

SGPS E CLÁUSULA GERAL ANTIABUSO:

Algumas reflexões

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

SUMÁRIO:

1. Introdução. **2.** Da aplicabilidade da cláusula geral antiabuso. **3.** A reação jurídica à elisão ou abuso fiscal. *3.1.* A subsunção normativa. **4.** A jurisprudência do TJUE. **5.** Conclusão.

Resumo:

Entre o conhecimento científico do tema que tem por objeto as SGPS e a crescente pertinência atribuída às *holdings* como instrumento de organização societária em cujo universo aquelas se inscrevem, encontramos uma zona difusa *de conformidade à lei*, num contexto de escândalos financeiros e desafios globais, que obrigam a recentrar a finalidade societária e as características dos atos ou construções negociais, à luz da proibição da elisão ou abuso, com apelo à coordenação fiscal europeia e internacional.

Naquela zona encontram-se formas jurídicas que não estão abrangidas pelas normas de incidência e a substância, quando existe, nem sempre é conforme à teleologia legal. Estamos perante o fenómeno elisivo cuja resposta parece apontar para a cláusula geral antiabuso, com a exigência de valorações, aplicação de princípios e o atendimento ao poder dos factos alicerçados na subsumibilidade normativa.

Palavras-Chave:

SGPS; Cláusula Geral Antiabuso; Princípio Geral de Proibição de Abuso.

⁽¹⁾ Advogada.

1. Introdução

As Sociedades Gestoras de Participações Sociais (SGPS) contam com um regime legal próprio, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 495/88, de 30 de dezembro, nos termos do qual, cumpridas certas condições, a estrutura societária tem a possibilidade de se organizar a partir da constituição de uma figura decisora — a SGPS —, da qual emergem as estratégias que alinham os interesses do grupo empresarial.

É perfeitamente compreensível que, para o fortalecimento da posição concorrencial ou o acréscimo de produtividade, seja relevante uma modelação negocial plurissocietária, com diferenciação ou especialização da atividade, diversificação do risco, aumento dos proveitos e da posição do mercado.

De resto, é do próprio preâmbulo daquele diploma legal que advém a referência às vantagens da gestão estratégica e centralizada, passível de ser potenciada com o recurso a uma SGPS, no âmbito de um plano de ação destinado a promover a implementação de grupos económicos, com o objetivo de robustecer a gestão de títulos societários.

Esclarecendo-se, a este propósito, que este regime visa providenciar um quadro jurídico, designadamente de natureza fiscal, que permita que aquela gestão adote uma maior especificidade.

Esperando-se, assim, que a criação de uma SGPS assegure a aquisição e detenção de quotas ou ações de um modo eficiente, mas também eficaz, permitindo o financiamento e a prestação de serviços de apoio às participadas, fomentando a concorrência crescente, ao nível interno e sobretudo europeu e internacional⁽²⁾.

Note-se que é com este particular objetivo que as SGPS assumem uma configuração jurídico-organizativa que proporciona à cúpula ou topo da estrutura um tipo societário vocacionado a desempenhar a gestão das sociedades por ela abrangidas, em moldes simultaneamente unívocos e sofisticados.

Com efeito, aquelas sociedades constituem uma forma de organização societária cujo objeto social, de gestão de participações sociais noutras sociedades, constitui uma forma indireta do exercício da atividade económica, que se efetua de modo exclusivo ou principal, compreendendo a detenção com carácter permanente de posições ou das referidas participa-

⁽²⁾ Sobre o quão difícil é a promoção de condições para alcançar tal desígnio ao nível da estabilidade do regime tributário e da justiça da cooperação tributária, cf. D.M. BROEKHUIJSEN, L.C.J. VAN APELDOORN, “International Tax Cooperation in a Multipolar World”, *Intertax*, 1, 2025, pp. 56-66.

ções sociais noutras sociedades juridicamente independentes, servindo aquela configuração de pedra angular à coordenação e gestão de médio-longo prazo.

É sabido, no entanto, que ponderados os valores fundamentais inerentes à ordem jurídico-tributária, em face dos quais se promove o combate à elisão ou abuso fiscal, o resultado obtido pelas SGPS com a celebração de certa forma de atos ou construções negociais, embora lícito, nem sempre é desejado pelo Direito Fiscal⁽³⁾.

Com efeito, a conformação daqueles atos ou construções negociais pode não possuir outro objetivo senão a obtenção de uma indevida vantagem fiscal, restando à Administração Tributária e aos Tribunais — estes na perspectiva de controlo jurisdicional⁽⁴⁾ — a possibilidade de concretização dos tipos fiscais estruturados com suporte na cláusula geral antiabuso, contida no art. 38.º, n.os 2-6 da Lei Geral Tributária, com posterior subsunção da realidade económica ao *Tatbestand*.

Algo que legitima a apresentação pelas SGPS de causas justificativas assentes na reorganização ou reestruturação societária para demonstrar que as suas práticas não possuem cariz elisivo ou abusivo, por, ao invés, serem implementadas sem preponderância de razões fiscais ao prosseguirem a supremacia do seu racional económico-comercial⁽⁵⁾.

Assim sendo, procuram asseverar a substância económica da atividade desenvolvida e esforçam-se em mostrar que esta não frustra a teleologia normativa, nem têm como um dos principais objetivos a obtenção de certa vantagem fiscal.

Dito de outro modo, procuram demonstrar que a sua atividade não deve ser considerada elisiva ou abusiva⁽⁶⁾.

(3) Para uma análise crítica do regime fiscal das SGPS, cf. MARIA AMÉLIA BARRADAS CARLOS, “Breves Notas sobre o Regime Fiscal das Sociedades Gestoras de Participações Sociais (SGPS)”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, jan./jun. 2022, pp. 249-262.

(4) Acarretando a cláusula geral antiabuso maior insegurança jurídica se comparada com as cláusulas específicas antiabuso, assume particular importância o facto de a mesma ir sendo tipificada pelos tribunais, à medida que por via de uma jurisprudência constante se vão “tornando mais determinados os casos a que se aplica”. Neste sentido ANA PAULA DOURADO, “Direito Fiscal, Lições”, Coimbra, 2020, p. 289.

(5) A adoção de atos ou construções negociais que reduzam, ou até suprimam, a carga fiscal constitui uma prática de racionalidade económica, cf. arts. 61.º, 80.º, al. c) e 86.º da CRP; e, por todos, ver ainda os acórdãos do TCAS, proc. n.º 4255/10, de 15.02.2011, Relator: Juiz Desembargador José Correia e proc. n.º 3877/10, de 20.11.2012, Relator: Juiz Desembargador Pedro Vergueiro; No mesmo sentido, SALDANHA SANCHES, “Manual de Direito Fiscal”, Coimbra, 2007, pp. 157-159 e ANA PAULA DOURADO, “Direito Fiscal, ...” *cit.*, p. 295.

(6) Ver em *Cadbury Schweppes*, a partir da doutrina jurisprudencial fixada em *Halifax* uma visão geral do conceito, num quadro de ausência de substância económica; Acórdão TJUE, 12.09.2006, C-

Por contraponto, e não raras vezes, a Administração Tributária constata a falta de *genuinidade* daqueles atos ou construções, acabando por provar que o exercício da atividade desenvolvida pela SGPS apenas se conforma formalmente com o normativo fiscal.

Afigurando-se, assim, relevante a análise objetiva da finalidade da norma aplicável ao caso concreto, em face da qual a Administração Tributária demonstre que o fim pretendido por essa norma não foi atingido, ante a celebração de certos atos ou construções negociais, *não genuínos*, isto é, sem justificação económica e tendo apenas como um dos principais propósitos a obtenção de uma vantagem fiscal⁽⁷⁾.

O que suscita a questão de saber: o que deve relevar, neste contexto de aferição da elisão ou abuso, é a obtenção de certa vantagem fiscal através de atos ou construções negociais, *não-genuínos*?

Ou antes releva a realidade económica, subjacente a estes atos ou construções, atenta a estatuição da norma de incidência?

As questões exigem reflexão crítica, designadamente, de cariz teleológico, sem perder de vista, naturalmente, a assunção da desejável reação jurídica à elisão ou abuso, em face de uma razão fiscal exclusiva ou até segmentária.

Serão estes vetores suficientes para aferir a aplicabilidade da nossa cláusula geral antiabuso⁽⁸⁾?

Não temos, por ora, respostas para os quesitos suscitados, mas talvez a análise crítica a apresentar na secção seguinte contribua para as facultar.

-196/04, *Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas vs. Commissioners of Inland Revenue*; Acórdão TJUE, 21.02.2006, C-255/02, *Halifax plc, Leeds Permanent Developments Services Ltd e County Wide Property Investments*. Cf., ainda, BEN J. M. TERRA e PETER J. WATTEL “European Tax Law”, 8.ª ed., Wolters Kluwer, 2022, p. 46.

(7) Sobre o conceito de *não-genuinidade* cf. ANA PAULA DOURADO, “Direito Fiscal ...” *cit.*, pp. 308-309.

(8) A este propósito, afirma ANA PAULA DOURADO que as cláusulas gerais antiabuso só devem conter, em regra, presunções elidíveis, a não ser que tenham fundamento em princípios fiscais que prevaleçam no caso concreto à luz da proporcionalidade. Cf. ANA PAULA DOURADO, *ibidem*, p. 264. No mesmo sentido, a Administração Tributária só deverá aplicar uma cláusula antiabuso se permitir ilidir a presunção, cf. o já referido Acórdão TJUE, de 12.09.2006, *Cadbury Schweppes*, C-196/04, § 50.

2. Da aplicabilidade da cláusula geral antiabuso

Envidar esforços para tolher práticas que possibilitem, às SGPS, alcançar uma vantagem fiscal com frustração do sentido da lei na sua materialidade e razão de existência envolve a interpretação da lei fiscal, que em face da sua insuficiência pode tornar necessário o recurso às cláusulas específicas antiabuso, que a não serem aplicáveis ao caso concreto poderá desencadear o recurso à cláusula geral antiabuso prevista no art. 38.º, n.ºs 2-6 da Lei Geral Tributária (LGT).

Preceito que acomoda, desde 2019, mais concretamente desde a entrada em vigor da Lei n.º 32/2019, de 3 de maio, o teor normativo do art. 6.º da Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho, de 12.07.2016, *Anti Tax Avoidance Directive* (ATAD), que estabelece normas contra a elisão fiscal e que foi transposta para a ordem jurídica nacional precisamente por aquele dispositivo legal.

De salientar que a ATAD, ao procurar refletir os requisitos de práticas abusivas interpretados pelo TJUE⁽⁹⁾, operacionalizou o entendimento sufragado por este, qual seja: mais do que alcançar, ou não, uma vantagem fiscal, importa que a *holding* demonstre a existência de um racional económico atendível⁽¹⁰⁾.

Desde então, tem sido pertinente a jurisprudência nacional que, versando sobre o preenchimento dos requisitos que justificam a sujeição à cláusula geral antiabuso de certos atos ou construções negociais, densifica o conceito de *não-genuinidade* quando aqueles são praticados com abuso da norma jurídica ou, até, da sistemática normativa-fiscal aplicável, tendo em vista a obtenção de uma (indevida) vantagem fiscal⁽¹¹⁾.

Com efeito — a par da dogmática de natureza legislativa e doutrinária —, os tribunais vão operacionalizando teleologicamente a referida cláusula em face de práticas elisivas, das quais se destacam os contratos de

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

(10) Ac. TJUE, 17.07.1997, *Leur-Bloem*, C-28/95, § 47 e 10.11.2011, *Foggia*, C-126/10, § 34. Para mais desenvolvimentos, cf. MARIA AMÉLIA BARRADAS CARLOS “As *holdings* e os dividendos à saída à luz do Direito Europeu”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, jul./dez 2022, pp.555-605.

(11) Cf. acórdão STA, 21.03.2024, proc. n.º 0147/22.2 BALSb, relator João Sérgio Ribeiro; acórdão TCAS, 13. 07.2023, proc. n.º 1015/20.8 BELRS, relatora Patrícia Manuel Pires, acórdão STA, 07.06.2023, proc. n.º 03285/11.3 BEPRT, relatora Paula Cadilhe Ribeiro. Para uma perspetiva geral de correção da elisão ou abuso com aplicabilidade de uma cláusula geral antiabuso, cf., por todos, PAULUS MERKS, “Tax Evasion, Tax Avoidance and Tax Planning”, *Intertax*, 5, 2006, p. 274; CHRISTIANA PANAYL, “Is Aggressive Tax Planning Socially Irresponsible?” *Intertax*, 10, 2015, p. 552.

compra e venda de ações celebrados entre uma SGPS (soc. A) e cada um dos acionistas de uma sua sociedade participada (soc. B), com aquisição pela SGPS de 100% das ações representativas do capital social desta última sociedade.

Sendo de salientar que a SGPS (soc. A), na qualidade de sociedade gestora de participações sociais, com o referido objeto exclusivo ou principal de detenção de posições ou participações sociais noutras sociedades, não está vocacionada nem dispõe de capacidade financeira para a celebração de atos ou construções negociais com aqueles contornos.

Não é criado um grupo económico nem a SGPS centraliza o financiamento, nem tão-pouco cria condições económico-financeiras para o concretizar, na medida em que não possui a estrutura operacional apta a centralizar e fornecer concreta gestão de participações sociais da sua participada (soc. B).

Com ambas as sociedades a contarem exatamente com os mesmos acionistas e órgãos sociais, atenta a aquisição daquela sociedade pela SGPS esta passa a receber os dividendos distribuídos por aquela, sem sujeição a imposto, prática que a Administração Tributária qualifica como elisiva ou abusiva.

A ser assim, a aplicação de um dispositivo legal que averigue a existência da finalidade negocial ou de atividade económica subjacentes àqueles atos ou construções negociais, será, quiçá, suficiente para combater tal prática⁽¹²⁾.

Referimo-nos à aplicabilidade da cláusula geral antiabuso em vigor no ordenamento jurídico nacional, atenta a factualidade acabada de enunciar⁽¹³⁾.

(12) A este propósito convém lembrar, nos termos do mencionado art. 1.º, n.º 2, da Diretiva (UE) 2015/121, do Conselho, de 27.01.2015, que ocorre uma prática abusiva se através de uma *holding* interposta se construiu uma montagem — ou uma série de montagens — com a finalidade principal — ou uma das finalidades principais —, de obter uma vantagem fiscal que frustre o objeto da Diretiva e que *não seja genuína* — por não ter sido posta em prática por *razões comerciais válidas* que reflitam a realidade económica — considerando todos os factos e circunstâncias relevantes. Neste sentido cf. ANA PAULA DOURADO, “Direito Fiscal ...” *cit.*, p. 321.

(13) O surgimento das *holdings* interpostas no contexto do mercado global associada à desmaterialização dos ativos colocou em evidência as insuficiências da Diretiva 2015/121/UE do Conselho, 27.01.2015, ao estabelecer uma cláusula geral antiabuso, a Targeted Anti-Abuse Rule (TAAR) nos termos da qual foi dada permissão aos Estados-Membros para, no âmbito da Diretiva, combaterem a elisão ou abuso fiscal, mostrando-se, a partir de então, a necessidade de *uma formulação mais simples* que prevenisse a dupla não tributação pela aplicabilidade de uma cláusula geral antiabuso, por via da qual o entendimento do que se pudesse considerar um ato ou construção negocial elisivo ou abusivo fosse interpretado *segundo o Direito Europeu e jurisprudência constante do TJUE*. Surgia, assim, a *general anti-abuse rule* (GAAR) prevista no art. 6.º da Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho,

É, ainda, importante recordar que, no caso em análise, está-se perante a inexistência de uma sociedade com capitais próprios suficientes para proceder à aquisição de participações sociais da sociedade participada (Soc. B), ou mesmo a obtenção de financiamento com capitais alheios para a concretização da aquisição. Sublinhando-se a circunstância da SGPS ter sido interposta entre os acionistas e a sociedade participada (soc. B), com a celebração de venda de ações à SGPS, *geradora de dívidas* de esta para com aqueles acionistas.

Numa contraposição, os valores recebidos pelos acionistas, a título de pagamento da *dívida*, são objetivamente entendidos pela Administração Tributária como sendo rendimentos de capitais.

Suscitando-se a questão de saber: a tipologia contratual em apreço, a simultaneidade de órgãos sociais e acionistas nas sociedades, e demais factualidade apontada são razões que fundamentam a ampla abrangência estatutiva do Direito Fiscal aplicável com recurso à cláusula geral anti-abuso⁽¹⁴⁾?

Vejamos. Para a aplicabilidade da cláusula geral antiabuso são identificados pela doutrina, mas também jurisprudencialmente, quatro pressupostos. Um deles é designado por (i) elemento meio, que como iremos ver se encontra presente no exemplo dado. Refere-se aos meios que a SGPS se socorreu para aquisição da totalidade das ações representativas do capital social da sociedade participada (soc. B) que cada um dos acionistas possuía, com vista a que o rendimento fosse qualificado relativamente a estes

de 12.07.2016, (*Anti Tax Avoidance Directive* — ATAD). Sobre a influência da ATAD na cláusula geral antiabuso portuguesa cf., por todos, ANA PAULA DOURADO “Direito Fiscal ...”, *cit.*, pp. 308-313. Sobre a TAAR enquanto norma mínima. Cf. ANA PAULA DOURADO, “Lições de Direito Fiscal Europeu-Tributação Directa”, Coimbra, 2010, p. 163; Acórdão TJUE, 17.07.1997, *Leur-Bloem*, C-28/95, § 41 e Acórdão TJUE, 12.12.2002, *Lankhorst-Hohorst*, C-324/00, § 37. Sobre a prevenção da (indevida) atenuação ou isenção de tributação, cf. ANA PAULA DOURADO, “Aggressive Tax Planning in EU Law and in light of BEPS — The EC Recommendation on Aggressive Tax Planning and BEPS Actions 2 and 6”, *Intertax*, 1, 2015, pp. 42-57; “The EU Anti-Tax Avoidance Package: Moving Ahead of BEPS?” *Intertax*, 6/7, 2016, pp. 440-446; PASQUALE PISTONE, “Avoidance and Aggressive Tax Planning under BEPS in light of EU Law”, 7.TH GREIT LISBON SUMMER COURSE ON TAX EVASION, TAX AVOIDANCE & AGGRESSIVE TAX PLANNING, *Intertax*, 2, 2016, pp. 88-89; STEF VAN WEEGHEL, BEPS in the EU and the New EU GAAR — Realizing Taxation and Substance: “The New EU GAAR in the Parent-Subsidiary Directive”, 7.TH GREIT LISBON SUMMER COURSE ON TAX EVASION, TAX AVOIDANCE & AGGRESSIVE TAX PLANNING, *Intertax*, 2, 2016, pp. 77-78.

(14) Para uma análise de como colmatar a elisão ou abuso fiscal numa dupla perspetiva: em sentido amplo à luz dos princípios de Direito Fiscal e em sentido restrito pelas regras de interpretação e aplicabilidade de cláusulas antiabuso. Cf. PAULUS MERKS, “Tax Evasion, Tax Avoidance and Tax Planning”, *Intertax*, 5, 2006, p. 274; CHRISTIANA PANAYL, “Is Aggressive Tax Planning Socially Irresponsible?” *Intertax*, 10, 2015, p. 552.

como reembolso de uma dívida, não sendo assim tributável, porquanto só o seria se tivesse sido atendida a sua verdadeira natureza de rendimentos provenientes de capitais. O meio usado para concretizar a elisão ou abuso fiscal, como observámos, foi a venda de acções à SGPS que *criaram* dívidas de esta para com os acionistas da sociedade (soc. B). Ou seja, estes receberam valores a título de pagamento da dívida, que deveriam ter sido objetivamente qualificados como rendimentos de capitais (dividendos)⁽¹⁵⁾.

Dito de outro modo, o elemento meio ou a via escolhida pela SGPS e pela sociedade participada (soc. B) para obterem o desejado ganho ou vantagem fiscal consubstanciou-se nos atos ou construções negociais celebrados, cuja estrutura se encontra determinada em função de um dado resultado fiscal, que não se verificaria caso estes não tivessem sido praticados nos moldes e com os contornos escolhidos pelas sociedades.

Através daqueles atos ou construções negociais, visando a obtenção de uma vantagem fiscal aquando da distribuição de dividendos, foi atribuída a qualificação de *pagamento de dívida* a acionistas, sendo estes comuns a ambas as sociedades. Apontam-se, ainda, como características destas construções negociais não só o diferimento do pagamento do preço estipulado como também a contabilização de suprimentos sem vencimento de juros.

Algo que nos leva a referir um outro elemento indispensável na aferição da aplicabilidade da cláusula geral antiabuso — o (ii) elemento resultado — e que ajuda a compreender os atos ou construções negociais adotados num contexto de obtenção de certo efeito fiscal: a não tributação da distribuição daqueles dividendos, em face da sua qualificação não como rendimento de capital, mas sim como pagamento de uma dívida⁽¹⁶⁾.

⁽¹⁵⁾ A este propósito, recorde-se os dividendos distribuídos e suas implicações e critérios identificados pelo TJUE, a 26.02.2019, nos casos C-116/16, *T Danmark*, e C-117/16, *Y Denmark*, mais conhecidos por *Danish cases*, §§ 70 a 72, 75, 79, 80 e 98. Cf., ainda, PABLO A HERNÁNDEZ GONZÁLEZ-BARBELA, “Holding Companies and Leveraged Buyouts in the European Union Following BEPS: Beneficial Ownership, Abuse of Law, and the Single Taxation Principle (Danish ECJ Cases C-115/16, 116/16, 117/16, 118/16, 119/16 and 299/16)”, *European Taxation*, 59, 2019, p. 409. Neste sentido, cf., também, JASPER KORVING, L. C. VAN HULTEN “Case law note: Svig og Misbrug: The Danish Anti-Abuse Cases”, *Intertax*, 8/9, 2019, pp. 793-800. Sobre uma análise crítica — e atual — das respostas anti-abuso a dar pela UE, numa visão alargada à reforma tributária americana de dezembro de 2017, cf., por todos, ANA PAULA DOURADO, “The US Base Erosion and Anti-Abuse Tax, and the EU Responses”, *Intertax*, 4, 2018, pp. 266-267.

⁽¹⁶⁾ Para uma visão da atividade desenvolvida por uma SGPS no âmbito de uma economia cada vez mais desmaterializada cf., por todos, ANDRÉS BÁEZ MORENO e YARIV BRAUNER “Taxing the Digital Economy Post-BEPS... Seriously”, Madrid, 2019, pp. 30-37. Sobre como os atos ou construções negociais requerem crescentemente menos substância física para criar mais valor económico, cf. NIKOLAI MILOGOLOV, “The Emergence of the ‘Technological Tax Hub’: Digitally Oriented Trajectories of

Com efeito, o elemento resultado consubstancia-se, neste caso, na vantagem fiscal alcançada através do já referido elemento meio utilizado pela SGPS (soc. A) e a sociedade participada (soc. B) ao *transverterem* um fluxo financeiro — a distribuição de dividendos —, sujeito a imposto, noutro fluxo, o pagamento do valor em dívida aos acionistas (da sociedade B) sem que dele decorra qualquer tributação, mas tão-somente o registo do crédito relativo a cada acionista como “suprimento”.

Na verdade, apenas existe a finalidade (objetiva) de obter a vantagem fiscal, tendo a SGPS sido interposta sem que justifique os fins para os quais a mesma está vocacionada: a gestão de participações sociais noutra(s) sociedade(s).

Com efeito, a interposição da SGPS entre a sociedade (soc. B) e os seus acionistas em nada altera a atividade da sociedade (soc. B), na medida em que o que ambas modificaram foi a forma de distribuição dos dividendos, que a ser feita à SGPS daria lugar a que esta beneficiasse da eliminação da dupla tributação económica, conforme previsto no n.º 1, do art. 51.º do CIRC, mas não tendo ocorrido a distribuição diretamente aos acionistas, há o fito de debelar a possibilidade de serem tributados individualmente. Podemos, portanto, dizer que decorrente do referido elemento meio, se cumpre uma das finalidades principais de obter aquela vantagem fiscal — o (iii) elemento normativo. Existindo uma desconformidade entre o resultado alcançado e o propósito da lei, que pretende a tributação daquele rendimento efetivamente obtido.

Na verdade, se tivessem sido celebrados os atos ou construções negociais de distribuição desses dividendos aos seus acionistas — enquanto remuneração do capital investido — o rendimento daí resultante seria sujeito a tributação, em conformidade com a alínea h) do n.º 2 do art. 5.º do CIRS.

Assim, os acionistas — que são simultaneamente da SGPS (Soc. A) e da sociedade participada (soc. B) — receberam rendimento sem sujeição a imposto, porquanto o mesmo foi qualificado como reembolso de uma dívida, consubstanciada no pagamento do preço determinado na construção negocial de aquisição da participada (soc. B), apesar de, atenta a sua substância, dever ser qualificado como dividendos.

Reforms in Tax Planning Hub Jurisdictions”, *Intertax*, 12, 2020, pp. 1105-1124; SVETISLAV V. KOSTIC “Plea for a Workforce Presence PE Concept in a Post-Covid Digitalized World”, *Intertax*, 10, 2021, pp. 758-770; ANA PAULA DOURADO, “Lições de Direito Fiscal Europeu ...” *cit.*, p. 51.; “Governança Fiscal Global”, Coimbra, 2018, p. 132. Sobre as possíveis alterações à Diretiva que poderiam contribuir para a sua aplicação mais simples cf. ALESSIO PERSIANI, “Case Law Note: Italian Supreme Court and the Parent-Subsidiary Directive: A Dark Tunnel with a Light at the End?” *Intertax*, 11, 2020, pp. 1053-1061.

Ao aquilatar a substância económica subjacente aos contratos celebrados de compra e venda de ações entre uma SGPS (soc. A) e cada um dos acionistas de uma outra sociedade (soc. B), a Administração Tributária depara-se, ainda, com a necessidade de aferir um outro elemento indispensável para preencher os pressupostos de aplicabilidade da cláusula geral antiabuso — (iv) o elemento teleológico — ínsito ao normativo de incidência.

Na verdade, a escolha da forma dada aos atos ou construções negociais foi motivada por razões fiscais, ou seja, só estas explicam a opção seguida pelas duas sociedades⁽¹⁷⁾.

Comprovando-se, assim, a existência de uma prática elisiva ou abusiva entre a sociedade (soc. B) totalmente subordinada à SGPS (soc. A), sem alteração da atividade daquela com a criação desta. O que suscita a necessidade de avaliar a respetiva reação jurídica, nos termos que se apresentarão na secção seguinte.

3. A reação jurídica à elisão ou abuso fiscal

3.1. A subsunção normativa

Avaliar a realidade económica subjacente aos atos ou construções negociais — no caso em apreço, contratos de compra e venda de ações — constitui, a nosso ver, a reação jurídica possível, traduzida em apurar se tal realidade é, ou não, suscetível de subsunção normativa. Ou seja, uma vez aferida e confirmada a existência de substância, importará verificar se a mesma é subsumível no Direito aplicável⁽¹⁸⁾.

Assim, para a subsunção à norma é determinante a análise crítica e conjugada da factualidade de cariz económico inerente à prática elisiva ou

⁽¹⁷⁾ Sendo determinante o papel da jurisprudência no controlo da aplicação da norma pela Administração Tributária, no respeito pelo princípio da legalidade fiscal e da desejável densificação do *controlo judicial da legalidade administrativa*. Neste sentido cf. ANA PAULA DOURADO, “O Princípio da Legalidade Fiscal, Tipicidade, conceitos jurídicos indeterminados e margem de livre e apreciação”, Coimbra, 2007, p. 83; no mesmo sentido de considerar a lei *o ponto de partida e de chegada da competência administrativa*, cf. MARIA AMÉLIA BARRADAS CARLOS e AA.VV., “O Poder de Execução Coerciva das Decisões Administrativas”, coord. de Diogo Freitas do Amaral, Coimbra, 2011, p. 123.

⁽¹⁸⁾ Para uma análise sobre indicadores de substância, cf. MARIA AMÉLIA BARRADAS CARLOS, “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”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, jan./jun. 2023, pp. 244-253.

abusiva, considerando os elementos típicos da cláusula geral antiabuso acabados de explicitar e que fundamentam, a nosso ver, a sua aplicabilidade.

Com efeito, aferir a elisão ou abuso fiscal exige, antes de mais, analisar objetivamente as características dos atos e construções negociais celebrados pela SGPS.

Por assumirem uma natureza compósita, com envolvimento de diversas partes, em que quer a finalidade geral do seu conjunto quer a finalidade específica de cada um deles têm relevância na averiguação da correspondente *não-genuinidade*, configuramos a subsunção normativa da realidade económica subjacente como sendo passível de abranger qualquer uma das etapas que compõem aqueles atos ou construções negociais.

Serve o que escrevemos para dizer que se torna indispensável começar por observar se subjacente a cada uma daquelas etapas existe, ou não, realidade económica e caso esta esteja presente avaliar a sua eventual subsunção normativa.

Importa sublinhar que a essência da celebração daqueles atos ou construções negociais centra-se na realidade económica que lhes é subjacente e que é sempre a mesma, ela não é juridicamente transmutável.

Cabendo à Administração Tributária asseverar a *não-genuinidade* daqueles contratos e aferir da eventual subsunção da realidade económica na norma de incidência — ou, sendo o caso, na base legal do benefício fiscal — por ser exatamente a realidade económica que constitui o ponto de partida para a subsunção normativa, e é esta que operacionaliza os efeitos jurídicos associados àquela norma.

Suscitando-se, no entanto, a questão de saber se para a prática ser declarada elisiva ou abusiva basta asseverar a *não-genuinidade* ou se, além disso, importa aferir também a teleologia normativa.

Dito de outro modo, se, como vimos, os atos ou construções negociais são *não-genuínos*, por não comportarem uma justificação económica-comercial, mas tão-somente fiscal, importará, ainda, ter em conta a teleologia legal, num quadro em que a realidade económica seja suscetível de subsunção normativa? Estamos em crer que sim. Por só então se dever afirmar que aqueles são elisivos ou abusivos. Vejamos porquê.

Admitindo um cenário em que os mesmos fossem considerados *genuínos*, mas sem possibilidade de subsunção normativa estar-se-ia, certamente, perante um caso insuscetível de tributação.

Se, ao invés, os atos ou construções negociais forem *genuínos* e em face da teleologia normativa se apresentarem como objeto de incidência, subsumível no *Tatbestand*, o rendimento de capitais a eles associado deverá ser sujeito a tributação.

Na verdade, sendo aqueles contratos *não-genuínos* e admitindo-se, por mera hipótese, que inexistisse a possibilidade de aferir a teleologia normativa por estarmos perante uma lacuna legal, o rendimento que lhes estivesse associado não seria tributado. Será, porventura, o que tenderá a suceder nos casos em que o *Tatbestand* seja concebido através de uma tipologia contratual com certa particularidade ou especificidade normativo-tributária⁽¹⁹⁾.

Por ser assim, asseverar-se-á, em conformidade com o elemento teleológico, que, nestes casos, a finalidade do Direito Fiscal é sujeitar a tributação uma dada situação de facto e não uma certa substância económica.

Bem sabemos que o ordenamento jurídico-tributário nacional atende aos efeitos económicos, mas por vezes, os conceitos jurídicos não são submetidos à observação económica, mas apenas jurídica. A sistemática tributária, onde aquela observação e interpretação se inserem, é norteadada por conceitualizações dogmáticas-jurídicas e não — talvez tantas vezes como seria desejável — económicas.

Seja como for, estamos em crer, que no caso do exemplo em análise, o que verdadeiramente importa é aferir da possibilidade da subsunção do referido rendimento de capitais no tipo legal-tributário, considerando para tal a teleologia ínsita ao *Tatbestand*.

Assim, a prática de atos ou construções negociais que sejam considerados como *não-genuínos*, desprovidos de racionalidade económica, mas que apesar disso não frustrem no caso concreto o normativo aplicável, não são, a nosso ver, suscetíveis de subsunção normativa.

Dito de outro modo, não são incompatíveis com a ordenamento jurídico-tributário e como tal os mesmos não devem ficar sujeitos a qualquer reação jurídica.

Do confronto da *não-genuinidade* com a *não frustração* da teleologia normativa dos atos ou construções resultará, estamos em crer, a ausência de reação jurídica, na medida em que os mesmos sejam inseríveis num cenário de lacunas legais⁽²⁰⁾.

Daqui decorre a necessidade de aferir a subsunção normativa da subjacente realidade económica — que no caso do exemplo dado se traduz na

(19) Neste sentido, cf. ANA PAULA DOURADO, “Aggressive Tax Planning in EU Law and in light of BEPS — The EC Recommendation on Aggressive Tax Planning and BEPS Actions 2 and 6”, *Inter-tax*, 1, 2015.

(20) Na medida em que existe um “potencial de diferenciação e de individualização [que] não é suscetível de ser acompanhado pelo legislador em termos praticáveis (...)”, como nos lembra JOSÉ CASALTA NABAIS, “O dever fundamental de pagar impostos: Contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo”, Coimbra, 2004, p. 377.

subsumibilidade da realidade económica ínsita aos contratos de compra e venda de ações celebrados entre uma SGPS (soc. A) e cada um dos acionistas da sociedade participada (soc. B) — reportada aos dispositivos normativo-tributários de incidência.

Revelando aquela subsunção a qualificação jurídica dos atos ou construções negociais em cada uma das etapas, de maneira a apurar a sua interdependência e conformidade.

Com efeito, consideramos ser indispensável começar pela aferição (objetiva) da substância económica dos atos ou construções no caso concreto — compra e venda de ações — e só perante a falta de uma justificação económica, atenta a sua *não-genuinidade*, é possível identificar os atos ou construções elisivos ou abusivos cuja realidade económica preencha os pressupostos do *tipo* fiscal.

Sendo certo que a teleologia normativa é inoperante sem aquela observação prévia. Como se demonstrou em *Cadbury Schweppes*⁽²¹⁾ o cariz elisivo ou abusivo com predominância das razões fiscais afetou a operação no seu todo. Isto é, constatou-se uma justificação preponderantemente fiscal, associada a outras motivações económico-comerciais legítimas, que foi determinante para a elisão ou abuso fiscal ser extensível a todos os atos ou construções negociais.

De resto, esta jurisprudência bem como a subsequente dimanadas do TJUE assume uma importância fundamental no contexto da elisão ou abuso fiscal, atribuindo-se ao Tribunal a construção — em curso — do princípio geral de proibição de abuso⁽²²⁾ que, sendo aplicável a várias matérias, tem contribuído para dotar a União Europeia de um quadro fiscal mais equitativo e sustentável, impulsionador de inovação contínua na tentativa de alinhamento do Direito com os instrumentos de estratégia fiscal das *holdings* interpostas, a par da ação coletiva de cooperação entre os Estados-Membros⁽²³⁾.

Com efeito, só quando os interesses económicos e as prioridades políticas destes verdadeiramente convergirem se formará o necessário estí-

⁽²¹⁾ Cf. § 75 do acórdão.

⁽²²⁾ Cf. Ac. TJUE, 26.02.2019, C-116/16, *T Danmark*, e C-117/16, *Y Denmark*, § 91, Lembrando, sumariamente, a matéria de facto: para a obtenção de uma vantagem fiscal o grupo societário interpôs uma *holding* entre a sociedade distribuidora de dividendos e a entidade que os passava a deter, preenchendo formalmente os requisitos legais exigidos, sem, todavia, concretizar o objetivo das disposições normativas e sem apresentar uma justificação económica-comercial. Sobre a noção de sociedade interposta enquanto formalmente proprietária do rendimento, mas que na prática apenas dispõe de poderes muito limitados, cf. § 91 do acórdão.

⁽²³⁾ Cf. AITOR NAVARRO e JOHANNA STARK, “The Fiscal Future of the European Union”, *Intertax*, 8/9, 2024, pp. 520- 521.

mulo ao pluralismo jurídico decorrente da coordenação internacional e europeia em matéria de combate à elisão ou abuso fiscal.

Em face do que antecede, e considerando que a tendência a perspetivar aquela estratégia fiscal se apresenta numa ótica interna, a relação lógico-causal entre rendimento e tributação não é, ainda, suficientemente ponderada à escala transfronteiriça. Se assim fosse, talvez os próprios sistemas fiscais nacionais se redesenhassem, no sentido de atingir uma maior harmonização fiscal em matéria de aferição da substância económica das *holdings*, nestas se incluindo as SGPS. Tem sido, no entanto, e como dissemos, decisivo o papel do TJUE ao recusar “a aplicação de normas vantajosas de Direito Europeu (...) com o preenchimento meramente formal de condições legais”⁽²⁴⁾, conforme se analisará na secção seguinte.

4. A jurisprudência do TJUE

O TJUE já se pronunciou não só sobre o *caráter puramente formal da estrutura do grupo de sociedades*⁽²⁵⁾ como também no que se refere à *substância económica das holdings*⁽²⁶⁾, ao considerar que uma sociedade interposta com a finalidade de obtenção de uma vantagem fiscal, sem justificação económica e comercial, é uma construção negocial impedida de beneficiar dessa vantagem, em face do princípio geral de proibição de abuso de Direito Europeu⁽²⁷⁾. Para aferir se a *holding* está, ou não, a beneficiar do Direito da União de forma abusiva à luz do referido princípio o Tribunal entende que deverão ser asseverados os indícios atendíveis⁽²⁸⁾.

Sabemos “não ser tarefa simples para o TJUE, já que nem todos os comportamentos [das *holdings*] tendentes à redução dos impostos devem estar sujeitos ao veredicto do abuso”⁽²⁹⁾, no entanto, o Tribunal considerou que

⁽²⁴⁾ Cf. ANA PAULA DOURADO, “Direito Fiscal ...”, *cit.*, p. 318.

⁽²⁵⁾ Ac. TJUE, 26.02.2019, C-116/16, *T Denmark*, e C-117/16, *Y Denmark*, §§ 72 e 98.

⁽²⁶⁾ Cf. OLE STEEN SCHMIDT e NICLAS HOLST SONNE, “Introduction of Withholding Tax on Dividends from Danish Conduit Companies”, *Tax Notes Today International and Tax Notes Today Global*, Vol. 71, n.º 3, 2013, pp. 270-271.

⁽²⁷⁾ Cf. PABLO A HERNÁNDEZ GONZÁLEZ-BARRELA, “Holding Companies and ...”, *cit.*, p. 410; Ac. TJUE, 26.02.2019, C-116/16, *T Denmark*, e C-117/16, *Y Denmark*, §§ 70 a 72, 75, 79, 80 e 98.

⁽²⁸⁾ Neste sentido, cf. JASPER KORVING, L. C. VAN HULTEN, Case law note: *Svig og ...*, *cit.*, p. 794 e, ainda, ANA PAULA DOURADO, “The US Base Erosion and Anti-Abuse ...” *cit.*, p. 267. Ac. TJUE, 26.02.2019, C-116/16, *T Denmark*, e C-117/16, *Y Denmark*, § 72.

⁽²⁹⁾ Cf. Conclusões da A.G. KOKOTT de 01.03.2018, C-115/16, § 4.

aqueles indícios existem quando as *holdings* pretendem obter abusivamente uma vantagem ao *criarem* os requisitos exigidos para a sua satisfação⁽³⁰⁾.

Sublinhe-se, no entanto, que o Tribunal não é suficientemente claro quanto à inserção destes indícios no conceito de abuso⁽³¹⁾, sobretudo se tivermos em conta que para o TJUE certa prática deve ser considerada elisiva ou abusiva — e por isso negada — se for desguarnecida de justificação económica-comercial, erigindo-se a demonstração de tal abuso à luz daqueles indícios⁽³²⁾.

Importa sublinhar que o TJUE entendeu que “o facto de estar reunido um certo número de indícios pode demonstrar a existência de um abuso de direito, desde que esses indícios sejam objetivos e concordantes e haja a possibilidade de fazer prova do contrário”⁽³³⁾.

No entanto, não declara expressamente os requisitos a satisfazer para demonstrar que a *holding* foi constituída por razões económicas-comerciais. Na verdade, como dissemos, o Tribunal apenas proclama que uma *holding* interposta numa estrutura meramente formal, mas cuja principal finalidade, ou uma das principais finalidades, seja a obtenção de certa vantagem fiscal que frustre o objeto ou propósito do direito aplicável, poderá ser encarada como uma prática abusiva, desde que desprovida de intento económico.

Além disso, atentas as características dos atos e construções negociais que se apresentaram no exemplo dado, por via das quais se observa a respetiva falta de *genuinidade*, cumpre aferir da aplicabilidade da nossa cláusula geral antiabuso tendo em atenção que a mesma transpõe o art. 6.º da ATAD e esta *interage* com o referido princípio geral de proibição de abuso, estabelecendo-se, a nosso ver, uma relação hierárquica entre este e aquela que decorre da própria ordem constitucional da União⁽³⁴⁾.

O que, curiosamente, suscita a questão de saber, atenta a jurisprudência do TJUE, por quanto tempo subsistirá uma certa evitação do Tribunal em fiscalizar a legalidade do art. 6.º da ATAD à luz do princípio geral de proibição de abuso, na medida em que, pelo menos por enquanto, aquele

⁽³⁰⁾ Ac. TJUE, 26.02.2019, C-116/16, *T Danmark*, e C-117/16, *Y Denmark*, § 97.

⁽³¹⁾ Cf. LUC DE BROE e SAM GOMMERS, “Danish Dynamite: The 26 February 2019 CJEU Judgments in the Danish Beneficial Ownership Cases”, 2019, 06, *EC Tax Review*, p. 270.

⁽³²⁾ *Ibidem*, § 98.

⁽³³⁾ Ac. TJUE, 26.02.2019, C-116/16, *T Danmark*, e C-117/16, *Y Denmark*, §§ 99 e 114.

⁽³⁴⁾ Sobre esta questão, cf. MARIA AMÉLIA BARRADAS CARLOS, “As *holdings* e os dividendos à saída ...”, *cit.*, pp. 578-585. Na verdade, seria surrealista reclamar as valorações materiais insitas à proibição da elisão ou abuso e, em seguida, não aplicar o princípio, no momento em que dogmaticamente tais valorações devem ser postas em prática através da aplicação do princípio.

ainda não se pronunciou sobre a hierarquia entre os dois, com as consequências que daí advêm e a que estão subordinadas as cláusulas gerais antiabuso nacionais⁽³⁵⁾.

A nosso ver, ainda que sem abordar o eventual conflito entre o princípio e a cláusula, o Tribunal tenderá a reforçar a fiscalização efetiva da legalidade daquele preceito legal, e, a ser assim, também a aplicabilidade da cláusula-geral antiabuso nacional tenderá a induzir um maior grau de harmonização por via de aplicação do princípio geral de proibição do abuso.

Pese embora, de um modo geral, todos estejamos de acordo que a elisão ou abuso fiscal é uma prática lícita que ao gerar uma vantagem fiscal não admitida pelo ordenamento tributário⁽³⁶⁾ impõe a aferição sobre a aplicabilidade da cláusula geral antiabuso, consideramos que a jurisprudência portuguesa não tem sido suficientemente apoiada pela doutrina e, nessa medida, vai trilhando o seu próprio caminho na clarificação dos critérios que demonstram aquela prática, com assinalável importância jurídica no contexto das SGPS.

Constata-se um certo individualismo dos autores portugueses, que os leva, salvo louváveis exceções, a não se mostrarem interessados em estudos aprofundados sobre a temática, dando ensejo a uma doutrina um pouco *desordenada* onde, em lugar de se progredir, se procura voltar a discutir fundamentos histórico-culturais, nalguns casos já assentes há muito tempo.

Seria, assim, profícuo que houvesse maior intervenção da comunidade científica, tanto mais relevante quanto se tenha presente o crescente surgimento de novas realidades económicas, que, no plano teleológico deveriam ser acolhidas pela norma de incidência do imposto, e que, cada vez mais, não são subsumíveis nas condições fáctico-jurídicas, contidas no *Tatbestand*.

Não podemos, em decorrência, deixar de concordar com ALICE PIRLOT, sobre a necessidade de abraçar um certo ativismo na área de estudos do Direito Fiscal, defendendo-se o debate já há muito iniciado por WOLFGANG SCHÖN⁽³⁷⁾ e continuado por SANTTU RAITASUO sobre o uso do trabalho académico como ferramenta da advocacia em Direito Fiscal — uma atitude que aquela designa de *escolativismo* tributário independente⁽³⁸⁾.

(35) RITA SZUDOCZKY, “The Sources of EU Law, and their Relationships: Lessons for the Field of Taxation”, *Doctoral series*, IBFD, 2014, pp. 97-107.

(36) Cf. GUSTAVO LOPES COURINHA, “A Cláusula Geral Anti-abuso no Direito Tributário: Contributos para a sua compreensão”, Coimbra, 2004, p. 15.

(37) Cf. WOLFGANG SCHÖN, com merecido destaque sobre o tema “The Concept of Abuse of Law in European Taxation: A Methodological and Constitutional Perspective”, *The Dynamics of Taxation — Essays in Honour of Judith Freedman*, Oxford, 2020.

(38) Cf. ALICE PIRLOT, “Scholactivism in Tax Law”, *Intertax*, Vol. 53, n.º 5, 2025, pp. 408-413.

5. Conclusão

Analisados os principais aspetos que envolvem a aplicabilidade da cláusula geral antiabuso no âmbito das SGPS, verificamos que o legislador português foi fiel, diríamos mesmo quase literal, ao transpor o art. 6.º da ATAD para a nossa cláusula geral antiabuso contida nos n.ºs 2-6 do art. 38.º da LGT. Pese embora já estivesse estabelecida, desde 1999, uma cláusula geral antiabuso, ainda que não tão completa e abrangendo as particularidades que a ATAD inovou ao permitir estabelecer relação com o princípio geral de proibição de abuso de Direito europeu, cuja construção contínua — do TJUE — vem melhorando o ordenamento jurídico-tributário português em matéria de combate à elisão ou abuso fiscal.

Ainda que esta seja uma prática lícita, a mesma é geradora de vantagens fiscais não admitidas pelo ordenamento tributário que impõe, no contexto de aferição da aplicabilidade da cláusula geral antiabuso, um certo ativismo na inovação dos instrumentos jurídicos de combate à elisão ou abuso fiscal, com maior intervenção da comunidade científica, sobretudo em face de novas realidades económicas, que, numa perspetiva de teleologia legal, deveriam ser abrangidas pela norma de incidência do imposto, e que, crescentemente, não são subsumíveis nas condições fáctico-jurídicas, contidas no *Tatbestand*.

Neste sentido, defende-se aquele ativismo na área de estudos do Direito Fiscal e a consequente discussão sobre o uso do trabalho académico como ferramenta da advocacia em Direito Fiscal — uma atitude que alguma doutrina designa de *escolativismo* tributário independente.