com o objetivo de explorar tratados fiscais favoráveis”⁽²⁸⁾.

Razão pela qual a ATAD 3 pretende identificar as entidades que são, efetivamente, residentes fiscais num EM e nele se apresentam como exercendo atividade económica, mas que na verdade não têm substância ou, pelo menos, não possuem nesse EM a substância económica mínima exigida em resultado da submissão a um determinado teste: o designado *teste de substância*.

Assim, para determinar se certa *holding interposta* possui, ou não, substância mínima impõe-se a submissão àquele teste, através de um percurso analítico constituído pelas seguintes sete etapas:

Em primeiro lugar, procede-se a uma divisão entre entidades com alto risco e entidades com baixo⁽²⁹⁾ risco de apresentarem falta de substância e de serem usadas de forma abusiva para fins fiscais. Considerando que as primeiras exibem um conjunto de características comuns que preenchem cumulativamente os três *critérios de partida* (designados *gateways*)⁽³⁰⁾ a que fizemos referência, enquanto os casos de baixo risco se referem às entidades que não satisfazem nenhum ou satisfazem apenas alguns destes critérios de partida, concretizando-se com tal divisão a primeira etapa do *teste de substância*.

Em segundo lugar, apenas as entidades consideradas de risco na etapa anterior ficam sujeitas à apresentação de informações específicas que estão habitualmente presentes numa entidade que exerce uma atividade económica substancial⁽³¹⁾ e que devem fazer parte integrante da declaração de imposto sobre o rendimento, de modo a facilitar a avaliação da sua atividade através de provas documentais satisfatórias de veracidade daque-

(27) Diretiva 2003/49/CE do Conselho, de 03.06.2003, relativa ao regime fiscal comum aplicável aos pagamentos de juros e *royalties* efetuados entre sociedades associadas de EM diferentes.

(28) A Diretiva não deve afetar a repartição dos direitos de tributação em conformidade com os tratados que preveem a eliminação da dupla tributação, celebrados entre um EM e um país terceiro.

(29) Os casos de baixo risco que não satisfaçam os *critérios de partida* são irrelevantes para efeitos da Diretiva.

(30) São os critérios de (falta de) substância.

(31) Importa, ainda, que sejam divulgadas orientações adequadas relativas ao conceito de atividade económica substancial, a este propósito ver Parecer de 06.04.2022, do Comité Económico e Social Europeu sobre a proposta de Diretiva (ATAD 3) ao chamar a atenção para a necessidade de se atender à compatibilidade do conceito não apenas com o Direito Europeu, mas também com o Direito Fiscal Internacional.

las informações ou através de uma auditoria fiscal⁽³²⁾ que explicita o modelo de negócio e mostre que os atos ou negócios jurídicos praticados não ocorrem apenas por motivos fiscais, na medida em que são justificados por *razões económicas válidas* para a atividade desenvolvida, concluindo-se, assim, a segunda etapa daquele teste.

Em terceiro lugar, avalia-se o resultado das informações prestadas pela *holding* na etapa 2, no sentido de aferir se a mesma satisfaz os requisitos mínimos de substância, considerando factos e circunstâncias do caso concreto à luz de três indicadores de substância da sociedade⁽³³⁾, quais sejam: (i) existência de instalações com utilização exclusiva; (ii) pelo menos uma conta bancária própria e ativa na UE; (iii) e ter um (ou mais) administrador(es) autorizado(s) a tomar decisões em relação às atividades que geram rendimentos relevantes e em dedicação exclusiva⁽³⁴⁾, residente(s)⁽³⁵⁾ para efeitos fiscais no EM da *holding* ou na proximidade desse EM. Pretende-se que o bom desempenho das suas funções⁽³⁶⁾ não seja prejudicado, importando também saber se existe um número suficiente de trabalhadores a residir na proximidade da *holding* e se exercem as principais atividades geradoras de rendimento⁽³⁷⁾.

Se estes três indicadores de substância estiverem preenchidos presume-se que a *holding* tem substância económica⁽³⁸⁾ e, consequentemente, não deve ser considerada como *holding de fachada (shell entities)*.

Assim, os EM poderão isentá-la do cumprimento das obrigações declarativas previstas na ATAD 3 — e ainda que não cumpra os indicadores mínimos de substância — sempre que apresentar informação e documentação complementar demonstrativas das razões comerciais subjacentes à sua constituição e às suas decisões de gestão. Além de provar que: (i) a sua atividade é efetivamente controlada no EM da sua constituição e (ii) suporta os riscos dessa atividade, a *holding* deverá demonstrar que a

(32) Ver art. 7.º, n.º 2, e art. 15.º da ATAD 3.

(33) Ou seja, trata-se de fazer a avaliação do nível de substância económica da sociedade, avaliação essa que deve ser efetuada caso a caso, em face das circunstâncias e dos factos específicos de cada *holding* em apreço.

(34) Demonstrada pelas qualificações, pelos poderes formais que lhe são conferidos e pela participação na gestão.

(35) Termo de “administrador residente” que a ATAD 3 talvez devesse clarificar o seu significado específico.

(36) Desconhece-se, no entanto, qual a interpretação a dar quanto à necessidade de um diretor qualificado e autorizado estar situado a uma distância compatível com o bom desempenho de suas funções.

(37) Ver art. 7.º, n.º 1, da ATAD 3.

(38) A que se refere o art. 8.º, n.º 2, da ATAD 3.

sua existência não reduz a dívida fiscal do seu beneficiário efetivo ou do conjunto do grupo societário onde a mesma se insere.

No entanto, não se exclui a possibilidade de a Administração Tributária⁽³⁹⁾ (do EM de residência fiscal da *holding*) contestar tal prova e vir a entender que se trata de uma *entidade de fachada*. Será, por exemplo, o caso de os documentos apresentados não confirmarem as informações comunicadas ou a *holding* não exercer uma atividade económica substancial ao abrigo de outras normas nacionais⁽⁴⁰⁾ ou, bem assim, se não se tratar do beneficiário efetivo de determinado fluxo de rendimento⁽⁴¹⁾. Com esta apreciação e consequente tomada de decisão por parte da AT completa-se a terceira etapa do *teste de substância*.

Em quarto lugar, será dada a oportunidade à *holding*, que se presume ser de *fachada*, de apresentar factos e circunstâncias específicos demonstrativos de que tem substância⁽⁴²⁾ e que não é utilizada abusivamente para fins fiscais em face da demonstração dos objetivos comerciais prosseguidos. Tal demonstração terá de fornecer informação concreta sobre os recursos que utiliza, a atividade que exerce e o modo como é exercida, incluindo informações sobre a existência de *razões económicas válidas* ou razões não fiscais para a sua constituição e manutenção num determinado EM.

Neste sentido, a *holding* deverá justificar a falta de instalações próprias, conta bancária ou funcionários em regime de exclusividade. Sendo, ainda, necessário avaliar se as principais decisões sobre as atividades geradoras de valor são tomadas nesse EM⁽⁴³⁾.

⁽³⁹⁾ Devendo questionar-se o modo como a mesma procede a tal avaliação, quer negativa quer positivamente, em face do caso concreto, tanto mais que tais obrigações declarativas assentam em normas jurídicas que contêm conceitos indeterminados “em que o pensamento tipológico (o vaivém entre a norma e o tipo é constantemente utilizado”, neste sentido ver ANA PAULA DOURADO *O princípio da legalidade fiscal, tipicidade, conceitos jurídicos indeterminados e margem de livre apreciação*, Coimbra, 2007, p. 563.

⁽⁴⁰⁾ A ATAD 3 não visa substituir as normas de Direito interno ou normas de Direito Fiscal internacional em vigor para combater o abuso fiscal por parte de *holdings de fachada* na UE. Ao invés, a ATAD 3 visa a existência de um conjunto de regras uniformes que garantam a coerência dos requisitos de substância para efeitos fiscais na UE, através de critérios objetivos e sanções em caso de incumprimento no que diz respeito a tal substância.

⁽⁴¹⁾ É o que sucede quando a atividade em averiguação tende a envolver a ocultação do beneficiário efetivo através da interposição de várias *holdings* ou *entidades de fachada* na estrutura societária.

⁽⁴²⁾ Conforme se dispõe no art. 9.º, n.º 1, da ATAD 3.

⁽⁴³⁾ Sempre que necessário, depois da fase da troca automática de informações obrigatória ao abrigo da ATAD 3, os EM devem invocar o art. 5.º da Diretiva 2011/16/UE do Conselho no que se refere à troca de informações a pedido para obterem informações suplementares, e na medida em que as entidades devem fornecer ao EM da sua residência fiscal tais informações, sem prejuízo de serem estabelecidos requisitos comuns sobre o que pode constituir elemento de prova suplementar (ver

Na medida em que a ilisão da presunção de falta de substância mínima⁽⁴⁴⁾ e de abuso fiscal crie um encargo, quer para a AT quer para a entidade, e leve a concluir no exercício fiscal em apreço que, afinal, a entidade possui uma substância mínima para efeitos fiscais, não existindo um objetivo de elisão ou abuso fiscal — ou seja, a entidade ilide a presunção de que se trata de uma *entidade de fachada* — então, nesse caso, desde que não se alterem as circunstâncias de facto e de direito, a Diretiva autoriza a prorrogação da validade da ilisão por mais cinco anos⁽⁴⁵⁾. Dando-se, assim, por terminada a quarta etapa do *teste de substância*.

Em quinto lugar, permite-se que a entidade — que satisfaça os *critérios de partida* (*gateways*) ou que não cumpra os requisitos de substância mínima — demonstre que está a ser utilizada para *atividades empresariais genuínas* sem criar uma vantagem fiscal para si, para o grupo societário ou para o beneficiário efetivo final. Tal demonstração, que se faz através da comparação do montante do imposto a pagar pelo grupo antes e depois da interposição da entidade na estrutura societária⁽⁴⁶⁾, exime a *holding* das obrigações previstas na ATAD 3.

Com efeito, esta refere um conjunto de entidades que, pelas suas características — como sejam, entre outras, a sujeição a supervisão, âmbito geográfico da sua atividade ou residência dos sócios — se qualificam como *holdings* não declarantes, ficando assim não sujeitas às consequências aplicáveis às entidades sem substância.

Nesse elenco de entidades incluem-se, designadamente: *i) holdings* que tenham valores mobiliários admitidos à negociação ou cotados em bolsa ou em sistema de negociação multilateral; *ii) holdings* financeiras regulamentadas; *iii) holdings* dedicadas principalmente à detenção de partes de capital de entidades operacionais que se encontrem estabelecidas no mesmo EM, na medida em que o beneficiário efetivo seja igualmente residente nesse EM; *iv) holdings* com atividade de gestão de sociedades⁽⁴⁷⁾ que se encontrem estabelecidas no mesmo EM da residência do(s) seu(s) acionista(s)/sócio(s) ou da sociedade-

art. 9.º, n.º 2, da ATAD 3) adequado e que deve, por conseguinte, ser exigido em todos os casos. Neste sentido considera-se que aquela Diretiva deve ser alterada em conformidade.

⁽⁴⁴⁾ Nos termos dos arts. 8.º e art. 9.º, n.º 3, da ATAD 3.

⁽⁴⁵⁾ Ver art. 9.º, n.º 4, da ATAD 3.

⁽⁴⁶⁾ Importa ter presente que a utilização do termo *entidade de fachada* não significa que não possa eventualmente inexistir elisão ou abuso. À semelhança do que sucede na avaliação do planeamento fiscal agressivo, neste sentido ver a Recomendação da Comissão de 06.12.2012 (2012/772/UE), JO L 338 de 12.12.2012, p. 41.

⁽⁴⁷⁾ Conforme ponto 7 da Secção I do Anexo III da Diretiva 2011/16/UE do Conselho, de 15 de fevereiro de 2011.

mãe e v) *holdings* que empreguem, pelo menos, cinco trabalhadores a tempo inteiro, ou administrador(es) que se dedique(m) exclusivamente à atividade que gera o rendimento relevante dessas *holdings*. Concluindo-se com a análise comparativa do montante do imposto a pagar pelo grupo antes e depois da interposição da *holding* na estrutura societária a etapa cinco do *teste de substância*.

Em sexto lugar, atendem-se às consequências fiscais de as *holdings* não cumprirem com os indicadores mínimos de substância⁽⁴⁸⁾ e, por isso, serem consideradas *entidades de fachada*, que conseqüentemente não podem beneficiar das vantagens fiscais decorrentes da aplicação das disposições de Direito Europeu⁽⁴⁹⁾.

Além de estas entidades não estarem autorizadas a beneficiar de tais disposições que prevejam, designadamente, a eliminação da dupla tributação, o EM onde se situa a *entidade de fachada* não lhe atribui certificado de residência fiscal para apresentação noutras jurisdições⁽⁵⁰⁾, antes emite uma declaração que expressamente a impede de obter tais vantagens⁽⁵¹⁾. Encerrando-se, assim, a etapa seis do *teste de substância*.

Em sétimo e último lugar, promove-se o intercambio de informações em tempo útil sobre *entidades de fachada* ou que não possuam substância

⁽⁴⁸⁾ Quer as consequências fiscais de não ter substância mínima num EM que não seja o EM da *holding*, nos termos do art. 11.º da ATAD 3, quer as consequências fiscais de não ter uma substância mínima para efeitos fiscais no EM da *holding* de acordo com o art. 12.º da ATAD 3.

⁽⁴⁹⁾ Ver, em especial, a Diretiva 2011/96/UE do Conselho, de 30 de novembro, relativa ao regime fiscal comum aplicável às sociedades-mães e sociedades afiliadas e a Diretiva 2003/49/CE do Conselho, de 3 de junho, relativa a um regime fiscal comum aplicável aos pagamentos de juros e *royalties*.

⁽⁵⁰⁾ Sem que a recusa de emissão de certificado de residência fiscal prejudique a aplicação de normas nacionais sobre residência fiscal, mas antes sirva para informar outros EM e países terceiros que não devem ser concedidas deduções ou reembolsos relativamente a operações que envolvam essa entidade em face de qualquer tratado celebrado com o EM da entidade, ou, se for o caso, em face das Diretivas, ver neste sentido art. 11.º da ATAD 3.

⁽⁵¹⁾ Assim se divulgando, v.g. aos EM de que não devem conceder benefícios a favor da *entidade de fachada*, ainda que previstos nas Diretivas ou nos tratados fiscais celebrados com o EM da referida *holding* (ver, neste sentido, as consequências fiscais de não ter substância mínima para efeitos fiscais no EM da entidade nos termos do art. 12.º da ATAD 3); havendo nesse caso que determinar a jurisdição que deve ter o direito de tributar o rendimento. A repartição dos direitos de tributação deve ter em conta todas as jurisdições que possam ser afetadas por operações que envolvam a *sociedade de fachada*. Podendo incluir países terceiros, v.g., quando o rendimento de um país terceiro é transferido para a *sociedade de fachada*, quando o acionista dessa sociedade se encontre localizado num país terceiro ou, ainda, quando a sociedade detém ativos localizados nesse país terceiro. Existindo acordo entre o EM e um país terceiro deve ser respeitado o acordo no que diz respeito à repartição dos direitos de tributação; não existindo tal acordo o EM deve aplicar o seu direito nacional. Os cenários em que tais *entidades de fachada* são residentes para efeitos fiscais fora da UE não são abrangidos pelo âmbito de aplicação da Diretiva. Entende-se, no entanto, que existe a necessidade de uma lista completa de todas as jurisdições fiscais não cooperantes localizadas fora da UE, nomeadamente para que as *holdings* da UE possam confirmar se os fundos e ativos que gerem estão ligados a *entidades de fachada* localizadas fora da UE.

mínima, sendo tais informações trocadas automaticamente através de uma rede comum de comunicações (CCN) desenvolvida pela União e registadas num diretório central⁽⁵²⁾, que durante 30 dias⁽⁵³⁾ as disponibiliza, a qualquer momento, a todos os EM⁽⁵⁴⁾, sem necessidade de estes formalizarem o respetivo pedido, para efeitos de auditorias fiscais⁽⁵⁵⁾. Período a partir do qual a AT de qualquer EM poderá oficializar o pedido de troca automática⁽⁵⁶⁾ de informações à AT do EM onde se encontra situada a sociedade suspeita de ser uma *entidade de fachada* ou de não ter a substância mínima exigida⁽⁵⁷⁾. Cabendo aos EM a responsabilidade de estabelecer as sanções — efetivas, proporcionadas e dissuasivas⁽⁵⁸⁾ — aplicáveis em caso de violação da obrigação de comunicação das informações previstas na Diretiva⁽⁵⁹⁾. Neste sentido, o EM requerido fica obrigado a realizar uma auditoria fiscal⁽⁶⁰⁾ e a partilhar as informações sobre os resultados da mesma,

(52) Ver 4), ponto 5, art. 13.º da ATAD 3. Neste sentido ver também a Diretiva (UE) 2018/822 do Conselho, de 25 de maio de 2018 (conhecida como “DAC 6”), que pretende desencorajar o planeamento fiscal agressivo. Como expressivamente defendem WEBER, D., & STEENBERGEN, J. *The (absence of) Member State Autonomy in the Interpretation of DAC6: a Call for EU Guidance*, 2021, *EC Tax Review*, 30(5-6), pp. 254-261, a DAC 6 estabelece um quadro legal uniforme para a troca espontânea de informações através do qual os EM devem assegurar a plena eficácia do direito da União. Para tal, os conceitos devem ser definidos (e interpretados) de acordo com o objeto e a finalidade da Diretiva, importando atender não só à autonomia dos EM na definição e interpretação dos conceitos utilizados na DAC 6, como também ter em consideração as fontes relevantes para tal definição e interpretação, no âmbito dos acordos fiscais potencialmente agressivos, cf. os relatórios e Ação 12 do BEPS, em que a DAC 6 se baseou e com os quais a DAC 7 se alinhou e estabeleceu normas sobre troca de informações para efeitos fiscais no contexto das plataformas digitais nas transações com cripto ativos. Entretanto, a 08.12.2022, a Comissão apresentou uma proposta de revisão da Diretiva 2011/16/UE do Conselho (DAC 8), que mereceu, a 16.05.2023, o acordo do Conselho ECOFIN e que prevê alterações na troca de informações entre as autoridades fiscais dos Estados-Membros da UE.

(53) O que poderá constituir eventualmente um desafio em termos da sua praticabilidade se se vier a verificar, como parece, ser um prazo demasiado curto.

(54) Ver 2), ponto 3, art. 13.º da ATAD 3.

(55) Qualquer EM tem o direito de pedir a outro EM que realize auditorias fiscais às entidades que apresentem o risco de não terem uma substância mínima na aceção da ATAD 3, tendo o EM requerido a obrigação de a realizar e de partilhar informações sobre os resultados, devendo os EM comunicar regularmente à Comissão as referidas informações sobre a aplicação e execução no seu território das medidas nacionais adotadas em conformidade com a ATAD 3, para que aquela acompanhe tal aplicação e execução e avalie a sua eficácia com posterior publicação de relatório; neste sentido ver os arts. 16.º e 17.º da ATAD 3.

(56) Já decorrente da Diretiva 2011/16/UE, do Conselho, de 15.02.

(57) Caso se verifique a existência de uma *entidade de fachada* a troca de informações deve ser automática; conforme art. 13.º ATAD 3.

(58) Conforme o disposto no art. 14.º ATAD 3.

(59) Considerando-se um conjunto de sanções pecuniárias mínimas de, pelo menos, 5% do volume de negócios da entidade, conforme se dispõe no art. 14.º ATAD 3.

(60) Nos termos do art. 15.º ATAD 3.

ainda que não se venha a verificar a existência de uma *entidade de fachada*, dando-se por concluída a sétima e última etapa do *teste de substância*.

Em síntese, as *holdings* que não *passarem* nestas sete etapas de verificação de substância são consideradas *entidades fictícias ou de fachada* (*shell entities*) desprovidas de *substância económica*⁽⁶¹⁾, devendo o rendimento ser tributado no EM onde residem os acionistas da *holding*, como se fosse pago diretamente a esses acionistas⁽⁶²⁾.

III. Considerações conclusivas

Como acabámos de observar, a tentativa de impedir a interposição abusiva de *holdings* sem atividade económica efetiva no grupo societário, constitui uma nova medida proposta pela ATAD 3, com o fim de criar mais transparência fiscal na União Europeia, com impacto na governação fiscal europeia e internacional.

Vimos que ao fixar indicadores de substância mínima para as *holdings* residentes em cada EM e um sistema de comunicações entre estes, com definição de consequências fiscais para as sociedades incumpridoras das obrigações nela previstas, a ATAD 3 apenas exclui as entidades que a Comissão Europeia considera de baixo risco de serem consideradas *entidades de fachada*, por não praticarem actos ou negócios jurídicos que a ATAD visa evitar.

Defendemos que importaria salvaguardar a possibilidade de certas *holdings* interpostas por motivos fiscais poderem, ainda assim, ficar excluídas da aplicação da ATAD 3, por impossibilidade de averiguação da

(61) Sem embargo, como já vimos, de poderem refutar a presunção de *shell entities* através da produção de prova da atividade realizada.

(62) O imposto pago sobre o rendimento no EM da *holding*, se for caso disso, deve ser tido em conta e deduzido do imposto devido no EM dos acionistas, de modo a evitar a dupla tributação. Caso os acionistas da *holding* não residam num EM o rendimento deverá ser tributado na jurisdição da residência fiscal do ordenante, como se fossem pagos diretamente aos acionistas. De referir que a este propósito o Comité Económico e Social Europeu (CESE) considera que as verificações não devem incidir apenas sobre os rendimentos, mas também sobre os bens, uma vez que os impostos podem ser cobrados mesmo quando não gerem quaisquer rendimentos, como sucede com os impostos sobre o património, sendo certo que para gerir corretamente as verificações e partilhar as informações, a Comissão deve ter capacidade adequada e recursos suficientes para o fazer. Ver o *Parecer CESE Secção da União Económica e Monetária e Coesão Económica e Social de 09.03.2022*; Relator: Benjamin Rizzo e Correlator: Javier Doz Orrit.

atividade que tais sociedades venham a desenvolver sem a divulgação completa da informação dos atos e negócios jurídicos praticados.

Destacámos a importância de três condições, quais sejam: (1) o tipo de rendimento; (2) a atividade transnacional; (3) e *outsourcing* das principais atividades desenvolvidas, não serem cumulativamente preenchidas para a *holding* não ter de se submeter às obrigações declarativas de reporte.

Advogámos que pese embora a *holding* possa preencher aquelas condições, ainda assim, deve ficar isenta de tais obrigações de reporte, desde que demonstre que os seus atos ou negócios jurídicos não reduzem o imposto a pagar, quer se trate do seu beneficiário efetivo quer se trate do grupo societário no seu todo.

Afirmámos que a *holding* também ficará desobrigada de apresentar tais declarações de reporte por não atingir os indicadores de substância, que nos termos que deixámos explicitados são considerados mínimos, presumindo-se em consequência que a sociedade não possui substância mínima.

Para que o não atingir os indicadores mínimos de substância possa significar que não tem substância mínima, defendemos que a *holding* terá ainda de demonstrar que a sua atividade relevante ocorre no EM onde reside e existe por *razões comerciais válidas*, devendo apresentar em conformidade informação pormenorizada sobre o perfil dos seus trabalhadores.

Considerámos que as exigentes obrigações declarativas, a que as referidas sociedades passam a estar sujeitas, devem ser prestadas à luz do princípio da proporcionalidade, por só assim tais medidas tenderem ao reforço da eficácia das Diretivas antielisão e cooperação administrativa, em face da necessidade de continuar a assegurar a competitividade das *holdings* na UE.

Dissemos que a ATAD3 prevê alterações à Diretiva de Cooperação Administrativa entre as Administrações Tributárias dos vários EM, quer em resultado da maior amplitude das declarações proferidas pela *holding* quer em resultado do procedimento de auditoria que isente, ou não, a obrigação de reporte. Ainda que, à semelhança do que sucede no âmbito das Diretivas antielisão fiscal e cooperação administrativa em matéria fiscal, a ATAD 3 tenha necessariamente que respeitar os atos e negócios jurídicos que envolvam segredo comercial em face de todos os interesses envolvidos.

Vimos que se pode presumir que a *holding* é uma entidade de *fachada* e que esta pode não conseguir ilidir tal presunção, existindo consequências fiscais traduzidas na exclusão de qualquer vantagem fiscal obtida no EM ao abrigo do Direito Europeu.

Afirmámos que para obter tal vantagem fiscal a *holding*, em princípio, necessita de apresentar um certificado de residência fiscal, mas por se tratar de uma *holding de fachada* o EM de residência não emitirá tal certificado, mas sim uma declaração impeditiva de a *holding* ser utilizada com o objetivo de obter a referida vantagem fiscal.

Dissemos, ainda, que a exclusão de vantagens fiscais implica determinar a repartição dos direitos de tributação tendo em consideração todos os EM vinculados pela ATED 3 que possam ser afetados pelos fluxos financeiros que envolvam a *holding de fachada*, não afetando estados terceiros.

Concluimos que existem casos em que o rendimento é transferido de um estado terceiro para a *holding de fachada*, ou os acionistas da *holding* estão localizados num estado terceiro ou, ainda, casos em que a *holding* detém participações sociais localizadas num estado terceiro. Nestas situações defendemos que os acordos para evitar a dupla tributação celebrados entre o EM e o estado terceiro devem ser integralmente cumpridos no que se refere à repartição dos direitos de tributação, só devendo o EM aplicar o seu direito interno se não existir a celebração de tais acordos.

Finalmente defendemos que as *holdings* que não *passarem* no teste de verificação de substância devem ser consideradas *entidades fictícias ou de fachada (shell entities)* desprovidas de *substância económica*, devendo o rendimento ser tributado na esfera jurídica dos acionistas da *holding*, como se fosse pago diretamente a esses acionistas.