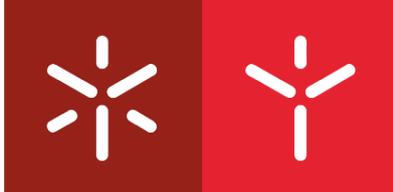




Universidade do Minho
Escola de Direito

Márcia Raquel Cavaleiro Sardinha

**O Impacto da Transferência da Sede das
Sociedades Comerciais no Direito
Internacional Societário e Fiscal**



Universidade do Minho

Escola de Direito

Márcia Raquel Cavaleiro Sardinha

**O Impacto da Transferência da Sede das
Sociedades Comerciais no Direito
Internacional Societário e Fiscal**

Dissertação de Mestrado
em Direito dos Contratos e das Empresas

Trabalho realizado sob a orientação da
Professora Doutora Maria Miguel Rocha Morais de Carvalho
e sob a orientação do
Professor Doutor João Sérgio Feio Antunes Ribeiro

DECLARAÇÃO

Nome: Márcia Raquel Cavaleiro Sardinha

Endereço electrónico: marcia_r_c_sardinha@hotmail.com

Número do Bilhete de Identidade: 14369143 0 ZY7

Título da dissertação de Mestrado: O Impacto da Transferência da Sede das Sociedades Comerciais no Direito Internacional Societário e Fiscal

Orientadores: Professora Doutora Maria Miguel Rocha Morais de Carvalho e Professor Doutor João Sérgio Feio Antunes Ribeiro

Ano de conclusão: 2018

Designação do Mestrado: Mestrado em Direito dos Contratos e das Empresas

É AUTORIZADA A REPRODUÇÃO PARCIAL DESTA TESE/TRABALHO, APENAS PARA EFEITOS DE INVESTIGAÇÃO, MEDIANTE DECLARAÇÃO ESCRITA DO INTERESSADO, QUE A TAL SE COMPROMETE.

Universidade do Minho, ___/___/_____

Assinatura: _____

“Agir, eis a inteligência verdadeira. Serei o que quiser. Mas tenho que querer o que for. O êxito está em ter êxito, e não em ter condições de êxito. Condições de palácio tem qualquer terra larga, mas onde estará o palácio se não o fizerem ali?”

Fernando Pessoa

AGRADECIMENTOS

O presente estudo não teria sido possível sem o apoio incondicional de determinadas pessoas, em especial a minha família, pois a ela devo tudo o que sou hoje. Aos meus pais e avós, o meu mais sincero agradecimento, por todo o carinho, amor e princípios que contribuíram para o desenvolvimento do meu carácter e personalidade. Obrigado pelo esforço, pela força, por me fazerem acreditar que com trabalho e dedicação conseguimos atingir os nossos objetivos.

Em segundo lugar, não poderia deixar de agradecer à Professora Doutora Maria Miguel Carvalho e ao Professor Doutor João Sérgio Ribeiro, meus orientadores, por toda a dedicação, disponibilidade, sugestões e todo o conhecimento científico e intelectual que me transmitiram ao longo desta longa caminhada. As vossas sugestões e conselhos foram, sem dúvida, um precioso pilar para que a presente investigação fosse o mais proveitosa possível.

Seguidamente gostaria de agradecer à Escola de Direito da Universidade do Minho, por todos os ensinamentos que me foram transmitidos.

À Sra. Aida Miguel, funcionária da biblioteca da Universidade Católica do Porto, um profundo reconhecimento pela sua disponibilidade e amabilidade no provimento de informações e bibliografia para a realização deste trabalho.

Não poderia de deixar de agradecer, também, ao homem com quem partilho todos os momentos da minha vida, por todo o seu amor, ternura e confiança que sempre demonstrou ter para comigo. Obrigado João Pedro Gonçalves, por todas as palavras, amizade e amor, foram essenciais para o término deste estudo.

Ao meu amigo e colega João Caseiro, por todo o auxílio respeitante à formatação do presente estudo. Sem dúvida que os seus conhecimentos informáticos, foram valiosos para que este momento fosse possível.

Agradeço, por fim, a todos os meus amigos, por todas as palavras de conforto e de coragem que me motivaram a continuar o caminho até aqui percorrido.

RESUMO

A transferência internacional da sede societária envolve uma série de implicações, quer ao nível do Direito Internacional Comercial, quer ao nível do Direito Internacional Fiscal. Desta forma, julgou-se pertinente a exploração desta realidade no sentido de contribuir para uma melhor clarificação do influxo transnacional das sociedades no seio fiscal e societário.

Assim, e atendendo às exigências da metodologia e investigação adotada, a presente dissertação dividir-se-á fundamentalmente em duas partes.

A primeira parte incidirá sobre os principais motivos jurídico-societários que instigam a mobilidade das sociedades. Concomitantemente discutir-se-á a enorme problemática que circunda esta matéria, nomeadamente a determinação do estatuto pessoal das sociedades aquando dessa transferência. Neste sentido, a presente dissertação procurará analisar quais os constrangimentos jurídicos impostos pelos Estados envolvidos. Posto isto, é de dar especial atenção à posição assumida pelo Tribunal de Justiça da União Europeia [TJUE], uma vez que a falta de harmonização ao nível da jurisdição interna dos diversos Estados-Membros poderá ter repercussões no Direito da União Europeia, particularmente quanto ao exercício do direito à liberdade de estabelecimento. Pelo que será essencial uma análise exaustiva das decisões do TJUE relativas a esta matéria para, por sua vez se retirar de cada uma, ilações que poderão contribuir para uma melhor reflexão atual do tema.

A segunda parte da presente dissertação debruçar-se-á sobre os efeitos fiscais que a transferência da sede das sociedades comerciais acarreta. A relevância da sua aplicabilidade reside essencialmente na forma como os rendimentos da sociedade transferida irão ser tributados e, se essa incidência tributária se traduz numa vantagem fiscal para a própria empresa e para os próprios Estados (de saída e de acolhimento). Chegados a este ponto, confrontar-nos-emos, uma vez mais, com as consequências que poderão surgir ao nível dos princípios fundamentais da União Europeia, bem como o conflito existente entre as legislações fiscais de cada Estado, a qual pode gerar situações de dupla tributação internacional. É precisamente neste prisma que se destaca a influência que a alteração da sede tem no Direito Internacional, circunstância que também analisaremos.

Contudo, não existem respostas claras e convictas no seio do estudo que aqui se apresentará, sendo a complexidade do mesmo uma verdadeira batalha, mas ao mesmo tempo uma verdadeira conquista pessoal!

ABSTRACT

The international transfer of the company cross-border involves a series of implications, either in terms of International Commercial Law or in terms of International Tax Law. Thus, it was considered relevant to explore this reality in order to contribute to a better clarification of the transnational influx of companies in the tax and corporate sectors.

Like this, and given the requirements of the methodology and research adopted, this dissertation will be divided fundamentally into two parts.

The first part will focus on the main legal and societal reasons that trigger the mobility of companies. At the same time, it will discuss the enormous problems surrounding this matter, namely the determination of the personal status of companies at the time of such transfer. In this sense, this dissertation will seek to analyze the legal constraints imposed by the States involved. In this sense, special attention should be given to the position taken by the Court of Justice of the European Union (ECJ), since the lack of harmonization in the internal jurisdiction of the individual Member States could have repercussions on European Union law, particularly as regards to the exercise of the right of freedom of establishment. So, it will therefore be essential to carry out an exhaustive analysis of the ECJ rulings on this matter, in order to draw conclusions from each one, which may contribute to a better reflection on the subject.

The second part of this dissertation will focus on the fiscal effects that the transfer of the headquarters of commercial companies entails. The relevance of its applicability lies essentially in the way in which the income of the transferred company will be taxed and whether this tax incidence translates into a tax advantage for the company itself and for the (exit and reception) States themselves. Arrived at this point, we will once again face the consequences that may arise in relation to the fundamental principles of the European Union, with double taxation, which is "overcrowded" here.

It is precisely in this point we can see the influence that the change of headquarters has in the international law, a fact that we will also analyze.

However, there are no clear and convincing answers within the study that will be presented here, the complexity of which is a real battle, but at the same time a real personal achievement!

ÍNDICE

AGRADECIMENTOS	v
RESUMO	vii
ABSTRACT	ix
ÍNDICE	xi
ABREVIATURAS	xv

INTRODUÇÃO	17
-------------------------	-----------

PARTE I - A TRANSFERÊNCIA DA SEDE DAS SOCIEDADES COMERCIAIS NO DIREITO COMERCIAL INTERNACIONAL

CAPÍTULO I - A MOBILIDADE SOCIETÁRIA NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO DAS SOCIEDADES **29** |

1. A determinação do estatuto pessoal das sociedades comerciais	29
1.1 Âmbito e aplicabilidade da lei pessoal societária	29
1.1.1 Teoria da Constituição/Incorporação.....	33
1.1.2 Teoria da Sede Real	35
2. Alteração da sede societária: principais obstáculos e restrições	43
3. Direito aplicável às sociedades comerciais portuguesas	48
4. Exercício da atividade por sociedades de estatuto pessoal estrangeiro.....	53
5. Distinção da fusão internacional das sociedades	59
6. A mobilidade das sociedades comerciais coligadas	65

CAPÍTULO II – A TRANSFERÊNCIA DA SEDE SOCIETÁRIA NO DIREITO EUROPEU DAS SOCIEDADES **71** |

1. O influxo do TJUE sobre o estatuto pessoal das sociedades comerciais	71
1.1 A Liberdade de Estabelecimento no Direito Europeu das Sociedades e suas implicações	71
1.2 Jurisprudência do TJUE	75

1.2.1 Acórdão <i>Daily Mail</i>	75
1.2.2 Acórdão <i>Centros</i>	76
1.2.3 Acórdão <i>Überseering</i>	78
1.2.4 Acórdão <i>Inspire Art</i>	80
1.2.5 Acórdão <i>Cartesio</i>	81
1.2.6 Acórdão <i>Vale</i>	83
1.2.7 Acórdão <i>Polbud</i>	85
1.3 Breves considerações	87
1.4 A influência da jurisprudência do TJUE na determinação da <i>lex societatis</i> portuguesa	88
2. A evolução do Direito Europeu das Sociedades face ao impulso do desenvolvimento transnacional societário	93
3. Contributo para uma possível harmonização da legislação dos diferentes Estados- membros: da Proposta de 14ª Diretiva.....	97

PARTE II - A TRANSFERÊNCIA DA SEDE DAS SOCIEDADES COMERCIAIS NO DIREITO INTERNACIONAL FISCAL

CAPÍTULO I – TRANSFERÊNCIA DA SEDE DAS SOCIEDADES VS. TRANSFERÊNCIA DA RESIDÊNCIA FISCAL

1. Razão de ordem	101
2. Sede societária vs. sede fiscal.....	104
3. A residência fiscal das sociedades: fator de conexão tributário.....	106
3.1 No Direito Fiscal Comparado (com relevo para a Jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia)	106
3.2 No Direito Internacional Fiscal	111
3.2.1 Possíveis soluções para aferir do conceito de direção efetiva.....	118
3.2.1.1 Soluções apontadas pela doutrina.....	120
3.2.1.2 Soluções apresentadas pela OCDE	121
3.3 No Direito Fiscal da União Europeia.....	123
3.4 No ordenamento jurídico português.....	127

4. Residência real e efetiva – “ <i>place of effective management</i> ”	129
4.1 Teste do “ <i>central management and control</i> ”: limiar britânico.....	129
4.2 Ao nível da União Europeia	132
5. Conclusões	133

CAPÍTULO II – CONSEQUÊNCIAS FISCAIS DA ALTERAÇÃO DA RESIDÊNCIA FISCAL DAS SOCIEDADES COMERCIAIS: IMPOSTOS DE SAÍDA..... 137

1. Enquadramento	137
2. Conceito e caracterização dos impostos de saída	138
3. Tipos de Impostos de Saída	139
3.1 Impostos de Saída em sentido estrito (imediatos)	139
3.2 Impostos de saída que estendem o âmbito de incidência tributária (<i>Trailing Taxes</i>)	139
3.3 Impostos de saída de Devolução de Deduções	140
4. Impostos de saída: origem e fundamentos.....	141
4.1 Origem	141
4.2 Fundamentos	143
5. Da aplicabilidade dos Impostos de saída.....	147
5.1 Em Portugal	147
5.2 Em Espanha.....	150
5.3 Na Holanda	151
6. Da (in) compatibilidade dos impostos de saída com o Direito da União Europeia.....	154
6.1 Introdução	154
6.2 Diretiva 2009/133/CE de 19 de outubro de 2009	158
6.3 Da coordenação das políticas fiscais dos Estados-Membros no âmbito da tributação, à saída– COM (2006) 825 final, de 19 de Dezembro de 2006	160
6.4 Jurisprudência do TJUE	164
7. Da (in) compatibilidade dos impostos de saída com o Direito Internacional	171
7.1 Nota prévia.....	171
7.2 O papel da OCDE no combate à dupla tributação internacional	173
7.2.1 Artigos 13º e 21º da CMOCDE	175

7.2.2 Outros argumentos	178
7.3 Possíveis soluções para evitar a dupla tributação	179
8. Reflexão sobre o estudo em causa	180
CONCLUSÕES	185
BIBLIOGRAFIA.....	191

ABREVIATURAS

Ac.	Acórdão
al.	alínea
art./arts.	artigo/artigos
Cap.	Capítulo
CC	Código Civil
CDT	Convenções para Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal Em Matéria de Impostos Sobre o Rendimento
Cfr.	Conferir
CE	Comunidade Europeia
CIRC	Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas
CIRE	Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas
<i>cit.</i>	Citação/ <i>citatum</i>
CRC	Código do Registo Comercial
CSC	Código das Sociedades Comerciais
DIP	Direito Internacional Privado
GAT	Grupo de Aconselhamento Técnico da Organização para a Cooperação e Desenvolvimentos Económicos
IRC	Imposto sobre o rendimento de pessoas coletivas
JOUE	Jornal Oficial da União Europeia
LGT	Lei Geral Tributária
MP	Ministério Público
nº	número
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico
OIT	Organização Internacional do Trabalho
p./pp.	página/páginas

proc.	processo
ROA	Revista da Ordem dos Advogados
RSE	Regulamento da sociedade anónima europeia
SCE	Sociedade cooperativa europeia
SE	Sociedade europeia (<i>societas europaea</i>)
ss.	seguintes
TFUE	Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
UE	União Europeia
v.	Ver

INTRODUÇÃO¹

“A divisão da humanidade em Estados independentes com leis próprias e as causas que determinaram e progressivamente multiplicaram as relações internacionais, produziram naturalmente o aparecimento de regras de direito disciplinadoras dessas relações, quer a vida internacional fosse provocada pelos interesses gerais dos povos, quer a fosse pelos interesses particulares dos indivíduos que os constituem.”²

A acentuada globalização da economia nos anos 80, a necessidade de ampliação do comércio mundial, bem como a crescente competitividade no mercado de bens e serviços são fatores³ que, evidentemente instigam a mobilidade internacional das sociedades. Cada vez mais

¹ Antes de se tecer qualquer consideração, importa ter presente o seguinte:

- O presente trabalho será redigido pelo novo acordo ortográfico;
- Todos os textos provenientes de instituições da UE (jurisprudência da UE, Comunicações da Comunidade Europeia), de normativos legais da UE (Diretivas e Regulamentos) e nacionais serão transcritos pela sua versão original, não se procedendo a qualquer alteração no caso de os mesmos não estarem redigidos com o acordo ortográfico em vigor;
- As obras de autores serão também transcritas na forma pela qual foram originalmente redigidas, por respeito à posição dos mesmos;
- Quanto ao modo de citar:
 - a) será referido o nome do autor (em maiúsculas pequenas), o título da obra (em itálico), a edição (caso exista), o volume (caso exista), a editora, o ano e a página correspondente à referida citação, no que diz respeito às obras citadas pela primeira vez;
 - b) no caso da citação respeitar a uma obra/revista com vários artigos redigidos por vários autores, será referido o nome do autor (em maiúsculas pequenas), o título do artigo entre aspas, o nome da obra (em itálico), a edição (caso exista), o volume/número (caso exista), a editora, o ano, o mês (caso exista), e a página correspondente à citação que se pretende;
 - c) quando se pretenda citar uma obra já anteriormente citada, será referido o nome do autor (em maiúsculas pequenas), o início do título da mesma (em itálico), seguido da expressão “cit.” (em itálico) e o número da página correspondente à referida citação;
 - d) quando se pretenda citar uma revista ou obra com vários artigos de vários autores já anteriormente citada, será referido o nome do autor (em maiúsculas pequenas), o início do título do artigo entre aspas, seguido da expressão “cit.”, (em itálico) e o número da página correspondente à citação;
 - e) quanto à citação da jurisprudência, será referido o nome do acórdão (em itálico), o número do processo, a sua data e o parágrafo correspondente à referida citação;
 - f) no caso de se pretender citar jurisprudência anteriormente citada, será referido o nome do acórdão (em itálico), seguida da expressão “cit.” e o parágrafo correspondente à referida citação.

² ÁLVARO DA COSTA MACHADO VILLELA, *Tratado Elementar (Teórico e Prático) de Direito Internacional Privado: Livro I - Princípios Gerais*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 1921, p. 3.

³ No entendimento de ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito das Sociedades I – Das Sociedades em Geral*, 2ª edição, Coimbra, Almedina, 2007, p.185, a liberdade de circulação de pessoas e a sua livre associação foram os elementos fundamentais para a

se assiste a uma necessidade gigante em concretizar a ideologia de um mercado livre, isto é, um mercado sem fronteiras internas, caracterizado pela livre circulação de mercadorias, serviços, bens, pessoas e capitais e, é com base neste pensamento e convicção humana que se tem vindo a verificar o desenvolvimento transnacional das sociedades comerciais.

Ainda que se pense que a origem da deslocalização das sociedades se deve normalmente a motivos fiscais, existem outros fatores que incentivam essa deslocalização. No entendimento de ANTÓNIO MARTINS⁴, tal pode ocorrer por melhores oportunidades de acesso ao mercado, tendo em consideração uma base de produção/prestação de serviços local, assim como mediante a internacionalização de processos de produção; da qualidade das infraestruturas livres; da existência de subsídios financeiros ao investimento; da disponibilidade de matérias-primas, bem como da quantidade, preço e qualidade da mão-de-obra.

Contudo ainda existem mais. A título meramente exemplificativo, podemos enumerar alguns, de entre muitos, dos motivos pelos quais uma sociedade comercial decide transferir a sua sede para outro Estado distinto do Estado onde se constituiu, tais como: o montante mínimo legalmente exigido pelos Estados para o capital social da sociedade⁵ (ainda que tal não seja

internacionalização das sociedades, as multinacionais são as entidades caracterizadoras do Direito Internacional Comercial, sendo que estas podem abarcar: os grupos de sociedades, dispersas por vários Estados; sociedades fixas apenas num Estado mas com atividade noutros Estados; sociedades com sede em paraísos fiscais ou *off shore*; sociedades de um Estado, ainda que com capitais no estrangeiro, v. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades I - Parte Geral*, 3ª edição ampliada e atualizada, Coimbra, Almedina, 2011, p. 205 e 206.

⁴ ANTÓNIO MARTINS, «A internacionalização das empresas e a tributação dos lucros: Uma análise preliminar para o caso português», *in Homenagem a José Guilherme Xavier de Basto*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p. 73.

⁵ De facto existe um valor mínimo de € 25.000,00 para as sociedades anónimas na redação dada pela 2ª Diretiva (Diretiva 2012/30/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2012), a qual visa coordenar as garantias que, para proteção dos interesses dos sócios e de terceiros, são exigidas nos Estados-Membros das sociedades *supra* referidas, conforme consta do segundo parágrafo do artigo 54º do TFUE. Porém, os Estados continuam a diferenciar o valor mínimo exigido para o capital social, ajustando-o de acordo com o seu sistema económico e financeiro, bem como para incentivar a concorrência entre Estados. Assim, o capital social mínimo exigido para a constituição de sociedades anónimas em Portugal é de € 50.000,00 (artigo 276º, n.º5 CSC). Já no Luxemburgo, o capital social mínimo é de € 30.986,69. A mesma exigência já não se verifica para as sociedades por quotas, o que significa que para a constituição de qualquer sociedade por quotas não é exigível o valor fixado na 2ª Diretiva. Em Portugal, a partir de Janeiro de 2011, com a entrada em vigor do DL n.º 33/2011, de 17 de Março, o capital social mínimo continuou a ser obrigatório, mas o valor mínimo do mesmo é variável, correspondendo ao produto de 1€ pelo número de participações sociais, conforme consta da interpretação conjunta dos artigos 25º, n.º1; 199º, alínea b); 201º; 219º, n.º3, todos do CSC. Contudo, esta alteração apenas é aplicável a sociedades por quotas que não sejam reguladas por leis especiais e que não dependam de autorização especial. Neste sentido, v. MARIA MIGUEL CARVALHO, «O Novo Regime Jurídico do Capital Social das Sociedades por Quotas», *in Capital Social Livre e Ações sem Valor Nominal*, (Coords. Paulo de Tarso Domingues, Maria Miguel Carvalho), Coimbra, Almedina, 2011, pp. 12 e 13. Já na Alemanha para a constituição de uma GmbH (nossa sociedade por quotas) exige-se no mínimo o valor de € 25.000,00, muito embora tenha sido introduzida a possibilidade de constituição de um subtipo de GmbH: a “mini-GmbH” ou “GmbH-light” (a *Unternehmergeinschaft UG, Haftungsbeschränkt* com 1€ de capital, com a entrada em vigor da *MoMiG - Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen*, Vom 23. Oktober 2008, a qual tem como consequência do aumento dos lucros da sociedade, o aumento do capital social até, pelo menos, o mínimo exigível para uma GmbH. Neste seguimento, v. MARIA MIGUEL CARVALHO, «Quem não está bem que se mude? – A

propriamente causa da transferência da sede de uma sociedade, mas da sua constituição nouro Estado-Membro), o qual poderá ser de valor inferior no Estado para o qual a sociedade pretende transferir a sua sede; a procura de um regime de responsabilidade dos administradores e da insolvência mais vantajoso⁶; a legislação interna do Estado de acolhimento⁷, ao nível do registo e da constituição de sucursais e filiais da sociedade; por melhores condições de comercialização; pela prática de custos de produção mais baixos; pela oferta de vantagens fiscais por parte de um Estado e a mitigação de impostos⁸ ou simplesmente pelo facto de num outro Estado existir uma maior procura de determinado produto comercializado pela sociedade. A transferência da sede societária pode, ainda, operar por razões de reorganização societária (fusão, cisão ou entradas de ativos) e por questões de reestruturação empresarial com vista a expandir a sua atividade a nível mundial⁹.

Nas palavras de LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *“Com a progressiva internacionalização da economia e transnaconalização das empresas, cada vez mais sociedades apresentam, desde o início laços importantes com diferentes Estados, mobilizam capitais provenientes de diversos países e deslocam os centros de actividade e (ou) direcção para fora do Estado de*

transferência da sede das sociedades comerciais na União Europeia» in *A Transferência da Sede Societária no Espaço da União Europeia*, (Coords. Paulo de Tarso Domingues/Maria Miguel Carvalho), Coimbra, Almedina, 2016, p. 22 e MARIA MIGUEL CARVALHO, «O Novo...», *cit.*, pp. 20 e 21. Em grande parte dos Estados pertencentes aos EUA e no Reino Unido não existe um valor mínimo de capital social neste tipo de sociedades, o que de facto nos parece ser a solução mais sensata, na medida em que a exigência de um montante mínimo não garante a proteção dos credores da sociedade nas sociedades subcapitalizadas por ser de valor insuficiente, assim como põe em causa a liberdade contratual, uma vez que não atende à dimensão da empresa, o que poderá estimular o surgimento de empresas de prestação de serviços ao invés de empresas de capitais, cfr. *idem*, pp. 15 e 16. Mais, no seio do Direito comparado, há cada vez mais a tendência de eliminar a exigência do capital social mínimo, criando, para tal, novos subtipos societários com exigências inferiores quanto ao capital social, *idem*, p. 17. Assim, é de concluir que a matéria relativa ao capital social mínimo exigido para as sociedades por quotas está completamente degradada, imprecisa, pouco rigorosa, sendo *“...nefasta para os credores sociais, nefasta para os próprios sócios das sociedades e, em última instância, para os empreendedores que queiram constituir uma pequena ou média empresa...”*, *idem*, p. 35. Doutrinalmente, tem-se entendido que a solução mais viável para resolver esta situação seria a criação de um subtipo de sociedade por quotas, tal como foi adotado na Alemanha em 2008, *vide ibidem*.

⁶ Neste sentido, JOÃO SÉRGIO RIBEIRO, «Implicações Fiscais da Transferência da Sede Societária: O Impostos de Saída», in *A Transferência da Sede Societária no Espaço da União Europeia*, (Coords. Paulo de Tarso Domingues/Maria Miguel Carvalho), Coimbra, Almedina, 2016, p. 93. Pense-se, por exemplo, numa determinada sociedade que beneficie de um regime de responsabilidade dos administradores e da insolvência mais vantajoso, conferindo a essa mesma sociedade (numa ação de insolvência) a desoneração imediata dos sócios aquando a declaração de insolvência.

⁷ Ao longo do presente estudo, utilizaremos a expressão “Estado de destino”, “Estado de acolhimento” ou “Estado de imigração” para definir o Estado para o qual a sociedade pretende transferir a sua sede. Por outro lado, adotaremos também, as denominações “Estado de emigração”, “Estado de saída” ou “Estado de Origem” quando nos referirmos ao local onde a sociedade residiu até ao momento da emigração. No nosso entendimento, a utilização destes termos facilita a dinâmica do discurso aqui adotado, bem como a compreensão e exposição do tema.

⁸ MARIA MIGUEL CARVALHO, «Quem não está...», *cit.*, p. 7.

⁹ HELENO TÓRRES, *Direito Tributário Internacional. Planeamento Tributário e Operações Transnacionais*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais LTDA., 2001, p. 386.

*Constituição.*¹⁰, com o acompanhamento do reconhecimento autónomo das sociedades estrangeiras.

Mais, esta incessante necessidade em expandir o comércio através da transnacionalização das sociedades comerciais fomenta também o desenvolvimento de diversos sistemas jurídicos internos e, ainda de certas áreas jurídicas, como por exemplo o Direito Internacional Comercial e o Direito da União Europeia. E isto porquê? Porque com a mobilidade internacional das sociedades comerciais, os Estados irão ter de se adaptar e desenvolver novas políticas de governação, as normas internas de cada Estado irão sofrer adaptações no sentido de uma possível unificação e harmonização do Direito interno e internacional. Desta forma, assistir-se-á a um maior vínculo e comunicação entre os diversos Estados, tendo como principal objetivo o bem comum.

Ainda assim, a transferência da sede das sociedades comerciais é uma matéria que vai muito mais além do que é estritamente jurídico, podendo ter repercussões ao nível de diversos setores como o laboral e social. De facto, não podemos olvidar os diversos problemas que se salientam no plano social, advenientes da inobservância – em certos Estados – de normas de Direito do Trabalho, como por exemplo a proibição do trabalho infantil¹¹.

¹⁰ LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *O Direito aplicável às Sociedades. Contributo para o Direito Internacional Privado das Sociedades*, in *ROA*, vol. II, ano 58, Julho de 1998, p. 675.

¹¹ A OIT, numa tentativa falhada, elaborou a Convenção n.º 138 sobre a Idade Mínima para o Trabalho e a Convenção n.º 182 sobre a Erradicação das Piores Formas de Trabalho Infantil como forma de os Estados reconhecerem o trabalho infantil como um verdadeiro problema social. No entanto, existem países como o Brasil e Moçambique que, embora tenham ratificado tais convenções continuam a não cumprir os ditames impostos por estas. Apesar de no Brasil terem sido implementadas várias Constituições relativas ao trabalho infantil, nenhuma foi suficiente para abolir a exploração das crianças. Na Constituição de 1824 e de 1891 nem sequer se dá relevo à criança, muito menos ao trabalho infantil. Só mais tarde, com a Constituição de 1934 se deu expressão aos direitos da criança à proteção da juventude. In http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10049 Acresce ainda que no Estado Brasileiro, embora tenha sido reconhecida a Convenção n.º 138, a idade mínima para o ingresso no mercado de trabalho é de 16 anos conforme consta da legislação interna e, já não de 15 anos como institui a Convenção. In <http://fundacaotelefonica.org.br/promenino/trabalho infantil/colunistas/trabalho-infantil-conceito-e-desafios/>

O Estado Moçambicano adotou a Lei n.º 23/2007, de 20 de Julho (Lei do Trabalho) com o intuito de proteger os direitos das crianças à exposição de árduos trabalhos, bem como com o objetivo de proibir o trabalho infantil. No entanto, “*Em Moçambique, 22% de crianças com idade compreendida entre os 5 e 14 anos estão envolvidas em trabalho infantil, segundo dados do Inquérito de Indicadores Múltiplos (MICS) de 2008, divulgados pelo Instituto Nacional de Estatística (INE).*” In http://www.rosoc.org.mz/index.php/component/docman/doc_view/285-policy-brief-trabalho-infantil2015 Acredita-se que a pobreza das famílias é um dos grande motivos do trabalho infantil. Segundo um estudo desenvolvido pelo Ministério do Trabalho, Emprego e Segurança Social de Moçambique, “*...44% das crianças se envolvem no trabalho infantil por dinheiro, 32% por querer ajudar as famílias e 11% por falta de ocupação.*” In <http://www.tsf.pt/internacional/interior/mocambique-trabalho-infantil-atinge-mais-de-um-milhao-de-criancas-5251803.html>

Em 2015, foi elaborado um Relatório Mundial sobre o Trabalho Infantil da OIT com o objetivo de demonstrar que os jovens que começam a trabalhar desde a sua infância em trabalhos sobrecarregados têm a tendência a não progredir no futuro, contentando-se com baixos salários e empregos não remunerados.

Por outro lado, a transferência internacional da sede das sociedades comerciais tem bastante impacto ao nível da comunidade uma vez que a mobilização de capitais, produtos e centros de atividade é um verdadeiro impulso para o desenvolvimento da mentalidade humana, bem como da sua sabedoria. O crescente contacto entre os sistemas económicos e jurídicos dos diversos Estados faz com que as próprias crenças e políticas internas de cada um destes se desenvolvam no sentido de se atingir uma maior cooperação e um maior espírito crítico. Pelo que a nosso ver, a deslocalização internacional da sede das sociedades comerciais pode desencadear aspectos positivos e negativos.

Com efeito, tal fenómeno tem gerado uma grande polémica quer ao nível do Direito Internacional Privado, quer ao nível do Direito Interno.

Em primeiro lugar, o principal problema que é levantado em torno desta matéria reside precisamente na falta de harmonização relativamente à legislação dos diferentes Estados aquando dessa transferência, o que, conseqüentemente se traduz num conflito de normas de ordem jurídica interna. Em boa verdade, existe uma grande divergência entre os diversos Estados quanto à determinação da *lex societatis*. Pelo que se pode concluir que é essencial o recurso a regras disciplinadoras das relações internas, o que pressupõe de forma clara e evidente o auxílio do Direito Internacional Privado¹². Por norma¹³, o DIP é a disciplina jurídica utilizada quando existe um conflito de normas internas relativamente a uma matéria jurídica específica, “...cuja função prática consiste em determinar o direito aplicável as diferentes relações jurídicas...”¹⁴. Neste sentido, destaca-se a Convenção de Haia, elaborada na VII Sessão da Conferência de Haia, em 1951 sobre o “reconhecimento da personalidade jurídica das sociedades, associações e fundações estrangeiras”, a qual foi implementada com o principal objetivo de determinar por qual das duas grandes teorias, que se destacam neste âmbito, se deveria dar preferência para resolver tal problema: se pela teoria da constituição ou pela teoria

¹² As convenções internacionais, a produção legislativa supranacional adotada pelos diferentes Estados e a introdução de regras uniformes são exemplos de possíveis soluções que fazem parte do DIP. V. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito Comercial*, 3ª edição Revista, Atualizada e Aumentada, Coimbra, Almedina, 2012, p. 178.

¹³ Contudo, não significa que o DIP tenha como função exclusiva a de determinar qual a lei aplicável numa situação de conflito de normas internas relativamente a relações jurídico-privadas internacionais. O DIP ocupa-se também de questões relativas à eficácia e aos efeitos das decisões proferidas, quer dos tribunais judiciais, quer dos tribunais arbitrais e mesmo do Tribunal de Justiça. Neste sentido, v. PILAR BLANCO-MORALES LIMONES, «Direito Internacional: Privado. Portugal», in *Jurismat: Revista Jurídica*, Portimão, nº especial, 2014, p. 34; ÁLVARO DA COSTA MACHADO VILLELA, *Tratado Elementar...*, cit., pp. 13 e seguintes. Segundo GEERT VAN CALSTER, *European Private International Law*, Second Edition, Hart Publishing, USA, 2016, p. 1., o DIP pode ter três funções distintas: determinar o tribunal competente para regular um caso específico, determinar a lei aplicável naquela situação em concreto e ainda pode reconhecer e executar decisões estrangeiras.

¹⁴ ÁLVARO DA COSTA MACHADO VILLELA, *Tratado Elementar...*, cit., p. 42.

da sede real. Razão pela qual se entende imperativo o estudo das mesmas na presente dissertação.

Seguidamente faremos alusão ao regime aplicável em Portugal, bem como às implicações que ocorrem no domínio dos grupos de sociedades e nas chamadas “sociedades estrangeiras”, advenientes dessa falta de harmonização legislativa.

Em segundo lugar e, não menos importante, importa salientar o impacto que essa transferência tem no Direito Interno de cada Estado. Os Estados sempre se mostraram relutantes à saída das empresas do seu território, bem como ao reconhecimento de sociedades constituídas segundo a legislação de outros Estados¹⁵. Em boa verdade, a sustentabilidade económica de cada Estado depende efetivamente do desenvolvimento e eficácia do seu setor empresarial e, em consequência disso, cada Estado tenta adotar mecanismos que restrinjam a mobilidade das sociedades que aí exercem a sua atividade. Mecanismos esses que se podem traduzir na concessão de benefícios fiscais e na criação de melhores condições físicas necessárias ao bom funcionamento da atividade das mesmas. Mas os Estados não se ficam por aqui. De forma a assegurar o seu sistema financeiro, os mesmos tendem a impor certos obstáculos a essa transferência, mediante a criação de normas jurídicas internas que visam limitar ou proibir a livre transferência da sede¹⁶.

No seio do Direito da União Europeia, a transferência da sede das sociedades comerciais deve ser conjugada com um dos seus princípios basilares, nomeadamente o direito à liberdade de estabelecimento consagrado no artigo 49º do TFUE. Neste sentido, importa analisar a posição assumida pelo TJUE sobre a conformidade entre o direito interno aplicável pelos Estados-Membros aquando dessa transferência e a liberdade de estabelecimento, o que faremos mais à frente (v. *infra* Capítulo II).

Também o Direito Derivado Europeu tem dado o seu contributo através da criação de Regulamentos e Diretivas, como por exemplo a Diretiva 73/148/CEE do Conselho, de 21 de maio de 1973, relativa à supressão das restrições à deslocação e à permanência dos nacionais dos Estados-Membros na Comunidade, em matéria de estabelecimento e de prestação de serviços; o Regulamento (CE) nº 2157/2001 de 8 de outubro de 2001, respeitante ao estatuto da sociedade anónima europeia; a Diretiva (UE) 2017/1132 do Parlamento Europeu e do

¹⁵ CÉSAR MANUEL FERREIRA PIRES, «A Transferência (inter)nacional da Sede da Sociedade Anónima Europeia», in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 4, febrero 2016, p. 168.

¹⁶ *Idem*, p. 169.

Conselho de 14 de junho de 2017 relativa a determinados aspetos do direito das sociedades (codificação), a qual revogou as seguintes Diretivas: Diretiva 2005/56/CE de 26 de outubro de 2005, relativa às fusões transfronteiriças das sociedades de responsabilidade limitada, a Diretiva 78/855/CEE codificada pela Diretiva 2011/35/UE de 5 de Abril de 2011 relativa à fusão das sociedades anónimas e ainda a Diretiva 2012/30/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 25 de outubro de 2012 já referida, tendente a coordenar as garantias que, para proteção dos interesses dos sócios e de terceiros, são exigidas nos Estados-Membros às sociedades, na aceção do segundo parágrafo do artigo 54º do TFUE, a fim de tornar equivalentes essas garantias em toda a Comunidade. Ainda que nenhum destes diplomas legislativos incida precisamente sobre esta matéria, a verdade é que, em muitas situações de conflito, os mesmos têm sido utilizados com vista à obtenção de uma resposta, face à desarmonização dos diversos Estados-Membros quanto à determinação da lei pessoal societária aplicável no caso da transferência internacional da sede das sociedades.

Não obstante o exposto, cumpre dizer que houve, de facto, por parte da Comissão Europeia, uma tentativa de criar uma Diretiva específica relativa à transferência da sede das sociedades comerciais em inícios de 1993. Contudo, tal não foi conseguido por razões que serão demonstradas ao longo do presente estudo, (v. Capítulo II relativo à Parte I).

A segunda parte da presente dissertação dirá respeito à influência que a transferência da sede das sociedades comerciais tem no Direito Internacional Fiscal.

É evidente que o fenómeno da transferência da sede de uma sociedade de um Estado para outro, origina a produção de certos efeitos ao nível fiscal, nomeadamente, na forma como os rendimentos da mesma irão ser tributados aquando dessa transferência. Porém, é de salientar que tais efeitos dependem inteiramente da questão da manutenção ou não da personalidade jurídica da sociedade transferida, uma vez que tanto num caso como noutro, os efeitos fiscais são variáveis. Daí a importância da relação da mobilidade societária no âmbito comercial e fiscal.

A principal questão que se coloca é a de saber se a transferência da sede societária pode ser equiparada à transferência da sede fiscal. A resposta é claramente negativa, uma vez que não faria qualquer sentido equipará-las, precisamente pelo facto de que as consequências fiscais que advêm dessa transferência só se verificam com a mudança da residência fiscal da sociedade comercial. Neste sentido, importa salientar o conceito de residência, quer no seio do Direito Internacional Fiscal, como no Direito Fiscal da União Europeia, quer no Direito

Comparado, de forma a dar uma melhor resposta à questão *supra* referida. A residência é o elemento de conexão que permite determinar a incidência espacial do imposto¹⁷.

Segundo o artigo 4º, nº 1 da Convenção-Modelo da OCDE¹⁸, «a expressão "residente de um Estado contratante" significa qualquer pessoa que, por virtude da legislação desse Estado, está aí sujeita a imposto devido ao seu domicílio, à sua residência, ao local de direcção ou a qualquer outro critério de natureza similar, aplica-se igualmente a esse Estado e às suas subdivisões políticas ou autarquias locais. Todavia, esta expressão não inclui qualquer pessoa que está sujeita a imposto nesse Estado apenas relativamente ao rendimento de fontes localizadas nesse Estado ou ao património aí situado.»¹⁹. Contudo, não podemos descurar o sentido da redação dada pelo nº3 do artigo 4º, relativa a pessoas não singulares que residam em dois Estados, “Quando, em virtude do disposto no n.º 1, uma pessoa, que não seja uma pessoa singular, for residente de ambos os Estados contratantes, será considerada residente apenas do Estado em que estiver situada a sua direcção efectiva.”. Perante o exposto, é de salientar a posição assumida pela convenção estabelecida em matéria de imposto sobre o rendimento e património, relativamente a situações em que determinada pessoa seja residente em dois Estados. Nestes casos, esta reside efetivamente no Estado onde se situe a sua direcção efectiva. Ora, de acordo com este preceito, importa realçar qual o sentido, nos diferentes ordenamentos jurídicos, da expressão “*place of effective management*”²⁰, quer ao nível da doutrina, quer ao nível da jurisprudência²¹ e ainda no Direito Europeu das Sociedades, o qual nos propomos a realizar.

A transferência da sede societária faz com que haja um défice na receita fiscal do Estado de emigração, ou Estado de Saída, dado que os rendimentos da sociedade deixarão de ser tributados por este. Neste sentido, há que salientar os chamados “*exit taxes*”, mais precisamente os impostos de saída. De uma forma geral, em grande parte dos sistemas jurídicos, a regra de tributação dos residentes assenta na tributação de base universal ou do

¹⁷ Os elementos de conexão são elementos importados pelo Direito Internacional Privado, que estabelecem a ligação entre um determinado ordenamento jurídico e a situação da vida real que irá ser objeto de regulação da normas materiais desse mesmo ordenamento – cfr. GUSTAVO LOPES COURINHA, *A Residência no Direito Internacional Fiscal: do abuso subjectivo de convenções*, Coimbra, Almedina, 2015, p. 37.

¹⁸ Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico.

¹⁹ Convenção-modelo OCDE (2000/2005) em matéria de imposto sobre o rendimento e sobre o património.

²⁰ Para um desenvolvimento mais detalhado sobre a questão, ver GUSTAVO LOPES COURINHA, *A Residência...*, cit., p. 111 a 154 e PETER HARRIS/DAVID OLIVER, *International Commercial Tax*, USA: New York, Cambridge University Press, 2010, p. 66 e ss.

²¹ Ver, por exemplo, o caso *Wood v. Holden* (2006). Ao nível do Direito Europeu, destacam-se o Ac. *Daily Mail*, proc. C-81/87, de 27.09.1988; *Centros*, proc. C-212/97, 9.03.1999; *Überseering*, proc. C-208/00, de 5.10.2002, *Inspire Art*, proc. C-167/01, de 30.09.2003 e *Vale Építési kft*, proc. n°C-378/10, de 12.07.2012.

rendimento mundial (*world wide income*). No entanto, houve necessidade de impor outro tipo de tributos baseados, não na obtenção de rendimento, mas na saída da sociedade. Perante a transferência da sede societária, o Estado de saída perde a possibilidade de tributar, não só os rendimentos gerados pela “empresa de saída”, mas também as mais-valias potenciais referentes a bens móveis que acompanham o sujeito passivo no momento da emigração, as mais-valias não realizadas respeitantes a bens imóveis situados noutra país e as mais-valias concernentes a ações que sejam detidas numa sociedade estrangeira.

Desta forma, e para evitar perdas de receita fiscal, foram implementados os “*exit taxes*”, que não são mais do que tributos sobre o rendimento, que tanto podem incidir sobre pessoas singulares, como sobre pessoas coletivas, tendo como facto tributário a transferência da residência fiscal do Estado de saída para um outro Estado, sendo este denominado Estado de acolhimento²².

Deste modo, será nosso propósito analisar a forma como os impostos de saída são adotados nos diferentes ordenamentos jurídicos, a sua origem, fundamentos e limites, bem como a incompatibilidade destes com os princípios da União Europeia, através de uma análise jurisprudencial e doutrinal. Concomitantemente faremos alusão à forma como o nosso sistema jurídico calcula este tipo de tributo, fazendo referência aos artigos 2º, nº 1, alínea a), 83º e 84º, todos do CIRC. Conceitos como estabelecimento estável e “*central management control*” serão desenvolvidos para uma maior compreensão do tema em questão.

Não obstante todas as implicações *supra* referidas, os impostos de saída poderão gerar situações de dupla tributação jurídica, uma vez que a empresa poderá ser tributada à saída e, novamente tributada pelo Estado de acolhimento. Ora, esta situação desencadeará sucessivas situações de injustiça e de abuso fiscal. Também sobre este ponto nos debruçaremos através da análise de convenções internacionais que vigoram em torno desta temática de forma a encontrar uma possível solução.

Por último, mas não menos importante, analisar-se-á a relação existente entre os efeitos comerciais e fiscais na transferência da sede das sociedades comerciais, isto é, terão os efeitos fiscais mais saliência do que os efeitos comerciais? Ou será o contrário? A sua razão de ser dependerá da verificação de ambos os efeitos? Quais serão as razões mais pertinentes para a mudança da sede de uma sociedade comercial? As comerciais ou as fiscais?

²² DIANA ISABEL FERNANDES DA SILVA, *Impostos de Saída: Fundamento e Limites*, Dissertação de Mestrado em Direito Tributário e Fiscal, Universidade do Minho, Braga, Portugal, 2013, p. 22.

Assim sendo, é precisamente sobre todas estas questões que o presente estudo se irá debruçar, com vista à obtenção de uma possível solução jurídico-normativa que vise acautelar os interesses em conflito.

PARTE I
A TRANSFERÊNCIA DA SEDE DAS SOCIEDADES COMERCIAIS NO DIREITO
COMERCIAL INTERNACIONAL

CAPÍTULO I - A MOBILIDADE SOCIETÁRIA NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

DAS SOCIEDADES²³

1. A determinação do estatuto pessoal das sociedades comerciais

1.1 Âmbito e aplicabilidade da lei pessoal societária²⁴

Tal como as pessoas singulares, também as pessoas coletivas têm um estatuto pessoal configurado pelo Direito Internacional Privado, o qual diz respeito às matérias jurídico-societárias compreendidas pela lei pessoal das mesmas. A lei pessoal “...define a vinculação jurídica da pessoa coletiva à lei do Estado que a vai reger.”²⁵

Deste modo e, atendendo ao tema em estudo, importa delimitar quais as matérias que se inserem no âmbito do estatuto pessoal das pessoas coletivas, mais precisamente das sociedades comerciais.

Em primeiro lugar, é de frisar que o estatuto pessoal das sociedades comerciais rege essencialmente os aspetos da sua vida, nomeadamente a sua capacidade, constituição, dissolução e extinção. O artigo 33º do CC contém uma enumeração taxativa das matérias que comportam este estatuto pessoal, destacando-se, desta forma: a sua capacidade; a constituição²⁶, funcionamento e competência dos seus órgãos; os modos de aquisição e perda da personalidade; a sua responsabilidade e dos respetivos órgãos perante terceiros, bem como a sua transformação, dissolução e extinção. Assim sendo, verifica-se que a aquisição da personalidade jurídica de qualquer sociedade comercial é feita tendo em consideração a sua lei pessoal, o que pressupõe, desde logo, a necessidade da sua referência.

Relativamente à capacidade, a lei pessoal societária irá determinar os limites de atuação das sociedades comerciais, isto é, em que circunstâncias e em que moldes as mesmas terão

²³ Como sublinha, e bem, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das... cit.*, p. 205, “O Direito Internacional das sociedades aplica-se às sociedades comerciais que tenham elementos de conexão com mais de um ordenamento jurídico.” (...) “A sociedade que, por hipótese, celebre um contrato no estrangeiro não se torna, por isso, objeto de regras de Direito Internacional Privado.”

²⁴ A abordagem a este ponto será feita tendo em consideração o sistema jurídico português, por se entender que é o que mais nos é próximo.

²⁵ HELENA MOTA, «A lei pessoal das sociedades comerciais na jurisprudência da União Europeia», in *A Transferência da Sede Societária no Espaço da União Europeia (Coords. Paulo de Tarso Domingues/Maria Miguel Carvalho)*, Coimbra, Almedina, 2016, p. 76.

²⁶ Segundo o entendimento de LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado – Direito dos Conflitos – Parte Especial*, vol. II, 4ª edição Refundida, Coimbra, Almedina, 2015, p. 148, a constituição da pessoa coletiva (sociedade comercial) deve ser autonomizada do âmbito de aplicação da lei pessoal da sede.

plena capacidade de operar. Neste sentido, tal como ANABELA SUSANA DE SOUSA GONÇALVES²⁷, entendemos que exista a possibilidade de aplicação analógica²⁸ de algumas disposições normativas, em matéria de capacidade para a celebração de negócios jurídicos do tráfego corrente de bens e serviços, tais como o artigo 28º CC²⁹, o artigo 11º da Convenção de Roma sobre a Lei aplicável às Obrigações Contratuais e o artigo 13º do Regulamento nº 593/2008, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de Junho de 2008, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I). Tais preceitos legais constituem verdadeiros desvios à competência da lei pessoal, em matéria de incapacidades, uma vez que obstam à invocação da invalidade do negócio por incapacidade pela lei pessoal competente, nos casos em que a lei do lugar da celebração do negócio considere a pessoa capaz e atendendo aos requisitos exigidos pelas normas acima mencionadas. Logo, denota-se que há, evidentemente, o ensejo de proteger a contraparte que celebra o negócio jurídico de boa-fé, desconhecendo por completo a incapacidade subjacente à outra parte negocial de acordo com a sua lei pessoal³⁰. Claro está que não somos alheios ao facto de que tais normas aludem à capacidade jurídica das pessoas singulares. No entanto, e como já supramencionado, existem diversos autores que aceitam a aplicação analógica para este género de situações, uma vez que é necessário atender à proteção da boa-fé (tutela da confiança jurídica baseada na aparência) das partes que celebram negócios com incapazes, bem como à salvaguarda do comércio jurídico local.

É de salientar que a constituição de pessoas coletivas não se encontra abarcada pelo conteúdo da norma do artigo 33º, nº2 do CC, apenas se referindo à constituição dos seus

²⁷ ANABELA SUSANA DE SOUSA GONÇALVES, «A influência da Jurisprudência no TJUE sobre a Lei Pessoal das Sociedades Comerciais», in *A Transferência da Sede Societária no Espaço da União Europeia (Coords. Paulo de Tarso Domingues/Maria Miguel Carvalho)*, Coimbra, Almedina, 2016, p. 49. Com o mesmo pensamento, veja-se a doutrina alemã, GERHARD, KEGEL/ KLAUS, SCHURING, *Internationales Privatrecht*, 9. neubearbeitete Auflage, Verlag C.H. Beck München, 2004, pp. 577 e 578 *apud* LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, *cit.*, p. 193.

²⁸ Neste sentido, v. Luís de Lima PINHEIRO, *Direito Internacional...op. cit.*, p. 149 e 193-196; João Baptista MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado*, 3ª Edição, Coimbra, Almedina, 1997, p. 350-351; ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, *Direito Internacional Privado*, Sumários, AAFDL, 1999, p. 257, nº1.

²⁹ Quanto à aplicação analógica desta norma, é de salientar a divergência doutrinária vigente em Portugal. FERRER CORREIA e BAPTISTA MACHADO defendem a analogia deste artigo para as pessoas coletivas e para as organizações não dotadas de personalidade jurídica, ao invés ISABEL DE MAGALHÃES COLAÇO, entende que o artigo 28º do CC só se aplica em situações que visam a anulabilidade dos atos com fundamento na incapacidade de exercício e que os atos viciados por falta de capacidade de gozo, praticados por órgãos da pessoa coletiva não constituem uma verdadeira incapacidade de exercício, v. LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, *cit.*, p. 194.

³⁰ ANABELA SUSANA DE SOUSA GONÇALVES, «A influência...», *cit.*, p. 49.

órgãos, o que pressupõe, de forma clara e evidente, que tal matéria deve ser autonomizada do âmbito de aplicação da lei pessoal societária³¹.

Por outro lado, quando o n.º 2 do artigo 33.º do CC se refere à responsabilidade da pessoa coletiva e dos seus membros perante terceiros, tem como objetivo verificar quais são os bens que respondem pelas dívidas da pessoa coletiva, se são os bens pertencentes ao seu património ou os bens pessoais dos seus membros e, em que termos respondem. O âmbito da lei pessoal já não compreende a responsabilidade contratual da pessoa coletiva, nem a responsabilidade extracontratual da mesma, pois estas são reguladas pela lei aplicável às obrigações contratuais e à lei aplicável às obrigações extracontratuais, respetivamente³².

Ainda no seio da lei pessoal societária, são de salientar as normas constantes dos artigos 38.º e 39.º³³ do CC, as quais estabelecem a representação orgânica e voluntária da pessoa coletiva, respetivamente e instituem, desta forma, uma conexão acessória relativamente à conexão estabelecida pelo n.º 2 do artigo 33.º do CC. Assim, há a salvaguarda da unidade do estatuto pessoal da pessoa coletiva (societário).

Não obstante o exposto e, como já tivemos oportunidade de verificar, existem diversos motivos quer jurídicos quer comerciais, para uma sociedade transferir a sua sede para outro Estado distinto daquele em que se constituiu, como por exemplo a procura de um regime jurídico mais favorável. A sede é um dos elementos inerentes à constituição da sociedade (artigo 9.º, n.º 1, alínea e) do CSC)³⁴, devendo ser estabelecida em local concretamente definido (artigo 12.º, n.º 1 do CSC). Todavia, o conceito de sede elencado na norma do artigo 9.º do CSC corresponde à sede estatutária (*registered office*), o que não significa que a sede real ou efetiva não tenha relevância. Aliás importa fazer essa distinção e atender a ambos os conceitos para uma melhor compreensão sobre o problema objeto de estudo aqui presente, o que faremos nos pontos seguintes (v. 1.2.1 e 1.2.2)

Concomitantemente, a transferência da sede societária de um Estado para outro Estado pode desencadear uma mudança da sua lei pessoal, a qual “...*fixa as condições de aquisição da personalidade jurídica e demarca a capacidade da pessoa colectiva, delimita a competência dos*

³¹ Segundo o entendimento de HELENA MOTA, «A lei pessoal...», *cit.*, p. 76, a constituição de pessoas coletivas deve atender à lei do lugar onde é realizado o ato constitutivo.

³² LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, *cit.*, p. 150.

³³ Atendendo sempre à primazia conferida à Convenção de Haia de 1978 sobre a Lei Aplicável aos Contratos de Mediação e de Representação nesta matéria. Cfr. ANABELA SUSANA DE SOUSA GONÇALVES, «A influência...», *cit.*, p. 50.

³⁴ A falta de menção da sede dá lugar à nulidade do contrato de sociedade por força dos artigos 42.º, n.º 1, alínea b) e n.º 2 e 43.º, n.º 1 e 2, todos do CSC, sendo que tal nulidade pode ser sanável por deliberação dos sócios da mesma.

seus órgãos, regula a sua dissolução e extinção."³⁵. Só assim não será, no caso de essa transferência operar dentro do território nacional. Ocorrendo esta situação e, salvo disposição em contrário no contrato de sociedade, é a própria administração que tem competência para alterar a sede da sociedade conforme preceitua o n.º 2 do artigo 12.º do CSC e, já não, como quando ocorre a transferência da sede societária para fora do país - caso em que são os sócios da mesma, responsáveis por essa deslocalização.

Por conseguinte, quando ocorre uma transferência da sede societária para fora do país é evidente que há uma alteração da localização dos centros de atividade da sociedade, mas há também o contacto com um novo sistema jurídico-societário³⁶. O grande dilema reside precisamente neste ponto, uma vez que as legislações internas dos vários Estados não se coadunam, abrindo-se, desta forma uma porta para o chamado *law shopping*³⁷. O *law shopping* consiste na possibilidade de escolha das partes na lei aplicável à sociedade, o que naturalmente irá implicar uma análise político-legislativa inerente aos diferentes Estados envolvidos nesta operação.

Neste sentido, é imprescindível delimitar quais os critérios normalmente utilizados para determinar o direito aplicável aquando dessa transferência. Por que lei deve a sociedade ser regida quando essa mesma transferência opera? Será pelo seu direito do Estado de constituição ou, por sua via, pelo direito do Estado onde se encontra a sede efetiva da administração da sociedade transferida?

A determinação da lei pessoal³⁸ é realizada tendo em consideração certos fatores como, a residência, o local da sede da administração, o local da sede estatutária, entre outros³⁹. Ora, as

³⁵ A. FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional Privado I*, Coimbra, Almedina, 2013, p. 83.

³⁶ Facto que tem como consequência a alteração do contrato de sociedade, sendo que tal só é válida mediante prévia deliberação dos sócios da sociedade (artigo 85.º, n.º 1 do CSC), aprovada, pelo menos, por uma maioria qualificada - 75% dos votos (artigo 3.º, n.º 5 do CSC).

³⁷ MARIA MIGUEL CARVALHO, «Quem não está...», *cit.*, p. 7.

³⁸ A lei pessoal é determinada através de elementos de conexão pertencentes ao sujeito da situação jurídica *sub judice*. Neste sentido, v. RUI PEREIRA DIAS, «artigo 3.º», in *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, (Coord. Jorge M. Coutinho de Abreu), Volume I (Artigos 1.º a 84.º), Coimbra, Almedina, 2013, p. 73.

³⁹ Neste sentido, é importante ter presente que a nacionalidade não é um critério a considerar no âmbito da lei pessoal das pessoas coletivas (sociedades comerciais). A nacionalidade é um elemento de conexão que apenas diz respeito às pessoas singulares, como pode verificar pelo disposto nos artigos 25.º e 31.º do CC. Como sublinha, e bem, ANABELA SUSANA DE SOUSA GONÇALVES, «A influência...», *cit.*, p. 50, a nacionalidade é o "...vínculo jurídico-político que liga um indivíduo a um Estado soberano.". A nacionalidade atende a parâmetros distintos daqueles que são tidos em consideração pelas pessoas coletivas no âmbito da determinação da lei pessoal, como por exemplo a emigração. De facto, a nacionalidade é um elemento de conexão que atenta na ligação estabelecida entre os emigrantes e a pátria preservando-se, assim, a identidade nacional. Deste modo, entende-se que o estatuto pessoal das pessoas singulares tem por base interesses distintos dos interesses inerentes ao estatuto pessoal das pessoas coletivas. Todavia, tal não significa que a nacionalidade das sociedades não seja significativa, esta importa, a título exemplificativo, para a proteção diplomática do Estado Português no seio do direito dos estrangeiros e no reconhecimento de decisões

sociedades comerciais são pessoas coletivas de direito privado, uma vez que são criadas por entidades particulares que se destinam à prossecução de certos fins comuns (fins lucrativos).

Desta forma, o ponto de discussão versará sobre a determinação do estatuto pessoal das pessoas coletivas de direito privado. Será necessário analisar todo um conjunto de regras fundamentais que as disciplinam, desde o momento da sua criação até ao momento da sua extinção, atendendo-se ao interesse e estabilidade do estatuto pessoal das mesmas, ao seu interesse próprio e, ainda ao interesse do comércio jurídico internacional⁴⁰.

Destarte, importa delimitar os principais traços caracterizadores de dois grandes modelos⁴¹ que se destacam no âmbito de aplicação da *lex societatis*: a teoria da constituição (*incorporation theory*) e a teoria da sede real⁴² (*real seat theory*). Em boa verdade, tem sido acesa a discussão sobre qual o elemento de conexão que melhor satisfaz os interesses da pessoa coletiva o que, conseqüentemente, provoca o confronto entre ambas.

1.1.1 Teoria da Constituição/Incorporação

A teoria da constituição (*incorporation theory*) teve origem no direito anglo-saxónico, na vulgarmente designada *Common Law*⁴³, logo no século XVIII. Segundo esta teoria, a lei reguladora do estatuto pessoal das sociedades é a lei onde a sociedade comercial foi constituída, isto é, a lei do país onde a sociedade foi criada⁴⁴. Assim, a alteração da sede efetiva para outro país em nada afeta a lei pessoal dessa sociedade. A sociedade, uma vez constituída num

estrangeiras. Com o mesmo entendimento, A. FERRER CORREIA, *Lições de Direito...*, cit., p. 83, o mesmo vem afirmar que a determinação da nacionalidade das pessoas coletivas é matéria distinta da determinação do estatuto pessoal das mesmas. A nacionalidade das pessoas coletivas tem relevância em matéria de direito dos estrangeiros, ao passo que a determinação da lei pessoal resulta de um problema de conflito de normas e pressupõe “vinculação jurídica”.

⁴⁰ JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado*, 3ª edição Actualizada (Reimpressão), Coimbra, Almedina, 2015, p. 344.

⁴¹ A concentração em apenas duas teorias, veio substituir uma diversidade doutrinária anterior: Teoria do Capital; Teoria da Nacionalidade dos sócios; Teoria do Controlo; Teoria do Estabelecimento; Teoria do Local de Constituição/Sede Estatutária (sendo que esta se assemelha bastante à Teoria da Constituição/Incorporação) e o critério do centro de exploração. Neste sentido v. António Menezes CORDEIRO, *Manual de Direito... op. cit.*, p. 187.

⁴² Conhecida na Alemanha pela expressão “*Sitztheorie*” e na França como “*siège réel*” ou “*siège social*”.

⁴³ Sendo também desenvolvida noutros sistemas jurídicos da Europa Continental, tais como a Suíça (ainda que, atualmente consagre, a título subsidiário, a teoria da sede real – artigo 154º, nº2 da Lei Federal de Direito Internacional Privado), Dinamarca, Suécia, Holanda, Irlanda e Liechtenstein.

⁴⁴ Neste seguimento, v. COUTINHO DE ABREU, *Código das...*, cit., p. 73; LUIS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, cit., p. 154; MARIA ÂNGELA COELHO BOTELHO SOARES, «A Transferência Internacional da Sede Social no Âmbito Comunitário», in *Temas Societários*, nº2, Coimbra, Almedina, 2006, p. 52.

determinado Estado, tem sempre como lei pessoal a lei da sua formação (*incorporation*), independentemente de ocorrer uma alteração do *registered office*, ou até mesmo da sua nacionalidade⁴⁵.

Concomitantemente, este local de constituição (*incorporation*) pode ser entendido de dois modos distintos: pode ser encarado como sendo o local onde a sociedade adquire efetivamente personalidade jurídica ou então ser entendido como o local onde o processo constitutivo dessa aquisição decorre⁴⁶.

Desta forma existe doutrina que defende que a teoria da constituição não se confunde com a teoria do *lugar da constituição*, na medida em que esta pressupõe que a lei pessoal das sociedades comerciais corresponde à lei onde são praticados atos que conduzem ao processo constitutivo da pessoa coletiva e, a teoria da constituição permite aos fundadores dessa mesma pessoa coletiva (sociedades comerciais) optarem por uma lei distinta da lei onde o processo de constituição do ente coletivo decorre⁴⁷.

Contudo, não nos parece que tal critério distintivo seja a melhor solução a adotar neste género de situações.

De acordo com a teoria da constituição, a constituição de uma sociedade comercial pressupõe uma série de regras jurídicas onde intervêm órgãos públicos que, evidentemente aplicam o Direito interno de forma a conferir à mesma personalidade jurídica. Desta forma, é determinante para esta teoria o local onde são praticados os atos que dão lugar à atribuição dessa personalidade, o que significa que não existe distinção entre o direito onde ocorre o processo constitutivo da sociedade e o direito da constituição. Seguindo o entendimento de LIMA PINHEIRO, a teoria da constituição está intimamente ligada com o reconhecimento da personalidade coletiva dado que nenhum Estado aceitaria que a constituição de uma sociedade, onde intervenham os seus órgãos, fosse regulada pelo Direito estrangeiro e, nestes termos “...o *Direito da Constituição coincide necessariamente com o Direito do lugar da constituição.*”⁴⁸. É claro que não somos indiferentes ao facto de cada uma das partes interessadas (sócios) ter a possibilidade de escolher qual a lei aplicável à sociedade⁴⁹, mediante a sua transferência.

⁴⁵ RAÚL VENTURA, «A sede da sociedade no direito interno e no direito internacional português», in *Scientia Iuridica*, Tomo XXVI, 1977, p. 493.

⁴⁶ *Idem*, p. 462.

⁴⁷ *Idem*, p. 463. Com o mesmo entendimento, v. JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Lições de...*, cit., p. 345.

⁴⁸ LUIS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, cit., p. 155.

⁴⁹ E, neste sentido, a Teoria da Constituição é vista como expressão do Princípio da Autonomia da Vontade.

Contudo, não nos parece plausível autonomizar ambas as teorias, uma vez que em termos práticos ambas coincidem.

Um dos principais argumentos utilizado pelos seguidores da teoria da constituição tem sido a liberdade de iniciativa económica privada. Entende-se que esta tenha a vantagem de permitir à pessoa coletiva (sociedade comercial) deslocar-se internacionalmente sem que isso implique uma mudança da sua lei pessoal⁵⁰.

Mas os defensores da teoria da constituição expõem ainda outras vantagens para sustentar a sua posição, tais como: a promoção da certeza jurídica relativamente aos interesses da sociedade e dos seus fundadores; a garantia de estabilidade e permanência do estatuto pessoal das sociedades comerciais aquando a transferência da sua sede, uma vez que a *lex societatis* não modifica após essa transferência e a liberdade que é conferida às partes (fundadores da sociedade) na escolha do Estado onde pretendem constituir a sociedade⁵¹. Contudo, a exigência da intervenção de órgãos públicos no processo de constituição das sociedades constitui uma verdadeira restrição ao seu desenvolvimento e adoção por parte dos diferentes Estados, como se poderá verificar *infra*.

1.1.2 Teoria da Sede Real

Ao invés, existem ordenamentos jurídicos que entendem que as vantagens apontadas pela teoria da constituição não satisfazem os interesses da atividade das sociedades, nem dos seus sócios, trabalhadores e credores sociais.

Neste sentido, entende-se que a lei pessoal das sociedades comerciais é a lei do Estado onde se encontre a sede principal e efetiva da administração das mesmas, pois é a que mais defende os interesses aqui em causa. A teoria da sede real foi inicialmente desenvolvida pelas doutrinas alemã⁵² e francesa⁵³, no início do século XIX, tendo sido, posteriormente adotada na América Latina, bem como na Áustria⁵⁴.

⁵⁰ *Idem*, p. 162.

⁵¹ ANABELA SUSANA DE SOUSA GONÇALVES, «A influência...», *cit.*, p. 50. Pode mesmo dizer-se que esta autonomia concedida às partes na constituição de sociedades permite-lhes a escolha do Estado que tenha a lei que melhor satisfaz os seus interesses.

⁵² A Alemanha e a Áustria são dos poucos países que seguem esta tese na sua forma mais radical. No entanto, mesmo nestes sistemas têm surgido dúvidas quanto à posição que sustentam, nomeadamente no seio das sociedades europeias. Neste prisma há doutrina e jurisprudência alemã que defendem que a teoria da sede cede perante a teoria da constituição. Neste sentido, v. LUIS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, *cit.*, p. 159. Veja-se também o artigo 7º do Regulamento nº 2157/2001, do Conselho, de 8 de Outubro de 2001, relativo ao estatuto da *Societas Europaea*.

Para determinar o sentido desta tese é essencial atender ao conceito de sede principal e efetiva da administração. A sede da administração é normalmente definida como sendo o local onde os órgãos de direção da sociedade se reúnem para a tomada de decisões sobre a mesma, bem como o local onde são realizadas as assembleias de membros. Todavia, existem autores como ISABEL DE MAGALHÃES COLAÇO⁵⁵, BATIFFOL/LAGARDE⁵⁶ e KEGEL/SHURIG⁵⁷ que defendem que a sede da administração de qualquer sociedade comercial não se cinge somente ao local onde se reúnem os administradores da mesma, mas também ao local de reunião dos órgãos de fiscalização e de controlo⁵⁸.

No caso de estarmos perante uma sociedade que exerça atividade em vários países, a sede da administração consigna-se no local onde são tomadas as decisões finais⁵⁹. Ora, este entendimento conduz logo a um problema. As sociedades transnacionais, ou seja, as sociedades que tenham a sua atividade dispersa por vários países de modo a expandirem o seu volume de negócios pelo mundo, possuem centros organizacionais de atividade em cada local onde exerçam a mesma, que são normalmente designados por sucursais, agências ou delegações. Contudo, estes centros de atividade, para além de não constituírem pessoas coletivas distintas, não possuem uma lei pessoal própria⁶⁰, o que conduz, evidentemente, a uma situação de conflitos de leis. No douto entendimento de LIMA PINHEIRO⁶¹, a criação destes centros de atividade organizada em nada resolve o problema *supra* aludido. A lei pessoal aplicável neste género de situações continua a ser a lei onde se encontra a sede da administração principal, isto é, a lei do país onde a sociedade tenha o centro principal da sua atividade.

Atendendo ao exposto, parece-nos indispensável encontrar respostas para solucionar este problema, uma vez que o trabalho e interesses dos órgãos de administração local situados

⁵³ *Article L210-3 Code de commerce*, ainda que atualmente a combine com o critério da constituição.

⁵⁴ § 10 da Lei Austríaca de Direito Internacional Privado, a qual vem dizer o seguinte: “*O estatuto pessoal de uma pessoa colectiva ou de outra associação pessoal ou organização patrimonial, que possa ser titular de direitos e deveres, é a lei do Estado em que o titular de direitos tenha a sede real da sua administração principal.*” – tradução realizada por ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, *Direito Internacional Privado. Colectânea de textos legislativos de fonte interna e internacional*, 2ª edição, Coimbra, Almedina, 2002, p. 1623 e ss.

⁵⁵ ISABEL DE MAGALHÃES COLAÇO, *Direito Internacional Privado, parte II – “Sistema de normas de conflitos portuguesas”, t. I – “Direito das pessoas. § 2º Pessoas Coletivas”*, (Lições proferidas ao 5º ano jurídico de 1970-1971. Apontamentos de Alunos), Lisboa, 1971, p. 40.

⁵⁶ HENRY BATIFFOL/PAUL LAGARDE, *Droit international privé*, Tome 1, Sources, Nationalité, Condition des étrangers, Conflits de lois (théorie générale), 8ème édition, L.G.D.J., 1993, pp. 335 e 339.

⁵⁷ GERHARD KEGEL/KLAUS SCHURIG, *Internationales...*, cit., p. 576 *apud* LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, cit., p. 156.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ No mesmo sentido, v. ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, *Direito Internacional Privado*, Sumários, AAFDL, 1987, p. 126.

⁶⁰ LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, cit., p. 158.

⁶¹ *Ibidem*.

nesses centros organizacionais são praticamente ignorados. Por outro lado, a adoção da teoria da sede real para este tipo de situações restringe a autonomia dos centros organizacionais de atividade, na medida em que a sua atividade terá sempre de ser regida pelo Direito da sede da administração principal, o que nos parece injusto.

Na visão de RAÚL VENTURA⁶², o conceito de sede principal e efetiva da administração no Direito Português não tem um verdadeiro sentido jurídico, devendo ser entendida apenas como o “lugar” onde os efeitos jurídicos da sociedade se produzem, na medida em que o conceito de sede se encontra vertido no artigo 159º do CC⁶³. O mesmo acrescenta ainda, que o artigo 159º do CC deve ser entendido no sentido de não haver uma distinção entre a sede real e a sede estatutária, pois só existe uma única sede, que é a sede fixada pelos estatutos⁶⁴. De facto, atendendo ao disposto na norma do artigo 159º do CC, a sede efetiva da administração da sociedade funciona como critério supletivo da sede estatutária. Razão pela qual se entende o raciocínio deste autor em afirmar que a sede da sociedade no Direito interno português corresponde à sede estatutária, e já não, à sede da administração principal e efetiva da mesma. No entanto, ainda que se compreenda o raciocínio de RAÚL VENTURA, há que ter presente que sede da administração e sede estatutária encetam conceitos distintos⁶⁵. A sede estatutária é aquela fixada nos estatutos da sociedade, mais propriamente é o local onde o contrato de sociedade é celebrado, ao passo que a sede da administração é o local onde efetivamente são tomadas as principais decisões de gestão estratégica da mesma⁶⁶.

A questão torna-se mais complexa no âmbito dos chamados grupos de sociedades⁶⁷. Neste sentido, e antes de tecermos qualquer consideração sobre as implicações da teoria da

⁶² RAÚL VENTURA, «A sede da sociedade...», *cit.*, pp. 344 e seguintes.

⁶³ “A sede da pessoa colectiva é a que os respectivos estatutos fixarem ou, na falta de designação estatutária, o lugar em que funciona normalmente a administração principal.”

⁶⁴ O mesmo entendimento é tido quando, após a constituição da sociedade, os seus fundadores tenham a intenção de transferir a mesma para um local distinto do local de constituição, isto é, para este autor, o lugar da sede é sempre o da sede estatutária, independentemente de existir ou não uma deslocalização da administração da mesma para outro local, na medida em que havendo sede estatutária, o lugar da administração, não é uma sede, v. *idem*, p. 351.

⁶⁵ Ainda que na maior parte dos casos, ambas coincidam.

⁶⁶ JOÃO SÉRGIO RIBEIRO, «Implicações Fiscais...», *cit.*, p. 93.

⁶⁷ Também conhecidos por empresas plurissocietárias, tendo sido o fenómeno da união de empresas (como corolário da densificação da economia através da utilização de técnicas jurídico-económicas de coligação societária), bem como a concretização dos famosos *trusts* (acordos que visam a constituição de empresas com um fim direcional unitário), os principais fatores do seu desenvolvimento. Para uma melhor compreensão, v. ANA ELISABETE FERNANDES DA SILVA FERREIRA, *A Insolvência no Contexto dos Grupos de Sociedades*, Dissertação de Mestrado em Direito dos Contratos e das Empresas, Universidade do Minho, Braga, Portugal, 2015, p. 19.

sede real quanto a este género de sociedades⁶⁸, é essencial ter presente que a noção de grupos de sociedades no direito societário é distinta da que vigora no domínio da legislação fiscal⁶⁹. No domínio do direito das sociedades comerciais, as sociedades em relação de grupo estão inseridas no seio das sociedades coligadas, como se pode verificar pelo disposto no artigo 482º, alínea d) do CSC. Mas o legislador português não se ficou por aqui, optando por enumerar, de forma taxativa, os diferentes tipos de “grupos de direito”⁷⁰ que podem existir, destacando-se os grupos constituídos por domínio total (arts.º 488º e ss. do CSC), o contrato de grupo paritário (art.º 492º do CSC) e o contrato de subordinação (arts.º 493º e ss. do CSC). Ao invés, o conceito de grupos de sociedades no direito fiscal “...é uma realidade económica que se traduz no crescimento externo das empresas.”⁷¹.

Quando falamos em grupos de sociedades referimo-nos tão só a uma “nova forma de organização da empresa moderna”⁷², na qual há um conjunto de duas ou mais empresas que visam um objetivo em comum, mantendo cada uma delas a sua autonomia jurídica. Desta forma, existem aqui dois elementos distintos: por um lado a independência jurídica e por outro a dependência económica⁷³. Ainda que exista efetiva independência jurídica entre as diversas empresas que se aglutinam, o interesse social próprio e comum sobrepõe-se, sempre, à vontade social própria de cada uma delas, o que significa que as empresas que se agrupem com outra

⁶⁸ Segundo a visão de JOSÉ A. ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Grupos de Sociedades – estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária*, 2ª edição revista e atualizada, Coimbra, Almedina, 2002, p. 248, “O critério da incorporação, reflectindo um primado da autonomia privada nesta matéria, acaba por servir unicamente os interesses dos países “exportadores” de sociedades, permitindo destarte aos grupos multinacionais prevalecer-se do benefício da protecção diplomática e dos direitos consagrados em tratados internacionais celebrados pelo Estado da sociedade-mãe relativamente a uma miríade de sociedades-filhas que não possuem, afinal, qualquer tipo de ligação económica ou política efectiva com aquele.”

⁶⁹ Neste sentido, o legislador fiscal entendeu dar relevância a este fenómeno no seio tributário, através do DL n.º 414/87 de 31 de Dezembro, o qual define o regime tributário aplicável aos grupos de sociedades, sendo mais tarde substituído pelo Regime Especial de Tributação dos Grupos de Sociedades (RETGS) - Lei n.º 82-C/2014 de 31 de dezembro (versão atual). Assim sendo, considera-se grupo fiscal, uma sociedade (dominante) que detenha, direta ou indiretamente, e ainda que por intermédio de sociedades residentes noutro Estado-membro da UE ou do Espaço Económico Europeu (EEE), desde que, neste último caso, exista obrigação de cooperação administrativa de pelo menos, 75% do capital de outras ditas dominadas e, desde que tal participação lhe confira mais de 50% dos direitos de voto. De notar que inicialmente, em Portugal, os grupos de sociedades, na perspetiva fiscal, eram somente consideradas as sociedades em relação de domínio total previstas nos artigos 488º e ss. do CSC. Para um melhor aprofundamento da questão, veja-se NUNO FILIPE RODRIGUES DE SA, *A Tributação dos Grupos de Sociedades na mais recente reforma do IRC*, Dissertação de Mestrado em Direito Fiscal, Universidade Católica, Porto, Portugal, 2014, pp. 7 a 10.

⁷⁰ Distinguindo-se estes dos grupos de facto, que não são mais do que grupos de sociedades em que a direção unitária dos mesmos se rege por instrumentos não tipificados na lei, v. ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, Almedina, Coimbra, 2009, p. 1125.

⁷¹ ANTÓNIO SOARES DA ROCHA, *Grupos de Sociedade*, 2016, consulta online in <http://antoniosoaresrocha.com/outras/grupos-de-sociedades> [07.01.2017]

⁷² JOSÉ A. ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Grupos...*, cit., p. 113.

⁷³ NUNO FILIPE RODRIGUES DE SA, *A Tributação...*, cit., p. 4.

perdem a sua autonomia e independência económica, passando a ser administradas pela sociedade-mãe – “principal”⁷⁴. Outra vantagem jurídica aliciante para as sociedades-mãe é a autonomia jurídica das sociedades de grupo, o que significa que cada entidade individual é responsável por si, pelos seus prejuízos e dificuldades financeiras. Assim ser há uma desresponsabilização das eventuais perdas das sociedades-filhas por parte da sociedade-mãe, ainda que seja a entidade que controla a gestão dos negócios das filiais⁷⁵. Assim, podemos afirmar que os grupos de sociedades são constituídos pelas características seguintes: integração económica; controlo; interdependência administrativa, financeira e de trabalhadores; imagem comum⁷⁶.

Não obstante o exposto, existindo uma concentração de empresas situadas em diferentes Estados, com uma direção económica comum e, estando as mesmas sujeitas a uma influência comum é certo e seguro que, nestes casos, a qualificação jurídica das mesmas será de difícil determinação⁷⁷. Mas não só. A diversidade de atividades económicas desenvolvidas, a enorme dimensão que têm ao nível do capital envolvido, bem como o avultado número de terceiros credores, que investem no seu desenvolvimento, são fatores de preocupação que devem ser estudados de forma a que o Direito não lhes seja alheio⁷⁸.

⁷⁴ Segundo o artigo 3º da Diretiva 2011/96/UE, do Conselho de 30.11.2011, relativa ao regime fiscal comum aplicável às sociedades-mãe e sociedades afiliadas de Estados-Membros diferentes:

“É reconhecida a qualidade de sociedade-mãe:

- i) pelo menos a uma sociedade de um Estado-Membro que satisfaça as condições enunciadas no artigo 2.º e que detenha uma participação mínima de 10 % no capital de uma sociedade de outro Estado-Membro que satisfaça as mesmas condições,
- ii) nas mesmas condições, a uma sociedade de um Estado-Membro que detenha uma participação mínima de 10 % no capital de uma sociedade do mesmo Estado-Membro, total ou parcialmente, por intermédio de um estabelecimento estável da primeira sociedade situado noutra Estado-Membro.”

⁷⁵ JOSÉ A. ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Grupos...*, cit., p. 68. Todavia, na ordem jurídica portuguesa, existem normas no CSC que responsabilizam a sociedade diretora pelas perdas das sociedades subordinadas e até a responsabilizam perante os credores da sociedade subordinada (estas normas são aplicáveis, por remissão, ao grupo constituído por domínio total (artigo 491º do CSC). Assim sendo, as sociedades-mãe são responsabilizadas pelas obrigações das sociedades-filhas, antes ou depois da celebração do contrato de subordinação (artigo 501º do CSC), assim como são responsáveis pelas suas perdas anuais (artigo 502º do CSC). Para um melhor aprofundamento sobre a questão, v. ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Manual de Grupos de Sociedades*, Coimbra, Almedina, 2017, pp. 205 e ss.

⁷⁶ *Idem*, p. 15.

⁷⁷ A mesma preocupação parece já não subsistir quanto à determinação da *lex societatis* – pelo menos no nosso ordenamento jurídico - uma vez que a questão está, aparentemente, resolvida por força do artigo 481º, nº2 do CSC.

⁷⁸ O fenómeno dos grupos de sociedades contém uma série de implicações ao nível económico, financeiro, jurídico e político, principalmente quanto à interpretação do conceito de direção unitária. Para uma melhor compreensão sobre a questão, v. JOSÉ A. ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Grupos...*, cit., pp. 113 e ss.

Assim sendo, coloca-se a questão de saber qual o local onde efetivamente reside a sede da administração neste tipo de situações, uma vez que o poder-decisório das sociedades-filhas⁷⁹ irá ser transferido para a sociedade-mãe⁸⁰ aquando a constituição da relação de grupo. Neste caso, a sede da administração é, em certos grupos de sociedades, considerada a sede da sociedade-mãe, o que pressupõe que a decisão superior e final é tomada na sociedade-mãe e já não nas sociedades filhas (filiais)⁸¹. Isto levanta uma série de problemas, uma vez que segundo a teoria da sede, cada filial já tem a sua própria sede, gerando-se, desta forma, atritos quanto à determinação da sede de administração. Mas mais, sendo o critério o do centro de decisão superior e final⁸², as sociedades filhas, mais precisamente as filiais, encontrar-se-ão numa posição submissa relativamente à do Direito da sociedade-mãe. Assim, é evidente que há uma desconsideração do Direito de constituição da filial, relativamente ao Direito onde se encontra a sede da sociedade-mãe, o que, conseqüentemente, gera a irregularidade das filiais, uma vez que o Direito da sede da sociedade-mãe não tem em atenção os requisitos do Direito da constituição das filiais⁸³. Ora, pergunta-se, como resolver esta situação? Adotando um conceito de sede da administração distinto.

Neste sentido, a sede da administração – nestes casos – é vulgarmente entendida como o “...lugar onde as decisões fundamentais da direção são convertidas em atos de administração corrente.”⁸⁴. No entanto, tal raciocínio não resolve, por completo, tal problema, na medida em que existem filiais que não dispõem de uma administração corrente local, sendo administradas

⁷⁹ Sociedades comerciais componentes da sociedade-mãe, o que significa que o seu sistema económico é controlado pela sociedade dita “dominante”; sociedades que subordinam a gestão da sua atividade à direção de outra sociedade.

⁸⁰ Líder do grupo de sociedades, a sociedade que tem a direção económica comum e unitária do grupo.

⁸¹ LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, cit., p. 157.

⁸² Este critério não influencia todos os grupos de sociedades, existem determinados grupos, como os grupos horizontais (agrupamentos paritários transnacionais – “Mitsubishi”, “Unilever”; grupos de grupos (compostos por “joint ventures”) ou grupos de grande dimensão, constituídos por redes complexas de coligação societária e de uma estrutura bastante descentralizada em que a identificação do centro de decisão não é um verdadeiro problema. V., JOSÉ A. ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Grupos...*, cit., p. 250.

⁸³ Quanto a este aspeto, é de salientar a intervenção do plano de ação elaborado por um grupo de juristas designados pela Comissão Europeia, mais precisamente um documento com vista a obter uma estratégia relativa ao futuro do direito societário europeu, intitulado por: “*Report of the Reflection Group on the Future of EU Company Law*”, European Commission, Brussels, 5 abril 2011, in http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/reflectiongroup_report_en.pdf, o qual vem defender a primazia do interesse do grupo, o que significa que devem as sociedades-mãe gerir e governar as sociedades-filhas tendo em consideração o interesse do grupo em geral, vide JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, «Novos rumos do direito societário europeu – O «Report of the Reflection Group on the Future of EU Company Law», in *II Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Coimbra, Almedina, 2012, p. 352.

⁸⁴ LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, cit., p. 157. No mesmo seguimento, v. artigo 5º da Resolução do Instituto de Direito Internacional Privado (sessão de Varsóvia, 1965); DÁRIO MOURA VICENTE, «Liberdade de Estabelecimento, lei pessoal e reconhecimento das sociedades comerciais», in *Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*, Coimbra, Almedina, 2005, p.142.

diretamente do estrangeiro, o que significa que, ainda hoje, a teoria da sede real coloca sérios entraves no seio do grupo de sociedades.

Por outro lado, pergunta-se, qual o sistema jurídico competente para regular as relações entre as sociedades de grupos, entre os seus sócios e os respetivos credores sociais?⁸⁵

Há que ter em consideração as implicações que o fenómeno do grupo de sociedades provoca na sociedade, sócios minoritários e credores sociais⁸⁶, quer por parte da sociedade-mãe, quer por parte da sociedade-filha. No que toca à sociedade-filha, verifica-se que a sociedade, em determinadas situações⁸⁷, passa a ser gerida em função do interesse da sociedade dominante (sociedade-mãe), o que tem como consequência a desconsideração da administração e da assembleia geral da sociedade-filha, que irá ficar subordinada aos poderes de direção da sociedade-mãe. Também os sócios minoritários veem os seus direitos afetados com o agrupamento societário, na medida em que a sociedade integrada irá estar condicionada aos sócios “internos” do grupo, perdendo o contacto com os sócios minoritários “externos”. A respeito dos credores sociais, é de notar que as suas garantias de crédito vão ser diminutas, atendendo a que a sociedade dominada, em certos casos, passa a ser dirigida em função do interesse social comum, o que equivale a dizer, aos interesses da sociedade-mãe.

Relativamente à posição da sociedade-mãe, as implicações são mais reduzidas. Ainda que a posição dos credores da sociedade-filha seja afetada, a verdade é que os mesmos não podem simplesmente ser desconsiderados. Razão pela qual a sociedade-mãe terá, também, de suportar certos riscos perante aqueles, e já não, somente perante os seus credores sociais⁸⁸.

Ora, todas estas consequências resultantes do fenómeno dos grupos de sociedades advêm da diversidade das legislações jurídico-societárias, tangentes à regulação jurídica material da coligação das sociedades. Circunstância que permite concluir que também, neste sector, persiste o problema da determinação da lei aplicável a estas relações de grupo⁸⁹.

⁸⁵ JOSÉ A. ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Grupos...*, cit., p. 251.

⁸⁶ Outra implicação é o chamado «*co-emploi*», conceito instituído pela jurisprudência francesa (v. Ac. do *Cour de Cassation* de 02.07.2014), que consiste, por exemplo, quando a sociedade-mãe intervém constantemente nas decisões de gestão financeira e social da cessação da atividade da filial ou quando aquela intervém na organização e gestão dos trabalhadores dessa filial. Neste sentido, v. LOUIS D'AVOUT/SYLVIAN BOLLEE, «Droit du commerce international», in *Recueil Dalloz*, Ano 192, n° 34/7703, Dalloz, Paris, 2016, pp. 2025-2042.

⁸⁷ Em Portugal, no contrato de subordinação só são abarcadas matérias de gestão, v. artigo 493° do CSC.

⁸⁸ ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Manual...*, cit., p. 10.

⁸⁹ A este propósito foram desenvolvidos modelos de regulação, como o “modelo de regulação global” – adotado em Portugal, Alemanha, Brasil, Croácia, Eslovénia, Hungria, Rússia e República Checa – e o “modelo de regulação parcial” com vista a harmonizar o conflito de interesses existente nos grupos societários. Ao nível do Direito Europeu das Sociedades, veja-se o Projeto de 9° Diretiva sobre os grupos de sociedades, a qual não foi aprovada. *Vide idem*, p. 8; JOSÉ A. ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Grupos...*, cit., pp. 165 e ss.; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito Europeu das Sociedades*, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 751 e ss.

Portugal foi um dos sistemas jurídicos que previu uma disciplina jurídico-substantiva específica relativa ao fenómeno do controlo intersocietário, mais precisamente nos artigos 481º a 508º-E do CSC. No entanto, não nos parece que o entendimento do legislador português seja a melhor solução para regular esta matéria a nível nacional. (v. *infra* ponto 6 do Cap. I)

Uma outra dificuldade verifica-se em situações em que as decisões administrativas da sociedade são tomadas por administradores situados em vários países por meios de comunicação eletrónica e não pessoal. Neste sentido, a teoria da sede não tem agradado integralmente a todos os interessados.

Contrariamente, os defensores desta teoria refutam os argumentos utilizados pelos Estados que adotam a teoria da constituição, afirmando que a liberdade de escolha pelas partes da lei societária aplicável é um verdadeiro incentivo para a competição e concorrência de ordens jurídicas no âmbito societário, conduzindo, evidentemente, ao designado “*race to the bottom*”⁹⁰. Desta forma, os mesmos entendem que tal fenómeno conduz ao oferecimento, por parte dos Estados, de condições mais vantajosas para a constituição de sociedades, não se atendendo aos verdadeiros interesses que poderão estar em causa assistindo-se, assim, a uma verdadeira “guerra de favores” entre os diferentes Estados. Note-se que a teoria da sede real não incentiva a escolha da lei aplicável aquando da constituição das sociedades, pelo que não existiria, desta forma, o incentivo à concorrência de condições mais favoráveis à sua constituição. Nos países que adotam esta teoria, as sociedades não se constituem atendendo a parâmetros mais ou menos rigorosos exigidos pelas ordens jurídicas com vista a tutelar os interesses das mesmas. As sociedades apenas têm em atenção o local onde são tomadas as decisões da sua administração. Razão pela qual entendem que a teoria da constituição não confere qualquer estabilidade e certeza jurídica quanto aos interesses da sociedade⁹¹.

Nas palavras de JOÃO BAPTISTA MACHADO, a sede corresponde ao centro de onde irradia toda a atividade da sociedade e, como tal, “...a lei do país da sede da administração principal é a que se acha melhor colocada para reger o nascimento, a vida e a extinção da pessoa colectiva...”⁹². Desta forma, o mesmo vem defender que o critério da sede real é o critério que

⁹⁰ Os Estados tendem a moldar as suas próprias regras jurídicas conforme as vantagens oferecidas pela legislação de outros Estados. Há como que uma nivelção por baixo das várias legislações. Cfr. MARIA ÂNGELA COELHO BENTO SOARES, «A Transferência...», *cit.*, p. 57.

⁹¹ Autores como A. FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional Privado*, Coimbra, Almedina, 2000, p. 85, RUI PEREIRA DIAS, «artigo 3º», *cit.*, p. 73, DÁRIO MOURA VICENTE, «Liberdade de Estabelecimento...», *cit.*, p. 94 e JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito...*, *cit.*, pp. 345-346 defendem este raciocínio.

⁹² JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito...*, *cit.*, p. 344.

melhor assegura os interesses do estatuto pessoal da sociedade, a proteção de terceiros e a própria estabilidade e unidade jurídica subjacente, uma vez que, sendo a sede da administração o centro principal de atividade da sociedade, a lei da sede será aquela que terá uma maior ligação entre a sociedade e um determinado Estado⁹³, e já não, a lei da constituição. Segundo o entendimento deste autor, a lei do local de constituição da sociedade pode ser alheia à atividade da mesma, pelo que conclui que deve efetivamente “...*existir uma conexão especial entre a pessoa colectiva e o Estado cuja lei fixa o seu estatuto pessoal...*”⁹⁴, que naturalmente não resulta daquela.

2. Alteração da sede societária: principais obstáculos e restrições

Chegados a este ponto, importa salientar a principal dificuldade que advém da teoria da sede: a manutenção da personalidade jurídica das sociedades comerciais⁹⁵. Em boa verdade, em qualquer transferência internacional da sede societária existe a conexão entre dois ordenamentos jurídicos, o Estado de Origem (de Saída) e o Estado de Acolhimento, o que conseqüentemente desencadeia um conflito de interesses. A posição jurídico-societária assumida por cada Estado (de origem e de acolhimento) pode variar consoante a teoria vigente em cada um deles.

Atendendo aos sistemas jurídicos que adotam a teoria da sede real, poderá mesmo dizer-se que haverá uma “sucessão do estatuto pessoal societário”⁹⁶, uma vez que a sociedade comercial passará a ser regida pela lei onde tenha efetivamente a sede, isto é, passará a ser regida pela lei do Estado para onde se deslocou.

Assim, tem-se entendido que a transferência da sede de qualquer sociedade comercial para um Estado que adote a teoria da sede real implica, necessariamente, a extinção da personalidade jurídica. Claro está que tal situação acarreta conseqüências, nomeadamente a constituição de uma nova pessoa coletiva conforme o Direito da nova sede.

⁹³ Embora este autor utilize constantemente a expressão “pessoa coletiva” para desenvolver este raciocínio, entende-se admissível ficcionar tal expressão ao objeto de estudo em questão, que são naturalmente, as sociedades comerciais, visto que estas são consideradas pessoas coletivas de direito privado.

⁹⁴ *Idem*, p. 346.

⁹⁵ Ainda que ambas tenham fracassado, é de salientar que para resolver este problema foram instituídas duas convenções internacionais: a Convenção de Haia de 1 de Junho de 1951 relativa ao Reconhecimento da Personalidade Jurídica das Sociedades e a Convenção de Bruxelas de 29 de Fevereiro de 1968 sobre o Reconhecimento Mútuo de Sociedades e Pessoas Coletivas.

⁹⁶ *Idem*, p. 59.

Só não será assim, quando a sede real coincidir com a sede da constituição. Neste sentido, destaca-se, uma vez mais, a posição de LIMA PINHEIRO. Segundo este autor, quando a sede da administração coincide com a sede da constituição, a teoria da sede real ganha um sentido inútil⁹⁷, sendo uma mera “...qualificação da teoria da Constituição”. A teoria da sede real só tem um efetivo propósito quando haja uma discordância entre o lugar da sede efetiva da administração e o local da sede da constituição da sociedade transferida.

Os defensores da teoria da sede real contradizem tal entendimento. Segundo estes, a motivação da transferência da sede pretendida pela sociedade não conduz à extinção da personalidade jurídica da mesma e, por sua vez, à criação de uma nova sociedade, uma vez que, se o entendimento fosse esse, os sócios/fundadores da sociedade procederiam de forma distinta: dissolvendo a sociedade no Estado de saída e criando uma nova sociedade no Estado para o qual pretendiam fixar a sua sede⁹⁸. Muito embora ainda não tenham suportado qualquer argumento sólido que refute tal pensamento.

Por outro lado, os mesmos entendem que a autonomia da vontade inerente à teoria da constituição coloca em causa os interesses de terceiros e do próprio comércio jurídico, sendo como que uma “porta aberta” para a permissividade de constituição de pessoas coletivas em Estados que são verdadeiros “paraísos fiscais”⁹⁹. A lei da constituição não assegura os interesses legítimos de terceiros, tais como os credores da sociedade, nem o tráfico jurídico em geral, na medida em que a liberdade de escolha das partes, quanto ao direito aplicável àquela sociedade pode ser estranha à atividade da mesma. Acrescentam ainda que, o facto de se atender unicamente ao local de constituição da sociedade, desconsiderando-se por completo o local onde a sociedade exerça a sua atividade, dá lugar à aplicação de uma lei sem real conexão com a mesma, o que significa que, países que adotem tal teoria, não têm em consideração o efetivo funcionamento da sociedade. Ora, tal situação implicará eventuais situações de fraude à lei¹⁰⁰. Nas palavras de DÁRIO MOURA VICENTE, “...a incorporation theory pode conduzir à sujeição da sociedade a uma lei a ela estranha, com prejuízo para os interesses dos credores sociais e do Estado onde a sociedade desenvolve predominantemente a sua actividade.”¹⁰¹.

⁹⁷ LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, cit., p. 155.

⁹⁸ RAÚL VENTURA, «A sede da sociedade...», cit., p. 493.

⁹⁹ Neste seguimento v. JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito...*, cit., p. 346 e ainda A. FERRER CORREIA, *Lições de Direito...*, cit., pp. 85 e seguintes.

¹⁰⁰ ANABELA SUSANA DE SOUSA GONÇALVES, «A influência...», cit., p. 52.

¹⁰¹ DÁRIO MOURA VICENTE, «Liberdade de Estabelecimento...», cit., p. 138-139.

No entanto, não nos parece que a teoria da sede real seja uma via possível para acautelar tais interesses, pelo menos na sua forma integral. De facto, e como afirma LIMA PINHEIRO “Os terceiros que entram em contacto com a pessoa coletiva fora do país da sede da administração têm de indagar do lugar da sede da administração, consultar o registo aí organizado e averiguar o conteúdo do Direito aí vigente. Por conseguinte, a tutela destes interesses tem de passar por conexões especiais, que limitam o estatuto da pessoa coletiva, quer se adote a teoria da constituição ou a teoria da sede.”¹⁰².

O mesmo se diga relativamente ao comércio jurídico em geral, uma vez que com a extinção da pessoa coletiva, a própria sociedade terá de adaptar-se às condições comerciais impostas pelo novo Estado.

Destarte, tem-se entendido que a teoria da constituição não coloca entraves à transferência internacional da sede das sociedades comerciais¹⁰³. A autonomia privada com que as partes se pleiteiam quanto à constituição de sociedades não provoca uma alteração do estatuto pessoal das mesmas, uma vez que a lei de constituição permanecerá, independentemente da transferência da sua sede para outro Estado. Pelo que neste ponto, parece a teoria da constituição ganhar vantagem sobre a teoria da sede real.

Não obstante o exposto, urge dizer que existem cada vez mais países em defesa da mitigação de ambas as teorias, sendo Portugal¹⁰⁴ um dos principais defensores. De facto, não há um verdadeiro sentido útil para a alternativa absoluta entre a teoria da sede e a teoria da constituição. Senão veja-se.

No momento da constituição da pessoa coletiva (sociedade comercial), a teoria da sede nem sequer deveria ser pensada, uma vez que a sede da administração ainda não existe. Esta teoria só tem relevância *a posteriori*¹⁰⁵.

Como anteriormente já se pôde constatar, em sociedades que detenham diversos centros administrativos espalhados em diferentes países, nos quais sejam praticados atos de gestão corrente, torna-se difícil determinar qual a sede principal e efetiva da administração da mesma. A determinação do local onde se encontra a sede real pode suscitar sérios problemas,

¹⁰² LUIS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, cit., p. 163.

¹⁰³ Todavia, existem exceções, conforme se pode verificar no Ac. *Daily Mail* que *infra* se aprofundará com mais pormenor.

¹⁰⁴ Cfr. o disposto nos artigos 33º do CC e 3º do CSC.

¹⁰⁵ LUIS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, cit., p. 160. Com o mesmo entendimento, DÁRIO MOURA VICENTE, «Liberdade de Estabelecimento...», cit., p. 142 e RAÚL VENTURA, «A sede da sociedade...», cit., p. 472, acrescentando que nesse momento ainda nem sequer estão definidos os órgãos pertencentes à administração da empresa.

uma vez que, atualmente existe a chamada “sociedade de informação”, na qual não é necessária a presença física de alguém num determinado local, para a mesma ter eficácia¹⁰⁶

Por outro lado, sendo a sociedade comercial constituída por entidades públicas a teoria da sede não pode ser desligada da teoria da constituição¹⁰⁷, não tendo aquela qualquer autonomia em relação a esta. A teoria da sede só teria autonomia no caso de a sociedade ser constituída sem a intervenção de órgãos públicos, o que nem sempre acontece. Pelo que, mediante esta situação, a teoria da sede teria um reduzido sentido prático, uma vez que o Direito do Estado de constituição teria de ser sempre observado. Ao invés, a teoria da sede não faz qualquer distinção entre a constituição de sociedades com a intervenção de órgãos públicos ou privados, o que poderá traduzir-se numa vantagem, uma vez que a teoria da constituição não dá uma resposta para a determinação do Direito aplicável, no caso de sociedades constituídas por entidades privadas¹⁰⁸.

No que concerne à teoria da constituição, no seio das chamadas sociedades transnacionais, impõe-se que a sede da administração coincida com o local onde a sociedade foi constituída, o que na nossa opinião constitui uma verdadeira limitação¹⁰⁹.

Assim, denotam-se fortes razões para crer que a melhor solução será a atenuação de ambas as teorias, como veio a defender-se, também, no Direito Italiano¹¹⁰, Direito francês¹¹¹ e no Direito Suíço¹¹² - ainda que a teoria da sede real se aplique a título subsidiário.

¹⁰⁶ *Ibidem*.

¹⁰⁷ Tendo em atenção que os órgãos públicos aplicam sempre o Direito Local (Direito de Constituição).

¹⁰⁸ LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, cit., p. 160.

¹⁰⁹ *Idem*, p. 164.

¹¹⁰ Cfr. o disposto no artigo 25º da Lei da Reforma do Direito Internacional Privado Italiana (*Legge 31 maggio 1995, n. 218 (in Gazz. Uff., 3 giugno 1995, n. 128, s.o.). Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*), o qual se transcreve:

“Art. 25. Società ed altri enti.

1. Le società, le associazioni, le fondazioni ed ogni altro ente, pubblico o privato, anche se privo di natura associativa, sono disciplinati dalla legge dello Stato nel cui territorio è stato perfezionato il procedimento di costituzione. Si applica, tuttavia, la legge italiana se la sede dell'amministrazione è situata in Italia, ovvero se in Italia si trova l'oggetto principale di tali enti.

2. In particolare sono disciplinati dalla legge regolatrice dell'ente:

a) la natura giuridica;

b) la denominazione o ragione sociale;

c) la costituzione, la trasformazione e l'estinzione;

d) la capacità;

e) la formazione, i poteri e le modalità di funzionamento degli organi;

f) la rappresentanza dell'ente;

g) le modalità di acquisto e di perdita della qualità di associato o socio

nonché i diritti e gli obblighi inerenti a tale qualità;

h) la responsabilità per le obbligazioni dell'ente;

Nos Estados Unidos da América evidencia-se a atenuação da teoria da constituição, mediante as vulgarmente designadas “sociedades pseudo-estrangeiras”¹¹³ em certas legislações de alguns Estados (como Nova Iorque e Califórnia)¹¹⁴.

Mas mesmo ao nível da doutrina, já se começa a desenvolver esse raciocínio. Ainda que LIMA PINHEIRO¹¹⁵ seja um verdadeiro apoiante da teoria da constituição, o mesmo vem defender uma teoria da constituição atenuada¹¹⁶ com a introdução de conexões especiais para a tutela dos interesses de terceiros e do comércio jurídico em geral. As conexões especializadas têm a função de adaptar a teoria da constituição às circunstâncias e factos de cada caso em concreto, de modo a atender aos interesses em causa. Exemplos de conexões especiais seriam a sujeição de registo onde a atividade da empresa esteja a ser desenvolvida ou a atribuição de capacidade jurídica no Estado onde a empresa celebra negócios jurídicos.

Em Portugal, é obrigatório o registo de sociedades estrangeiras que exerçam a sua atividade em Portugal por mais de um ano¹¹⁷, à luz do disposto no n.º1 do artigo 4.º do CSC. Atendendo ao preceito legal *supra* referido, note-se que a imperatividade do registo e a representação permanente não incidem sobre sociedades constituídas no estrangeiro, mas sobre sociedades que não tenham sede efetiva em Portugal.

1) le conseguenze delle violazioni della legge o dell'atto costitutivo.

3. I trasferimenti della sede statutaria in altro Stato e le fusioni di enti con sede in Stati diversi hanno efficacia soltanto se posti in essere conformemente alle leggi di detti Stati interessati.”

¹¹¹ V. *articles 1837-1 e 1837-2 do Code Civile français e articles 210-3, § 1 do Code de Commerce.*

¹¹² Artigo 154.º da Lei Federal Suíça de Direito Internacional Privado:

“Art. 154 III. Droit applicable/ 1. Principe

III. Droit applicable

1. Principe

¹ *Les sociétés sont régies par le droit de l'État en vertu duquel elles sont organisées si elles répondent aux conditions de publicité ou d'enregistrement prescrites par ce droit ou, dans le cas où ces prescriptions n'existent pas, si elles se sont organisées selon le droit de cet Etat.*

² *La société qui ne remplit pas ces conditions est régie par le droit de l'État dans lequel elle est administrée en fait.”*

¹¹³ Sociedades que foram constituídas num determinado Estado, mas que têm a sua sede de administração noutro Estado distinto.

¹¹⁴ E.R., LATTY, *Pseudo-Foreign Corporations*, Yale Law Journal 137, n.º 65, 1955, pp. 138 e seguintes; PETER HAY/RUSSEL J. WEINTRAUB/PATRICK J. BORCHERS, *Conflict of Laws, Cases and Materials*, fourteenth edition, Foundation Press, 2013, p. 1001.

¹¹⁵ *Idem*, p. 165.

¹¹⁶ Com exceção das sociedades pseudo-estrangeiras, uma vez que entende que estas devem ser regidas pela lei onde se encontra a sua atividade principal.

¹¹⁷ À exceção das sociedades que beneficiam da liberdade de prestação de serviços prevista na Diretiva n.º 2006/123/CE.

3. Direito aplicável às sociedades comerciais portuguesas

O ordenamento jurídico português contém duas disposições legais – artigo 3º do CSC¹¹⁸ e artigo 33º do CC - relativas à determinação da lei pessoal aplicável às sociedades comerciais, pelo que o presente ponto versará sobre a análise de ambas.

O artigo 33º do CC delimita a lei pessoal aplicável às pessoas coletivas de Direito Privado¹¹⁹, o qual desde já se transcreve: *“1. A pessoa colectiva tem como lei pessoal a lei do Estado onde se encontra situada a sede principal e efectiva da sua administração. 2. À lei pessoal compete especialmente regular: a capacidade da pessoa colectiva; a constituição, funcionamento e competência dos seus órgãos; os modos de aquisição e perda da qualidade de associado e os correspondentes direitos e deveres; a responsabilidade da pessoa colectiva, bem como a dos respectivos órgãos e membros, perante terceiros; a transformação, dissolução e extinção da pessoa colectiva.”*¹²⁰.

Ora, como já supramencionado as sociedades comerciais são pessoas coletivas de Direito Privado, pelo que tal disposição legal se aplica perfeitamente às mesmas. Todavia, o nosso legislador foi mais longe, criando uma norma específica referente à lei pessoal aplicável às sociedades comerciais prevista no artigo 3º do CSC. Assim, pode concluir-se que existe, no nosso sistema jurídico, uma norma especial e uma norma geral neste âmbito, ainda que em rigor apenas seja aplicável a lei especial.

O artigo 3º do CSC determina que a lei pessoal aplicável às sociedades comerciais portuguesas¹²¹ é a *“...lei do Estado onde se encontre situada a sede principal e efectiva da sua administração.”*, tal como expõe o preceito legal da norma do artigo 33º do CC. Facto que nos leva a pensar que Portugal é um dos países que adota a teoria da sede real. No entanto, se

¹¹⁸ Esta lei vem revogar o preceito estatuído no DL n.º 76-A/2006, de 29 de março, com o intuito de suprimir a exigência da escritura pública no caso da transferência da sede da administração da sociedade para Portugal.

¹¹⁹ Segundo LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito internacional...*, cit., p. 173, a disposição legal do artigo 33º do CC não se aplica às pessoas coletivas de Direito Público, porquanto estas se regem somente pela teoria da constituição.

¹²⁰ No entendimento de RAÚL VENTURA, «A sede da sociedade...», cit., p. 473, enquanto não existir a sede efetiva, esta norma deve ser interpretada no sentido de que a lei pessoal aplicável à pessoa coletiva é a lei do Estado onde se tenha fixado a sede estatutária.

¹²¹ Na visão de ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Código das Sociedades Comerciais Anotado (Coord. António Menezes Cordeiro)*, 2ª edição, Coimbra, Almedina, 2014, p. 77, o artigo 3º do CSC apresenta-se ajustado a todas as sociedades que sendo constituídas, como pessoas coletivas, com a intervenção de órgãos políticos, realizam uma atividade económica.

olharmos para a última parte do n.º1 do artigo 3.º do referido diploma, verificamos que existe um desvio aplicável à primeira parte da norma supramencionada¹²².

O artigo 3.º, n.º1 do CSC, vem dispor o seguinte: *“1 - As sociedades comerciais têm como lei pessoal a lei do Estado onde se encontre situada a sede principal e efectiva da sua administração. A sociedade que tenha em Portugal a sede estatutária não pode, contudo, opor a terceiros a sua sujeição a lei diferente da lei portuguesa.”* (sublinhado nosso)

Com efeito, a sociedade que tenha sede estatutária em Portugal, mas tenha a sede da administração no estrangeiro não pode opor a terceiros a lei pessoal estrangeira, o que significa que o nosso sistema jurídico “abre uma porta” à teoria da constituição. Claro está que esta inoponibilidade de terceiros só se verifica no caso de a sede estatutária e real da sociedade se situarem em locais distintos. Assim sendo, denota-se que, nas relações externas (relações da sociedade com terceiros) prevalece a lei da sede estatutária, ao passo que nas relações internas (relações da sociedade com os seus sócios) prevalece a lei da sede real ou efetiva da sociedade. Por isso se diz que Portugal adota a mitigação de ambas as teorias. Mas porque teria o legislador incutido tal ressalva? De forma a acautelar os interesses e a confiança de terceiros (de boa-fé), defendendo-se, assim, a tutela da aparência, uma vez que o facto de a sociedade ter a sua sede estatutária fixada num determinado país, poderá gerar nos mesmos a convicção de que a sede efetiva da mesma se situe nesse país¹²³.

Chegados a este ponto, a principal questão que se coloca é a de saber se o teor da norma supracitada deve ser interpretado no sentido de existir uma conexão optativa entre o Direito onde se situe a sede estatutária ou o Direito estrangeiro, correspondente à lei da sede real. No domínio da legislação francesa¹²⁴, é este o pensamento adotado, o que significa que os terceiros têm a possibilidade de escolher por qual dos Direitos a sociedade passa a reger-se, se pelo Direito português (da sede estatutária) ou se pelo Direito estrangeiro (da sede da administração efetiva)¹²⁵. Porém e, seguindo a posição defendida por LIMA PINHEIRO¹²⁶ e ANABELA DE SOUSA GONÇALVES¹²⁷, o desvio adotado pelo legislador português deve ser interpretado, não no seu

¹²² Tal desvio é claramente inspirado pela lei francesa, ainda que com interpretações e ensejos distintos.

¹²³ ANABELA SUSANA DE SOUSA GONÇALVES, «A influência...», *cit.*, p. 53.

¹²⁴ Art.º 3, n.º2 da Lei n.º 66-537, de 24.07, retomado pelo art. 210-3 do Code de commerce e acolhido às sociedades civis pelo art.º 1837, n.º2 do Code Civil.

¹²⁵ LUIS DE LIMA PINHEIRO, *Direito internacional...*, *cit.*, p. 176. Assim como ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, *Direito Internacional...*, *cit.*, pp. 128-129 e 253-254.

¹²⁶ *Ibidem*.

¹²⁷ ANABELA SUSANA DE SOUSA GONÇALVES, «A influência...», *cit.*, p. 53.

sentido literal, mas seguindo o entendimento de que o direito aplicável é o Direito português da sede estatutária nas relações externas, exceto se estes tiverem fortes razões¹²⁸ para aplicar o Direito da sede da administração. De facto, a conexão optativa não consagraria a proteção da confiança de terceiros, seria sim, mais uma vantagem para os mesmos, mediante a opção da lei que fosse mais conveniente aos seus interesses¹²⁹, o que não nos parece ser o efeito pretendido pelo nosso legislador.

Por outro lado, e como já *supra* referido, a transferência da sede real das sociedades comerciais pode implicar uma modificação da sua lei pessoal, podendo mesmo provocar a extinção da própria sociedade perante o Direito do Estado de saída e, em consequência, implicar a constituição de uma nova perante o Direito do Estado de acolhimento.

Todavia, este problema não se coloca no Direito português, prevalecendo a ideia da manutenção da personalidade jurídica da sociedade que pretende transferir a sua sede da administração para outro Estado. Ideal plenamente consagrado pelo disposto no artigo 33º, nº3 CC e pelo artigo 3º, nº2 e 4 do CSC.

Nos termos do disposto do artigo 33º, nº3 do CC, *“A transferência de um Estado para outro, da sede da pessoa coletiva não extingue a personalidade jurídica desta, se nisso convierem as leis de uma e outra sede.”*, o que significa que a personalidade jurídica de qualquer pessoa coletiva, aquando dessa transferência, só persiste se ambas as leis admitirem essa transferência¹³⁰.

Todavia, RAÚL VENTURA¹³¹ vem desenvolver um raciocínio interessante sobre o teor desta norma. De acordo com este autor, a não distinção entre a sede real e estatutária da pessoa coletiva deve ser suprida pelo recurso à omissão prevista no nº1 da mesma norma. Neste sentido, quer no disposto no nº1, quer no disposto no nº3 do artigo 33º do CC, vem o autor defender que deve considerar-se a sede estatutária da sociedade. Mas mais, o mesmo vem afirmar que a manutenção da personalidade jurídica só tem um verdadeiro sentido útil, na situação em que o Estado de origem e de acolhimento tenham leis pessoais aplicáveis distintas, dando o exemplo de que, no caso de o Estado de origem e de acolhimento defenderem a teoria

¹²⁸ Como por exemplo no caso de contratos entre filiais de sociedades transnacionais que foram celebrados na sequência de contactos entre sociedades-mães, quando as filiais estejam situadas e administradas no Estado em que se situa a sede estatutária e o centro superior de decisão da sociedade-mãe. Nesta situação, os terceiros devem contar com a aplicação do Direito da sede da administração da sociedade-mãe e da filial em simultâneo. V., LUIS DE LIMA PINHEIRO, *Direito internacional...*, cit., p. 177.

¹²⁹ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Código das...*, cit., p. 78.

¹³⁰ Nas palavras de LUIS DE LIMA PINHEIRO, trata-se de uma “conexão cumulativa simples”, v. *idem*, p. 210.

¹³¹ RAÚL VENTURA, «A sede da sociedade...», cit., pp. 497 a 499.

da constituição, a questão da extinção da personalidade jurídica nem se coloca, na medida em que não há convergência entre duas teorias e, desta forma, não surgiria a dúvida de uma possível alteração da lei pessoal. Ainda no entendimento deste autor quanto à manutenção da personalidade jurídica do artigo 33º, nº3 do CC, o mesmo vem defender que o maior problema de interpretação desta norma não reside nas consequências da mudança da lei pessoal, mas na interpretação do silêncio da manutenção da personalidade jurídica da sociedade pelo Estado de acolhimento. Tal situação significa admitir o aproveitamento pelas partes da personalidade jurídica concedida por uma lei para obter um resultado estranho a essa lei, isto é, a continuação da personalidade jurídica da sociedade transferida sob uma lei diversa¹³², o que, a nosso ver, nos parece uma visão bastante dogmática e crítica.

Com a entrada em vigor do CSC, o artigo 3º do referido diploma, veio dar uma resposta mais clara e específica quanto a esta matéria, fazendo a distinção entre a transferência da sede da administração de Portugal para o estrangeiro (*inbound cross-border transfer of seat*) e do estrangeiro para Portugal (*outbound cross-border transfer of seat*). Assim resulta do nº 2 do artigo *supra* referido que a transferência da sede efetiva da sociedade, do estrangeiro para Portugal, não altera a personalidade jurídica da mesma, se a lei do Estado estrangeiro assim o permitir¹³³, conformando com a lei portuguesa o respetivo contrato social. Com efeito, deve um representante da sociedade promover o registo do contrato pelo qual a sociedade passa a reger-se (nº3 do artigo 3º do CSC), o que significa que estamos perante uma norma de Direito Internacional Privado material, a qual visa que os estatutos da sociedade transferida terão de conformar-se com a lei portuguesa.

A última parte do nº 2 do artigo 3º do CSC poderia ser interpretada no sentido de constituir um obstáculo à liberdade de estabelecimento consagrada no artigo 49º do TFUE. No entanto, tal argumento não parece colher, tanto ao nível da doutrina¹³⁴, como na jurisprudência da UE (Ac. *Centros* e *Vale*)¹³⁵, sendo defendido que o fenómeno da transferência da sede societária implica, necessariamente, uma sucessão de leis diferentes e, como tal, a vida da

¹³² *Idem*, p. 505.

¹³³ O mesmo é defendido pelo Estado Suíço, mais precisamente no art. 161 da *Loi fédérale sur le droit international privé*, disponível [in https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19870312/201704010000/291.pdf](https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19870312/201704010000/291.pdf), assim como no Direito Francês, pela redação dada pelo Article L210-6 do Code de Commerce, *in* https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?sessionId=811E038975C3EEA0C2D783872DBC2B1B.tpdila12v_1?idSectionTA=LEGISCTA000006133175&cidTexte=LEGITEXT000005634379&dateTexte=20170817

¹³⁴ ANABELA SUSANA DE SOUSA GONÇALVES, «A influência...», *cit.*, p. 67 e DÁRIO MOURA VICENTE, «Liberdade de Estabelecimento...», *cit.*, p.113.

¹³⁵ Matéria que será aprofundada *infra* (Capítulo II relativo à Parte I).

sociedade irá ser regulada por uma lei distinta daquela onde fora constituída. Razão pela qual é absolutamente compreensível a exigência, por parte do Estado português, da conformação do pacto social da sociedade transferida com a lei portuguesa. Por outro lado, é também defendido pela doutrina que há um interesse social preponderante por parte do Estado de acolhimento que pode justificar uma eventual limitação à liberdade de estabelecimento: custos sociais implicados no funcionamento e manutenção de sociedades estrangeiras no território nacional¹³⁶. A nosso ver, esta parece ser a posição mais adequada, não só para a proteção do interesse social, mas também para a própria certeza e segurança jurídica da sociedade relativamente à lei pessoal aplicável, bem como para a proteção de terceiros interessados.

No caso de a transferência ser realizada de Portugal para o estrangeiro, o n.º 4 do artigo 3.º do CSC vem admitir a manutenção da personalidade jurídica da sociedade se a lei do país estrangeiro assim consentir¹³⁷. Para que tal transferência opere, é necessária a realização de uma deliberação, tomada por 75% dos votos correspondentes ao capital social da sociedade, sendo que os sócios que não votem a favor da deliberação podem exonerar-se da mesma¹³⁸.

Ora, perante a análise dos referidos preceitos legais, verifica-se que as disposições referentes à transferência da sede vertidas no artigo 3.º do CSC se reportam exclusivamente à sede da administração, o que significa que estão somente em causa situações em que existe *“...uma sucessão de leis aplicáveis às matérias de estatuto societário.”*¹³⁹. Contudo, a omissão das regras sobre a transferência internacional da sede estatutária não se coaduna com a mitigação da teoria da constituição e da sede real defendida pelo legislador português, uma vez que existe a presunção de que a transferência da sede estatutária é acompanhada da transferência da sede da administração¹⁴⁰. Assim sendo, denota-se que há uma lacuna na lei, que poderá criar possíveis dificuldades. Com efeito, tal presunção poderá ser uma possível via para solucionar a falha existente no preceito da norma, visto que se a transferência da sede estatutária é acompanhada da transferência da sede da administração, deve entender-se que os artigos 3.º, n.º3 do CC, assim como os artigos 3.º, n.º3 e 4 do CSC, se aplicam analogicamente à

¹³⁶ *Ibidem, ibidem.*

¹³⁷ A este respeito, veja-se o disposto no artigo 3.º, n.º1, alínea o) do CRC, o qual exige o registo da transferência da sede da sociedade comercial de Portugal para o estrangeiro.

¹³⁸ Note-se que nas sociedades por quotas, tal exoneração só se verifica quando os sócios votem expressamente contra essa transferência – artigo 240.º, n.º1, alínea a) do CSC.

¹³⁹ *Idem*, p. 54.

¹⁴⁰ LUIS DE LIMA PINHEIRO, *Direito internacional..., cit.*, pp. 212 e 213, ainda que tal possa ser ilidível. Porém, já não existe a presunção de que a transferência da sede da administração implica a transferência da sede estatutária.

transferência da sede estatutária. Uma outra situação em que se deve aplicar, por analogia, a disposição legal do artigo 3º do CSC, mais precisamente o seu nº5, reside no caso da transferência isolada da sede estatutária de Portugal para o estrangeiro. Em boa verdade, a transferência exclusiva da sede estatutária de uma sociedade de Portugal para o estrangeiro, tem apenas como consequência a alteração do contrato de sociedade¹⁴¹. Razão pela qual se entende que a deliberação exigida por maioria qualificada dos sócios da mesma, para a transferência da sociedade nas condições elencadas no nº 5 do artigo 3º do CSC se poderá aplicar plenamente no caso da transferência isolada da sede estatutária.

No entanto, não é dada qualquer relevância ao caso da transferência da sede de uma sociedade comercial de um Estado estrangeiro, para outro Estado estrangeiro, ainda que haja uma disposição legal aplicável às pessoas coletivas em geral (artigo 33º, nº3 do CC). No entendimento de ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS¹⁴², Portugal não deve opor-se à aplicação analógica do artigo 3º, nº 2 e 5 do CSC a este género de situações, isto é, o ordenamento jurídico português não deve obstar à manutenção da personalidade jurídica da sociedade comercial que pretende transferir a sua sede de um Estado estrangeiro para outro Estado estrangeiro.

4. Exercício da atividade por sociedades de estatuto pessoal estrangeiro

Um dos limites relativos à competência da lei pessoal reside precisamente quanto às sociedades comerciais que sejam regidas pela lei de um Estado estrangeiro e pretendam exercer atividade num outro Estado. Quando tal situação acontece, há que ter em atenção duas posições distintas: a dos sistemas que adotam a teoria da constituição e os sistemas que adotam a teoria da sede real ou efetiva. Nos sistemas que seguem a teoria da constituição, tal facto é visto como uma atenuação desta teoria, uma vez que o Estado de constituição irá contactar com a lei pessoal vigente no Estado onde a sociedade exerce a sua atividade. Por sua vez, os sistemas

¹⁴¹ Neste sentido, a deliberação dos sócios terá de respeitar um quórum deliberativo específico, previsto para a alteração do mesmo, dependendo do tipo de sociedade em questão. Assim, para as sociedades em nome coletivo, é necessário a unanimidade dos sócios pertencentes à sociedade para a alteração do contrato, cfr. prevê o artigo 194º, nº1 do CSC; nas sociedades por quotas, é exigida a maioria de 3/4 dos votos correspondentes ao capital social por força do disposto no artigo 265º, nº1 do CSC; nas sociedades anónimas, tal alteração do contrato de sociedade, é aprovado por 2/3 dos votos emitidos à luz do disposto no artigo 386º, nº3 e 4 do CSC; nas sociedades em comandita simples, é exigida a unanimidade da deliberação sobre alterações ao contrato de sociedade por força do artigo 476º, nº1 do CSC; nas sociedades em comandita por ações aplicam-se as regras correspondentes às sociedades anónimas, atendendo ao disposto no artigo 478º do CSC, v. MARIA MIGUEL CARVALHO, «Quem não está...», *cit.*, p. 20.

¹⁴² ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, *Direito...*, *cit.*, p. 261; v. também ANABELA SUSANA DE SOUSA GONÇALVES, «A influência...», *cit.*, p.56.

que seguem a teoria da sede real entendem que esta competência em nada interfere com a determinação da lei pessoal da sociedade, o que significa que para os países que defendem esta teoria, tal situação não é um problema¹⁴³.

No nosso ordenamento jurídico, a competência para este género de situações é vista como um problema de “reconhecimento da capacidade funcional das sociedades de estatuto pessoal estrangeiro”¹⁴⁴, traduzindo-se numa restrição à competência da lei pessoal elencada no artigo 3º do CSC. Neste sentido, vem o artigo 4º do CSC dar uma resposta clara, destacando-se, assim, o regime aplicável às sociedades comerciais estrangeiras.

As sociedades comerciais estrangeiras são sociedades que exercem a sua atividade num determinado Estado, sendo constituídas e tendo a sua sede num outro Estado. Ora, pela definição apresentada é perceptível que este tipo de sociedades contacta com diversos ordenamentos jurídicos, o que conseqüentemente irá provocar um conflito de normas internas.

A este respeito, e como já *supra* referido, tem o sistema jurídico português dado uma resposta positiva, mediante a instituição do artigo 4º do Código das Sociedades Comerciais (CSC). O nº 1 do artigo 4º do CSC vem dizer o seguinte: *“A sociedade que não tenha a sede efectiva em Portugal, mas deseje exercer aqui a sua actividade por mais de um ano, deve instituir uma representação permanente e cumprir o disposto na lei portuguesa sobre registo comercial.”* De acordo com o disposto, podemos verificar que o legislador português impõe certos requisitos às sociedades que não tenham a sua sede efetiva¹⁴⁵ em Portugal, mas que pretendam exercer atividade em Estado Português. Os motivos desta limitação podem ser vários, seja para assegurar a estabilidade do comércio em Portugal, seja para acautelar os interesses de

¹⁴³ LUIS DE LIMA PINHEIRO, *Direito internacional...*, cit., p. 196.

¹⁴⁴ *Ibidem*.

¹⁴⁵ Doutrinalmente existe uma grande divergência quanto à aplicabilidade desta norma, no sentido de esta se referir às sociedades comerciais que tenham sede real no estrangeiro ou a sociedades em que o seu estatuto pessoal seja no estrangeiro (sede estatutária e real). Tendo apenas em consideração o sentido literal da norma, parece-nos, à primeira vista, que o artigo 4º do CSC se refere somente às sociedades que não tenham a sede efetiva em Portugal, em consonância com o disposto no artigo 3º do referido diploma. Porém, e mediante uma análise mais aprofundada, a norma do artigo 4º do CSC só ganha um verdadeiro sentido quando trate de abarcar as sociedades que não tenham sede efetiva e estatutária em Portugal. E isto porquê? Imagine que existe uma sociedade que tem a sede da administração no estrangeiro, mas foi constituída ao abrigo do Direito português e, por isso tem a sede estatutária em Portugal, é certo que o registo comercial da mesma terá de ser sempre efetuado em Portugal, ao abrigo das normas do CRC, mais precisamente o artigo 3º, nº1, alínea a). Assim sendo, faria sentido exigir a uma sociedade, com estas características, a representação permanente e o registo comercial instituídos pelo disposto no artigo 4º, nº1 do CSC? A resposta é claramente negativa, v. LUIS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, cit., p. 198.

terceiros e do comércio jurídico em geral¹⁴⁶. De facto, não faria qualquer sentido, serem terceiros a indagar do lugar da sede da sociedade com quem estabelecem ligações; não seria justo terem os mesmos de consultar quais as atividades que desenvolvem, saber da sua nacionalidade, dos seus clientes e da lei que lhes é aplicável. Pelo que nos parece adequada esta restrição.

Ainda que o preceito da norma não se refira diretamente a sociedades estrangeiras, mas apenas a sociedades comerciais que não tenham sede efetiva em Portugal, tem sido relevante o seu conteúdo para a definição de sociedades estrangeiras. Tudo começa a partir da determinação da nacionalidade das sociedades comerciais. Com o Código das Sociedades Comerciais de 1833, as Companhias de Comércio eram constituídas sob autorização legislativa, sendo que se considerariam apenas nacionais, as Companhias de Comércio que tivessem sido criadas sob autorização governamental portuguesa e seriam estrangeiras aquelas que fossem constituídas segundo a legislação de outro Estado (estrangeiro). Concomitantemente, com o Código Comercial de 1888, consideravam-se sociedades comerciais nacionais, aquelas que tivessem em Portugal a sua sede social e o principal comércio¹⁴⁷ (de acordo com o disposto nos artigos 109º, 110º e 111º do referido diploma). Porém, com a aprovação do CSC atual, estes artigos foram revogados, não tendo sido reposta nova disposição acerca da nacionalidade das sociedades. Muito embora exista, de facto, uma lacuna quanto a esta matéria, continua a considerar-se nacional a sociedade que tenha sede¹⁴⁸ em Portugal, tal como dispunha a Lei das Sociedades Anónimas de 1867. Ora, a disposição legal prevista no nº1 do artigo 4º do CSC faz referência a sociedades que não tenham sede efetiva em Portugal, pelo que se presume que a mesma se dirige às sociedades estrangeiras. Assim, podemos mesmo afirmar que a norma do artigo 4º do CSC é uma norma presente no Direito dos Estrangeiros.

Desta forma, o sistema jurídico português ao exigir a representação permanente¹⁴⁹ e o registo de uma sociedade comercial que não tenha sede efetiva em Portugal e que pretenda exercer atividade por mais de um ano neste mesmo Estado, não está a limitar a atividade dos estrangeiros, está simplesmente a assegurar o interesse de terceiros e do comércio jurídico interno e geral. Razão pela qual, não consideramos que haja neste campo qualquer

¹⁴⁶ *Idem*, pp. 196 e 197, “As normas contidas no art. 4º C. Soc. Com. Desempenham um papel fundamental na proteção de terceiros no comércio jurídico local.” mas ao mesmo tempo funcionam como “...limite à competência da lei pessoal determinada nos termos do art. 3º C. Soc. Com.”

¹⁴⁷ PEDRO LEITÃO PAIS DE VASCONCELOS, *Sociedades Comerciais Estrangeiras – O art. 4º do Código das Sociedades Comerciais*, Coimbra, Almedina, 2015, pp. 49 e 50.

¹⁴⁸ *Ibidem*. Neste prisma, considera-se a sede efetiva e principal da sociedade, isto é, a sede real.

¹⁴⁹ Nomeadamente a partir da constituição de uma agência, sucursal ou filial ou outras formas de representação previstas no artigo 12º do CSC.

desvantagem para com as sociedades estrangeiras, uma vez que as próprias sociedades comerciais nacionais apenas adquirem personalidade jurídica aquando o seu registo¹⁵⁰. No entanto, nem todos os Estados têm uma legislação como a nossa neste tipo de situações, na medida em que nem todos os Estados consideram que a *lex societatis* aplicável em caso de transferência da sede das sociedades comerciais seja a lei onde se encontra a sede real, o que poderá conduzir a um conflito de normas internas.

Não obstante o exposto, o regime instituído em Portugal neste âmbito, permite às sociedades comerciais estrangeiras exercer a sua atividade em território português durante um ano sem estabelecerem uma representação permanente nem terem de cumprir as disposições vigentes no Registo Comercial Português¹⁵¹. Pelo que pode mesmo dizer-se que, neste caso, estas estão em vantagem perante as sociedades comerciais nacionais, na medida em que estas não podem exercer a sua atividade sem procederem previamente ao seu registo, conforme se pode verificar pelo disposto nos artigos 3º, nº2 e 18º do CSC.

Assim sendo, após o prazo de um ano, o regime aplicável às sociedades estrangeiras, é praticamente similar ao regime aplicável às sociedades portuguesas. Pode assim concluir-se que, todas as sociedades comerciais que exerçam atividade em Portugal têm, obrigatoriamente, de estar registadas no registo comercial português, à exceção das sociedades comerciais estrangeiras durante o primeiro ano de atividade em Portugal. Por sua vez, da conjugação dos artigos 3º, 4º e 18º do CSC, resulta um sistema de registo obrigatório aplicável a todas as sociedades comerciais, quer sejam portuguesas, quer sejam estrangeiras. As sociedades com sede estatutária em Portugal, mesmo não tendo aí a sua sede real, terão de cumprir as exigências de registo previstas no CSC, bem como no CRC, porque mesmo que o centro de decisões da mesma não esteja instalado em Portugal, sempre terão atividades acessórias neste país; as sociedades com sede efetiva em Portugal, ainda que não tenham a sua sede estatutária na mesma, terão de aí registar-se, uma vez que possuem nacionalidade portuguesa e, como tal é obrigatório o seu registo por força do artigo 3º do CSC; as sociedades comerciais estrangeiras estão obrigadas a registar-se, como já referido, à luz do artigo 4º do CSC¹⁵².

Por outro lado, é de notar que o legislador português optou por recorrer à “atividade” como critério delimitador e, já não, a conceitos como “estabelecimento” ou “empresário”, o que

¹⁵⁰ *Idem*, p. 52.

¹⁵¹ Artigos 10º, alínea c) e d), assim como o artigo 40º, nº2 do CRC.

¹⁵² *Idem*, p. 54.

nos parece uma escolha inteligente. O artigo 4º do CSC diz respeito a atividades desenvolvidas em Portugal por estrangeiros, o que significa que tal preceito legal se refere a sujeitos que estejam ou não em território nacional. Razão pela qual não faria sentido fazer referência ao sujeito empresarial. O mesmo se diga relativamente à referência ao estabelecimento - conjunto de situações jurídicas que incidem sobre os bens de uma empresa - uma vez que é um conceito que pode ter vários significados, bem como ser interpretado de forma distinta em vários sistemas jurídicos e, neste seguimento, entendeu o legislador apenas dar relevância à atividade da sociedade como forma de evitar a polissemia vigente das noções supracitadas¹⁵³. Aliás, é evidente o recurso à atividade em todo o preceito do artigo 4º do CSC, começando logo na epígrafe do artigo *“Sociedades com atividade em Portugal”*, até ao nº 4 do mesmo *“...não se aplica a sociedades que exerçam atividade em Portugal...”*. Nas palavras de PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *“A atividade é o conjunto ordenado de atos praticados por um ou mais sujeitos...”*¹⁵⁴. Esta afeição tem-se vindo a refletir ao longo do nosso Direito Comercial, denotando-se, cada vez mais, a sobrevalorização do comércio e a sua atividade em prol do comerciante.

Por conseguinte, o nº2 do artigo 4º do CSC estipula que a violação das condições impostas pelo nº1 da norma referida, tem como consequência, a responsabilidade da mesma pelos atos praticados em seu nome em Portugal, bem como a responsabilidade solidária das pessoas que os tenham praticado, assim como os gerentes ou administradores da mesma. Neste sentido, pode questionar-se se a exigência da criação de uma representação permanente (artigo 4º, nº1 do CSC) não é contrária ao regime da liberdade de circulação de serviços inerente ao Direito da União Europeia.

O artigo 49º do TFUE vem expor o seguinte: *“No âmbito das disposições seguintes, são proibidas as restrições à liberdade de estabelecimento dos nacionais de um Estado-Membro no território de outro Estado-Membro. Esta proibição abrangerá igualmente as restrições à constituição de agências, sucursais ou filiais pelos nacionais de um Estado-Membro estabelecidos no território de outro Estado-Membro.*

A liberdade de estabelecimento compreende tanto o acesso às atividades não assalariadas e o seu exercício, como a constituição e a gestão de empresas e designadamente de sociedades, na aceção do segundo parágrafo do artigo 54.o, nas condições definidas na legislação do país de

¹⁵³ Assim sucede, também, na Lei da Defesa da Concorrência (art.º 3º da Lei nº 19/2012, de 8 de maio); no CIRE, contendo sucessivamente disposições relativas à atividade do insolvente; DL nº 92/2010, de 26 de julho, que regula Princípios e Regras para simplificar o livre acesso e exercício das atividades de serviços.

¹⁵⁴ *Idem*, p. 58.

estabelecimento para os seus próprios nacionais, sem prejuízo do disposto no capítulo relativo aos capitais.” (sublinhado nosso)

Ora, tendo em consideração o disposto na norma, os Estados-membros só não podem criar obstáculos à criação de sucursais, agências ou filiais (formas de representação local), mas podem exigir que a sociedade, que pretende exercer atividade no seu Estado, institua no mesmo uma representação local, nos casos em que o Direito da União Europeia o permita¹⁵⁵. Com o mesmo entendimento, veja-se a posição assumida pelo Tribunal de Justiça no Acórdão *Centros*¹⁵⁶, Processo n.º C-212/97, de 09/03/1999 ao declarar que “...as disposições do Tratado relativas à liberdade de estabelecimento visam precisamente permitir às sociedades constituídas em conformidade com a legislação de um Estado membro, e que têm a sua sede social, a sua administração central ou o seu estabelecimento principal na Comunidade, exercerem, por intermédio de uma agência, de uma sucursal ou de uma filial, atividades noutros Estados membros”, o que pressupõe que o exercício da liberdade de estabelecimento é realizado mediante a constituição de uma representação permanente¹⁵⁷.

Assim, a exigência da constituição de representação permanente a uma sociedade que não tenha sede em Portugal e que pretenda exercer a sua atividade em Portugal, por mais de um ano, é compatível com a liberdade de circulação de serviços prevista no artigo 49.º do TFUE.

Todavia, não deve olvidar-se a sanção principal da violação do n.º 1 do artigo 4.º do CSC, que é precisamente o estatuído no n.º 3 do referido preceito legal. Segundo o qual se prevê que, no caso de não serem respeitados os limites impostos pelo n.º 1, o tribunal pode, através de requerimento de qualquer interessado ou do MP, ordenar que a sociedade cesse a sua atividade em Portugal, bem como decretar a liquidação do património situado neste.

¹⁵⁵ *Idem*, p. 289.

¹⁵⁶ Matéria a aprofundar no capítulo seguinte.

¹⁵⁷ Ainda neste sentido, v. Ac. *Yellow Cab*, processo C-338/09, de 22.12.2010.

5. Distinção da fusão internacional das sociedades

A fusão internacional (transfronteiriça) das sociedades comerciais é outra das figuras jurídicas resultantes do fenómeno da globalização da economia¹⁵⁸, o qual se traduz na internacionalização das empresas. Por conseguinte, a mesma apresenta um duplo sentido, podendo ser vista como um fenómeno de concentração económica (primária)¹⁵⁹ ou como uma forma de modificação societária (ao lado da cisão e da transformação das sociedades).

Em termos expositivos, podemos dizer que a fusão (quer interna, quer internacional) é um processo no qual duas ou mais sociedades se unem para formar uma só¹⁶⁰, quer seja por incorporação, quer seja por concentração. A fusão por incorporação consiste numa modalidade de fusão das sociedades no qual uma sociedade (incorporada) se integra numa outra sociedade (incorporante). Ao invés, na fusão por concentração, há a constituição de uma nova sociedade, para o qual são globalmente transferidos os patrimónios das sociedades fundidas. No sistema jurídico português, esta diferenciação encontra-se plenamente consagrada no artigo 97º, nº 4, alíneas a) e b) do CSC, respetivamente.

De iure condendo, o fenómeno da fusão das sociedades era visto como operação de extinções. Com este entendimento, na fusão por incorporação, há a extinção da sociedade incorporada na sociedade incorporante e a transmissão do seu património para esta, enquanto na fusão por concentração, há a extinção de duas ou mais sociedades pré-existentes e a inserção do seu património na esfera jurídica de uma sociedade nova, constituída para esse efeito¹⁶¹. Contudo, esta visão limitaria a autonomia jurídica da fusão em si, uma vez que a extinção provocaria a liquidação da sociedade, a qual criaria uma série de operações prolongadas que, conseqüentemente instigariam a morosidade do próprio processo de fusão, assim como seria vista como uma “sucessão universal”¹⁶². Este conceptualismo foi melhorado

¹⁵⁸ Como resultado da globalização foram implementadas outras figuras afins, como sejam o agrupamento complementar de empresa, o consórcio e acordo de empresas, a empresa multinacional, a “*joint venture*” e a “*trust*”, as quais não serão analisadas no presente estudo.

¹⁵⁹ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das...*, cit., p. 1125 e DIOGO COSTA GONÇALVES, *Fusão, Cisão e Transformação de Sociedades Comerciais - A Posição Jurídica dos Sócios e a Delimitação do Statu Viae*, Coimbra, Almedina, 2008, p. 69.

¹⁶⁰ Nas palavras de JOSÉ TAVARES, *Sociedades e empresas comerciais*, 2ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 1924, p. 611 *apud* ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das...*, cit., p. 1125, “A fusão é o ato pelo qual duas ou mais sociedades reúnem as suas forças económicas para formarem uma única personalidade coletiva constituída pelos sócios de todas elas.”

¹⁶¹ *Idem*, p. 1126.

¹⁶² FRANCESCO FERRARA JR./FRANCESCO CORSI, *Gli imprenditori e le società*, 7ª edição, Milano, Giuffrè Editore, 1987, p. 737 *apud idem*, p. 1131. Ainda que mais tarde *vide* 13ª edição (2006), pp. 990 e 1006, se tivesse adotado uma expressão diferente, tratando-se, de uma alteração estatutária.

pela doutrina¹⁶³ porque, a assim ser, a fusão das sociedades (interna ou internacional) não teria autonomia como operação jurídica. Na realidade, o regime da fusão não tem um *animus* destruidor (extintivo), procura, sim, uma transformação das entidades já existentes, isto é, a personalidade jurídica das sociedades fundidas é a mesma, só que integrada numa única entidade societária¹⁶⁴.

Não obstante o exposto, o principal problema das fusões internacionais reside, precisamente, no facto das sociedades comerciais estarem em contacto com dois ou mais ordenamentos jurídicos, o que pode dar origem à divergência entre os direitos nacionais das mesmas quanto às restrições impostas no âmbito da fusão internacional¹⁶⁵. Na fusão por incorporação, a sociedade fundida pode pertencer a um Estado-Membro¹⁶⁶ distinto da sociedade à qual pretende fundir-se (incorporante), assim como na fusão por concentração, as sociedades já existentes podem contactar com um sistema jurídico distinto do da sociedade que irá ser criada para o respetivo processo de fusão. Mais, a criação de acordos de fusões internacionais pode acarretar desvantagens fiscais¹⁶⁷ e limitações juslaborais¹⁶⁸. Ora, qual a consequência que advém desta situação? A opção, por parte das sociedades, de outro modelo de concentração empresarial, ainda que distinto, os já *supra* referidos grupos de sociedades¹⁶⁹.

Ainda que a fusão e o grupo de sociedades constituam realidades jurídicas de concentração intersocietária, a verdade é que têm características distintas. Na fusão societária, a personalidade jurídica das sociedades intervenientes é integrada na sociedade maior em que as mesmas se fundem, há uma reorganização societária universal dos patrimónios daquelas com

¹⁶³ Neste sentido, v. FRANCESCO FERRARA JR./FRANCESCO CORSI, *Gli...*, cit. p. 738; FRANCESCO GALGANO, *Diritto Civile e commerciale*, vol. II, tomo 2, CEDAM, 1990, p. 480; JOSÉ TAVARES, *Sociedades...*, cit., p. 614 e 615 e JOSÉ PINTO COELHO, *Lições de Direito Comercial*, 2ª edição, vol. II, Lisboa, 1966, p. 119 *apud* ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das...*, cit., pp. 1132 e 1133.

¹⁶⁴ Em sentido contrário, veja-se ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Manual...*, cit., p. 37, "...ocorrendo uma fusão, as sociedades envolvidas perdem a sua personalidade jurídica autónoma e, portanto, a sua autonomia quer formal quer material."

¹⁶⁵ Nomeadamente quanto à tutela dos credores e a fiscalização das fusões dos diversos sistemas jurídicos nacionais, criados mediante a liberdade conferida pela 3ª Diretiva, v. DIOGO COSTA GONÇALVES, «Fusões transfronteiriças. A transposição da 10ª Directriz e a Proposta de Lei nº 236/X», in *Revista de Direito das Sociedades*, Ano I, nº2, Coimbra, Almedina, 2009, pp. 340 e 341.

¹⁶⁶ Como sublinha ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das...*, cit., p. 1130, "A fusão transfronteiriça é uma fusão internacional que implica, apenas, sociedades sedeadas em Estados membros da União Europeia."

¹⁶⁷ A este respeito, veja-se a Diretiva 2005/19/CE do Conselho de 17 de Fevereiro de 2005, que altera a Diretiva 90/434/CEE relativa ao regime fiscal comum aplicável às fusões, cisões, entradas de ativos e permutas de ações entre sociedades de Estados-Membros diferentes, in <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32005L0019>

¹⁶⁸ LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, cit., p. 222.

¹⁶⁹ No entanto, esta não é uma verdadeira solução para combater as dificuldades provenientes da fusão internacional das sociedades, uma vez que nos grupos de sociedades, subsiste o problema da determinação do critério da sede real da administração.

vista à obtenção de uma única estrutura jurídica. Ao invés, os grupos de sociedades são uma modalidade de coligação societária, no qual se visa a direção unitária económica, mas as sociedades não transferem o seu património para a sociedade-mãe, tendo a sua própria autonomia jurídica. Com o mesmo entendimento, JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, que afirma o seguinte: “...a fusão dando origem a uma empresa unissocietária, o grupo a uma empresa plurissocietária...”¹⁷⁰.

Como afirma FRANÇOISE BLANQUET¹⁷¹, para que a fusão internacional das sociedades tenha eficácia real, é necessário que os diferentes Estados-membros em causa controlem a legalidade do processo de fusão, através de um certificado criado por uma autoridade competente (por exemplo tribunal), note-se incontestável, onde se exponham os atos e formalidades prévios à realização da fusão. Este certificado seria elaborado nos Estados-Membros em causa e devidamente registado junto da autoridade competente do local da sede da empresa resultante da fusão. O Autor supracitado entende ainda que, após a concessão deste certificado, a autoridade da sede deixará de poder contestar a validade ou a qualidade dos controlos realizados a nível de cada Estado-Membro¹⁷².

Ao nível do Direito Europeu, os principais trabalhos desenvolvidos começaram pela criação de uma Convenção relativa às fusões internas de sociedades anónimas, em 27 de setembro de 1972, a qual não teve sucesso dada a sua grande dimensão. Seguidamente, como forma de agilizar o problema, foi desenvolvida a 3ª Diretiva 78/855/CEE do Conselho, de 9 de outubro de 1978 relativa à fusão interna das sociedades anónimas (a qual foi revogada recentemente revogada pela Diretiva (UE) 2017/1132 do Parlamento Europeu e do Conselho de 14 de junho de 2017), assim como surgiu a 6ª Diretiva respeitante ao regime da cisão das sociedades, em 17 de dezembro de 1982.

Concomitantemente em 14 de janeiro de 1985 surgiu a Proposta da 10ª Diretiva do Conselho, relativa às fusões transfronteiriças das sociedades anónimas. No entanto, a mesma não foi implementada por não haver consenso relativamente à questão da cogestão¹⁷³, tendo sido retirada¹⁷⁴.

¹⁷⁰ *Os Grupos...*, cit., p. 85.

¹⁷¹ «Les fusions transfrontalières et la mobilité des sociétés», in *Revue des Sociétés*, n° 1, Dalloz, Paris, 2000, p. 117 e 118.

¹⁷² Tal regime de fiscalização do processo de fusão já se encontra previsto no artigo 10º e 11º da Diretiva 2005/56/CE.

¹⁷³ O fenómeno da cogestão consiste na participação dos trabalhadores na gestão das empresas, o qual pode criar situações de conflito de interesses entre estes e os empregadores, resultante da subordinação e dependência dos primeiros relativamente aos segundos. Os mecanismos de participação financeira dos trabalhadores nas sociedades, isto é, a sua participação no capital social das sociedades, bem como a possibilidade de tomarem decisões relativas à empresa, através do direito de voto, são possíveis formas de cogestão, neste sentido, v. RICARDO

Só mais tarde, em 18 de novembro de 2003, é que a Comissão Europeia retomou a Proposta de Diretiva supramencionada, criando, uma Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa às fusões transfronteiras das sociedades de capitais. Esta tinha como objetivo principal simplificar a concentração societária no seio do mercado único e, por outro lado, harmonizar os regimes jurídicos nacionais aplicáveis das sociedades envolvidas¹⁷⁵. Por outro lado, tinha um âmbito de aplicação mais amplo que a proposta inicial de 1985, não tendo apenas em vista as sociedades anónimas, mas a todas as sociedades as sociedades de capitais que tenham personalidade jurídica e património distinto.

Por conseguinte, em 2005, surge a Diretiva 2005/56/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de outubro de 2005¹⁷⁶, relativa às fusões transfronteiriças das sociedades de responsabilidade limitada (tendo sido, também, revogada pela Diretiva 2017/1132, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de Junho de 2017), a qual veio defrontar o problema da cogestão, uma vez que existia o receio da deslocalização das empresas como forma de evitar a cogestão inerente às fusões transfronteiriças nalguns países da UE¹⁷⁷. Neste sentido, o ordenamento jurídico português¹⁷⁸, mediante a Lei n.º 19/2009, de 12 de maio, veio dar uma resposta face a este problema, instituindo um procedimento de negociação simplificado com vista a ajustar o regime de participação dos trabalhadores na gestão da sociedade resultante da fusão, mais precisamente pelo seu artigo 4.º. Além disso, com a introdução desta lei, a qual transpôs a 10ª Diretiva relativa às fusões internacionais¹⁷⁹, foi introduzido no nosso CSC, um regime de Direito material especial aplicável às fusões transfronteiriças, previsto na Parte Geral

GOSAU DA MOTA VEIGA PEREIRA, *O sistema de cogestão na Lei das sociedades anónimas alemãs – Desafios e virtualidades da sua transposição para o Direito português*, Dissertação de Mestrado em Direito das Empresas, Instituto Universitário de Lisboa (ISCTE), Lisboa, Portugal, 2015, pp. 7 e ss.

¹⁷⁴ Em boa verdade, a 10ª Diretiva não tinha uma resposta para a situação da divergência de direitos nacionais das sociedades quanto ao regime da participação dos trabalhadores na administração e gestão da sociedade mediante o fenómeno da fusão transfronteiriça. Para um melhor aprofundamento da questão, v. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das... cit.*, pp. 1102 e ss.

¹⁷⁵ DIOGO COSTA GONÇALVES, «Fusões...», *cit.*, p. 342.

¹⁷⁶ Publicada no JOUE, n.º L 310, de 25.11.2005, in <http://eur-lex.europa.eu/>, tendo, posteriormente sido alterada pela Diretiva 2009/109/CE, de 16 de Setembro de 2009, relativa aos requisitos em matéria de relatórios e de documentação em caso de fusões ou de cisões e transposta para o nosso sistema jurídico pela Lei n.º 19/2009, de 12 de Maio de 2009. É de salientar que a criação desta Diretiva teve por base a influência do Regulamento (CE) n.º 2157/2001, do Conselho, de 8 de Outubro, relativo ao estatuto da sociedade europeia (SE), assim como o Relatório Winter II, o qual vem, expor, no Capítulo VI, como prioridade principal a reestruturação das propostas das 10ª e 14ª Diretivas para a consagração dos regimes da UE reguladores das fusões transfronteiriças e da transferência internacional da sede (v. *infra* Cap. II relativo à Parte I).

¹⁷⁷ *Idem*, p. 1130.

¹⁷⁸ Ainda que Portugal não reconheça o regime da cogestão, esta iniciativa é essencial para a harmonização da legislação dos Estados da UE.

¹⁷⁹ Esta Diretiva foi também transposta pela Alemanha, em 19.04.2007, Itália, em 30.05.2008 e na Bélgica, em 16.06.2008, v. DIOGO COSTA GONÇALVES, «Fusões...», *cit.*, pp. 356 e ss.

do referido diploma, mais especificamente nos artigos 117º-A a 117º-L. Todavia, este direito exige a verificação de três requisitos cumulativos: uma das sociedades intervenientes tem de ter a sede em Portugal; outra sociedade tem de ter sido constituída à luz da legislação de um Estado-Membro de acordo com a Diretiva 2005/56/CE e ter a sede estatutária, a administração central ou estabelecimento principal no território da UE. Acresce ainda o facto de o regime das fusões transfronteiriças ter como direito subsidiário as disposições relativas às fusões internas, por força do disposto no artigo 117º-B do CSC e apenas ser aplicável às sociedades por quotas, às sociedades anónimas e às sociedades em comandita por ações (artigo 117º-A, nº2 do CSC), não abarcando as sociedades em comandita simples e em nome coletivo. Ora, perante o exposto, não se compreende qual a razão para o legislador português propor a transposição da Diretiva para a Parte Geral do CSC, quando na verdade o regime das fusões transfronteiriças não se aplica ao direito societário em geral.¹⁸⁰

Por outro lado, não podemos olvidar o papel desempenhado pelo TJUE, desenvolvido a título prejudicial, nesta matéria, respeitante à conjugação do regime das fusões transfronteiriças com o princípio da liberdade de estabelecimento previsto no artigo 49º do TFUE.

A este respeito, destaca-se, em 2005, o Acórdão *SEVIC Systems AG*¹⁸¹. A decisão do TJUE versava sobre a viabilidade da recusa do registo comercial da fusão por incorporação entre uma sociedade comercial alemã (*Sevic AG*) e uma sociedade luxemburguesa (*Security Vision SA*), por parte do tribunal alemão competente, Amtsgericht *Neuwied*¹⁸². O indeferimento do registo da fusão por incorporação da empresa luxemburguesa na empresa alemã teve por base, o facto de o direito alemão apenas prever a fusão de sociedades com sede na Alemanha (fusão interna). Neste sentido, veio o TJUE entender que uma diferença de tratamento entre a fusão de sociedades, interna e internacional, constituiu uma verdadeira limitação ao princípio da liberdade de estabelecimento, uma vez que as operações de fusão transfronteiriças “*Constituem formas particulares de exercício da liberdade de estabelecimento, importantes para o bom funcionamento do mercado interno...*”¹⁸³. A assim ser, a jurisprudência europeia só admitiria a restrição ao direito de estabelecimento previsto no artigo 49º do TFUE neste género de situações, por razões imperiosas de interesse geral, como por exemplo, a proteção do interesse

¹⁸⁰ No entendimento de DIOGO COSTA GONÇALVES, *idem*, pp. 376 e 377, a transposição da referida Diretiva não deveria ter sido transposta para o Capítulo IX do CSC, mas sim para um diploma legal avulso, tal como no modelo de transposição italiano, pela razão de que o regime das fusões transfronteiriças é um regime especial no contexto do Direito societário e, assim sendo, deve ser tratado como tal.

¹⁸¹ Processo C-411/03, de 13.12.2005 *SEVIC Systems AG*, in <http://curia.europa.eu/>

¹⁸² Tribunal de Primeira Instância de *Neuwied*.

¹⁸³ Cfr. Ac. *SEVIC...*, *cit.*, § 19.

dos sócios, credores minoritários e trabalhadores. Porém, assinala o mesmo, que o facto de um Estado-Membro recusar o registo de uma fusão entre sociedades pertencentes a Estados-Membros distintos, provoca a limitação da realização de fusões transfronteiriças, mesmo quando tais interesses não são minimamente afetados¹⁸⁴, o que fez com que o TJUE decidisse no sentido de que *“Os artigos 43.º CE e 48.º CE¹⁸⁵ opõem-se a que, num Estado-Membro, a inscrição no registo comercial nacional de uma fusão, por dissolução de uma sociedade sem liquidação e por transmissão universal do seu património para outra sociedade, seja genericamente recusada quando uma das duas sociedades tem a sua sede noutra Estado-Membro...”*.

Ainda que a decisão tenha sido exata e direta, o facto é que a mesma não esclareceu todas as dúvidas a propósito das fusões internacionais. Em primeiro lugar, coloca-se a questão de saber se apenas as “entradas” das fusões ou se, também, as “fusões de saída” devem ser permitidas pela liberdade de estabelecimento¹⁸⁶. Em segundo lugar, o TJUE limitou-se a declarar que o Estado alemão não deve rejeitar o registo da fusão de sociedades que se encontrem em diferentes Estados-Membros, não tendo feito qualquer referência à forma como a própria fusão transfronteiriça deve ser realizada¹⁸⁷. Será por apelo à lei da sociedade incorporante? Pela lei da sociedade incorporada? Ou pela conjugação dos regimes jurídicos de ambos os ordenamentos jurídicos em presença?

A resposta para todas estas questões foi dada pela Diretiva (UE) 2017/1132, de 14 de junho de 2017¹⁸⁸, a qual vem expor o seguinte: *“Salvo disposição em contrário do presente capítulo: a) As fusões transfronteiriças só são possíveis entre tipos de sociedades que se possam fundir nos termos da legislação nacional dos Estados-Membros pertinentes; b) Uma sociedade que participe numa fusão transfronteiriça rege-se pelas disposições e formalidades do direito*

¹⁸⁴ LUIS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, cit., pp. 223 e 224.

¹⁸⁵ Atuais artigos 49º e 54º do TFUE.

¹⁸⁶ De acordo com as conclusões apresentadas pelo Advogado-Geral ANTONIO TIZANNO, apresentadas em 7 de Julho de 2005, *“...são proibidas tanto as restrições «à entrada» como «à saída» do território nacional.”*, vide ponto 45 das conclusões in <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d6ec7c0fef895642fe97599bf185bc09d5.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxyMaN90?ext=&docid=59892&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=96788>

¹⁸⁷ MATHIAS M. SIEMS, «Sevic: Beyond Cross-Border-Mergers», in *European Business Organization Law Review (EBOR)*, vol.8, n.º 2, 2007, pp. 308 e 309. Veja-se, também, o 3º considerando da Diretiva 2005/56/CE, de 26.10.2005, *“A fim de facilitar as operações de fusão transfronteiriças, é oportuno prever, salvo disposição em contrário da presente directiva, que cada sociedade que participe na fusão transfronteiriças, bem como qualquer terceiro envolvido, continuem a estar submetidos às disposições e formalidades de direito interno aplicáveis em caso de fusão nacional. Nenhuma das disposições e formalidades de direito interno a que faz referência a presente directiva deverá introduzir restrições à liberdade de estabelecimento ou de circulação de capitais, excepto se estas puderem ser justificadas pela jurisprudência do Tribunal de Justiça e, em especial, por requisitos de interesse geral e se forem necessárias e proporcionadas relativamente a esses requisitos fundamentais.”*

¹⁸⁸ A qual veio revogar e codificar a Diretiva 2005/56/CE.

nacional a que está sujeita. As leis de um Estado-Membro que permitam às suas autoridades nacionais opor-se a uma fusão interna por razões de interesse público também se aplicam a uma fusão transfronteiriça, quando pelo menos uma das sociedades objeto da fusão esteja sujeita à legislação desse Estado-Membro. A presente disposição não é aplicável se o artigo 21.º do Regulamento (CE) n.º 139/2004 o for.”¹⁸⁹, assim como é proibido tanto ao Estado da sociedade incorporante, como ao Estado da sociedade incorporada impor condições que impeçam a fusão por incorporação das mesmas¹⁹⁰.

Ora, isto poderia por em causa o efeito útil do Acórdão *SEVIC*. Todavia, mediante a análise do referido acórdão pôde constatar-se que o mesmo extravasa o âmbito das fusões transfronteiriças. Se analisarmos o teor da Diretiva das fusões transfronteiriças, verificamos que a mesma só é aplicável a fusões entre sociedades de responsabilidade limitada, assim como a sociedades que tenham sido constituídas sob a legislação de um Estado pertencente à UE, o que significa que a Diretiva apenas diz respeito a fusões intracomunitárias. Já o Acórdão *SEVIC* permite concluir que a liberdade de estabelecimento está em conformidade com o processo de transformação das sociedades em geral, abarcando também a cisão e aquisição das sociedades, assim como incentiva a mobilidade das sociedades comerciais. Em boa verdade, poder-se-ia argumentar que a permissividade das fusões transfronteiriças leva também à permissividade da transferência da sede das sociedades comerciais, pelo facto de que com as fusões transfronteiriças se permite a transferência da sede estatutária (ainda que indiretamente) da sociedade fundida¹⁹¹. No entanto, esta não parece ser a melhor posição a defender quanto à interpretação do referido acórdão, uma vez que legalmente a fusão transfronteiriça e a transferência da sede das sociedades são realidades completamente distintas¹⁹².

6. A mobilidade das sociedades comerciais coligadas

¹⁸⁹ Cfr. dispõe o artigo 121.º do referido diploma. Além disso, esta Diretiva revela uma enorme preocupação, não apenas com o processo de fusão em si, mas com os interesses dos sócios minoritários que são contra o processo de fusão, bem como com a tutela dos credores e trabalhadores das sociedades participantes naquele. No que diz respeito à proteção dos sócios minoritários da sociedade, é de notar que Portugal adotou um regime de exoneração dos mesmos, previsto no 116.º do CSC, cumprindo o disposto no n.º 2 do artigo 121.º da referida Diretiva.

¹⁹⁰ *Ibidem*.

¹⁹¹ *Idem*, p. 312.

¹⁹² *Idem*, p. 313.

A coligação societária é uma matéria recente que advém do fenómeno da concentração empresarial. A mesma veio a ser regulada pela nossa ordem jurídica, mais precisamente no CSC de 1986, no seu título IV¹⁹³, sendo um dos tipos de sociedades coligadas, os já referidos grupos de sociedades (v. *supra* ponto 1.2.2). Por outro lado, quer a fusão interna, quer a fusão internacional das sociedades são figuras afins da coligação societária (cfr. ponto 5). Ora, é precisamente sobre o seu regime jurídico-conflitual que versará o presente ponto, assim como a sua delimitação espacial no seio do Direito português.

Coligar significa aliar, juntar, agrupar-se a algo, englobando todas as situações subsumíveis no artigo 482º do CSC. Desta forma, consideram-se sociedades coligadas: as sociedades em relação de simples participação (artigos 482º, alínea a), 483º e 484º); as sociedades em relação de participações recíprocas (artigos 482º, alínea b) e 485º); as sociedades em relação de domínio (artigos 482º, alínea c), 486º e 487º) e as sociedades em relação de grupo, já supramencionadas (artigos 482º, alínea d), 488º a 508º-E).

No entanto e conforme veremos, o regime da coligação das sociedades tem colocado sérios entraves à mobilidade societária, não se aplicando em determinadas situações transfronteiriças.

O artigo 481º, nº2 do CSC é uma *regra espacialmente autolimitada condicionada*¹⁹⁴, na medida em que comporta uma restrição ao âmbito espacial da coligação das sociedades: a exigência da sede das sociedades em Portugal, com a exceção da coligação internacional das sociedades¹⁹⁵. Ora, esta exigência devasta o sentido jurídico-literal da norma de conflitos bilateral geral vertida no artigo 3º do CSC, relativa à lei pessoal aplicável às sociedades comerciais. E isto porquê? Porque, *a priori*, a norma de conflitos consagrada no artigo 3º enuncia que a lei pessoal aplicável é a lei onde se situe a sede efetiva da administração da sociedade, independentemente de esta se situar em Portugal ou em qualquer outro país, o que significa que o proémio do nº 2 do artigo 481º do CSC exige um contacto mais forte com o ordenamento jurídico do foro do que aquele que é exigido pela norma de conflitos. Pelo que, de um ponto de vista prático, o proémio

¹⁹³ As normas estatuídas no presente Capítulo visam essencialmente proteger a integridade patrimonial das sociedades comerciais participadas, dependentes ou agrupadas, assim como visam a tutela dos sócios minoritários e dos credores sociais (matérias que integram o âmbito do estatuto pessoal das mesmas).

¹⁹⁴ RUI PEREIRA DIAS, «artigo 481º», in *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, (Coord. Jorge Manuel Coutinho de Abreu), Volume VII (Artigos 481.º a 545.º), Coimbra, Almedina, 2013, p. 23.

¹⁹⁵ ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, «Artigo 481º», in *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, (Coord. António Menezes Cordeiro), 2ª edição, Coimbra, Almedina, 2014, p. 1211.

do n.º2 do artigo 481.º do referido diploma só seria aplicável entre sociedades comerciais que possuam a sede efetiva e principal da administração em Portugal¹⁹⁶, isto é, por exemplo, se uma sociedade estrangeira adquirir a totalidade de ações de uma sociedade anónima portuguesa, não significa que entre elas exista uma relação de domínio total superveniente, como elenca o artigo 489.º e ss. do CSC. Mas já não é assim se uma sociedade, cuja sede não se situe em Portugal, constituir uma sociedade anónima, sendo titular de 100% das ações (artigo 481.º, n.º2, alínea d) do CSC).

Seguindo este raciocínio, pergunta-se: qual a solução para o caso da coligação entre uma sociedade que tem a sua sede em Portugal e a outra a sede no estrangeiro? Como afirma LUÍS LIMA PINHEIRO, “...as normas contidas nos arts. 482.º e segs. C. Soc. Com. são espacialmente autolimitadas, só se aplicando a relações internas.”¹⁹⁷. Mas em certos casos não é assim. Veja-se, a título exemplificativo, o disposto na alínea c), do n.º2, do artigo 481.º do CSC, a qual vem dar uma resposta à questão da responsabilidade da sociedade dominante perante a sociedade dependente, quando ambas tenham leis pessoais distintas. Neste sentido, veio o legislador em favor do estatuto pessoal da sociedade dependente, ao estabelecer a responsabilidade nos termos dos artigos 83.º e 84.º do CSC, da sociedade dominante estrangeira para com a sociedade dependente portuguesa e os seus sócios minoritários, assim como a exceção da alínea a) do n.º 2 do referido artigo, a qual prevê a proibição de ações, aquisições ou detenção de ações da sociedade dominante estrangeira pela sua dependente portuguesa¹⁹⁸.

Ainda que o n.º2 do artigo 481.º do CSC contenha certas exceções à autolimitação espacial supracitada, a verdade é que não se pode considerar que as mesmas sejam verdadeiras exceções à regra. Na alínea c) do n.º2 do artigo 481.º do CSC, a responsabilidade solidária do sócio controlador e do sócio único não é matéria específica do sector respeitante às sociedades coligadas - «disposição delimitadora “ad hoc”»¹⁹⁹. Para além disso, tal “exceção” seria sempre discriminadora, uma vez que as normas dos artigos 83.º e 84.º do CSC não

¹⁹⁶ Questão que se pode colocar é a de saber se a conexão especial “sede” vigente no artigo 481.º, n.º2 do CSC diz respeito à sede real e efetiva da administração da sociedade ou se refere à sede estatutária, *vide idem*, p. 309. Segundo o entendimento de RUI PEREIRA DIAS, «artigo 481.º...», *cit.*, p. 24, deve considerar-se a sede prevista no artigo 481.º, n.º2 do CSC, como a sede real e efetiva da sociedade, sem que se exclua, por completo, a sede estatutária, na medida em que esta deve ser atendida quando a tutela da aparência o justifique.

¹⁹⁷ LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, *cit.* pp. 226 e 227. Com o mesmo entendimento, JOSÉ A. ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Grupos...*, *cit.*, p. 308.

¹⁹⁸ Neste sentido, RUI PEREIRA DIAS, «artigo 481.º...», *cit.*, p. 29 vem defender que esta norma não contraria, nem perde qualquer sentido com o estatuído na norma do artigo 325.º-A do CSC, uma vez que esta permite a subscrição, aquisição ou detenção de ações da dominante portuguesa pela sociedade dependente estrangeira.

¹⁹⁹ JOSÉ A. ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Grupos...*, *cit.*, p. 316.

oferecem uma proteção superior à resultante do regime especial de responsabilidade intersocietário, prevista nos artigos 501º e 502º do mesmo diploma²⁰⁰.

Mais, esta autolimitação do âmbito de aplicação espacial das sociedades coligadas não engloba um conjunto de relações internacionais entre sociedades, nomeadamente as sociedades de estatuto pessoal estrangeiro. Neste sentido suscitou-se a questão de saber se essa exclusão não seria uma verdadeira afronta a princípios constitucionais, como o da igualdade de tratamento e livre concorrência, previstos nos artigos 13º, nº2, 15º e 81º, alínea e) da CRP, bem como de princípios fundamentais da UE, como o princípio da não discriminação em razão da nacionalidade e a liberdade de estabelecimento (artigos 18º e 49º do TFUE). Vários autores se pronunciaram pela inconstitucionalidade da autolimitação espacial em matéria de sociedades coligadas²⁰¹, outros, deixaram apenas a questão em aberto²⁰². Todavia, RUI PEREIRA DIAS vem expor uma ideia interessante, *“A especialidade do contexto jurídico-europeu obriga, porém a uma reponderação do problema em face das relações intersocietárias em que, não intervindo apenas sociedades com sede em Portugal, intervenham todavia sociedades que, nos termos dos tratados europeus, sejam beneficiárias da liberdade de estabelecimento (arts. 49º, 54º TFUE) e não possam, em geral, ser discriminadas em razão da nacionalidade (art. 18º TFUE). Ai, repare-se como o não reconhecimento a sociedades intraeuropeias dos vários poderes e instrumentos de coligação previstos nos arts. 481º e ss. (...) consubstanciaria, em si mesmo, uma restrição injustificada à liberdade de estabelecimento. Mas é igualmente certo que não poderíamos, ao mesmo tempo que lhes reconhecêssemos tais possibilidades, isentá-las das responsabilidades que a aplicação do Título VI pode acarretar (maxime perante credores e por perdas da dependente ou da subordinada: arts. 501º, 502º). Por isso, somos da opinião de que a autolimitação espacial não se aplica a essas relações intersocietárias intraeuropeias, com a consequência de que as sociedades intervenientes estarão em relação de grupo, para efeitos da aplicação dos arts. 488º e seguintes.”*²⁰³

Não obstante o exposto, levanta-se outra questão: a de saber qual o direito aplicável às coligações internacionais das sociedades, sendo que nestas situações a sociedade dominante,

²⁰⁰ *Ibidem*. No mesmo sentido, v. ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Manual...*, cit., pp. 58 e ss. e LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, cit., pp. 227 a 229.

²⁰¹ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito...*, cit., p. 785; ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, «Questões avulsas em torno dos artigos 501.º e 502.º do Código das Sociedades Comerciais», in *Revista de Direito das Sociedades IV*, nº 4, Coimbra, Almedina, 2012, p. 872 *apud* RUI PEREIRA DIAS, «artigo 481º...», cit. 36.

²⁰² JOSÉ A. ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Grupos...*, cit., pp. 312 e 313.

²⁰³ In «artigo 481º...», cit. p. 37.

participante ou líder e a sociedade dependente, participada ou agrupada terão leis pessoais distintas. Como corrobora LUÍS DE LIMA PINHEIRO, “...cada sociedade que integra a coligação tem o seu próprio estatuto pessoal.”²⁰⁴.

Contudo, é necessário saber qual das leis é aplicável no processo de coligação. Neste sentido, deve atender-se às matérias que integram o estatuto pessoal da coligação intersocietária, designadamente os interesses dos sócios minoritários, dos credores sociais e a proteção dos interesses da sociedade dependente, participada ou agrupada. A assim ser, o critério delimitador da lei pessoal aplicável nesta matéria deve atender ao grau de proteção dado pelas normas em causa às matérias supramencionadas. Neste contexto, são aplicáveis as normas que se destinem a proteger os interesses da sociedade dependente, participada ou agrupada, bem como os interesses dos seus sócios e credores, caso as mesmas se integrem na lei pessoal daquela. A questão torna-se mais complexa quando existam normas que visem assegurar a proteção da coligação no seu conjunto. Nestes casos, pode ser necessária a articulação de ambas as leis pessoais, como é o caso em que a sociedade dominante dá instruções vinculativas à sociedade dominada²⁰⁵.

Posto isto, verifica-se que, ainda que o direito português tenha como preocupação a proteção das sociedades hierarquicamente inferiores (sociedades-filhas, dependentes), bem como a salvaguarda dos interesses da sociedade-mãe dominante, o mesmo ainda deixa de parte alguns casos de coligação transfronteiriça das sociedades.

²⁰⁴ LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, cit., p. 225.

²⁰⁵ *Ibidem*.

CAPÍTULO II – A TRANSFERÊNCIA DA SEDE SOCIETÁRIA NO DIREITO EUROPEU DAS SOCIEDADES

1. O influxo do TJUE sobre o estatuto pessoal das sociedades comerciais

1.1 A Liberdade de Estabelecimento no Direito Europeu das Sociedades e suas implicações

A construção de um Mercado Único²⁰⁶ veio realçar a importância das liberdades económicas europeias, designadamente a liberdade de estabelecimento²⁰⁷ (consagrada no artigo 49º do TFUE, antigo artigo 43º do TCE). Esta liberdade insere-se no seio da liberdade de circulação de pessoas, permitindo não só o movimento de nacionais de um Estado-Membro para o território de outro Estado-Membro, mas também a livre circulação das empresas²⁰⁸. Ora, é precisamente pela extensão desta liberdade às pessoas coletivas, de acordo com o disposto no artigo 54º do TFUE²⁰⁹, que se tem vindo a entender que a liberdade de estabelecimento desempenha um papel essencial no Direito Europeu das Sociedades.

A incessante ideologia de um Mercado livre, sem fronteiras, associado à importância das multinacionais na economia plena e na globalização em curso, fez com que o legislador europeu reconhecesse às empresas²¹⁰, a possibilidade de escolha da melhor localização no que concerne aos custos de produção e comercialização dos seus produtos. Além disso, concede-lhes “...a

²⁰⁶ Os primeiros avanços nesse sentido começaram a notar-se com o disposto no artigo 14º do TCE, desenvolvido pelo Ato Único Europeu.

²⁰⁷ Note-se que inicialmente, a liberdade de estabelecimento foi reconhecida como um dos pilares básicos do Mercado Comum (cfr. artigos 2º e 3º, alínea c) do TCE), para mais tarde se tornar a pedra basilar do ideal do Mercado Interno (cfr. artigos 3º, alínea c) e 14º, nº2 do TCE), v. MARIA ÂNGELA COELHO BENTO SOARES, «A Liberdade de Estabelecimento das Sociedades na União Europeia», in *Temas de Integração*, nºs 15/16, 2003, p. 284.

²⁰⁸ Neste sentido, v. ALEXANDRE MOTA PINTO, «Apontamentos a liberdade de estabelecimento das sociedades», in *Temas de Integração*, nºs 17/18, 2004, p. 60. No entanto, existem requisitos mínimos para que uma sociedade possa ser abrangida pelo direito europeu, mais precisamente pela liberdade de estabelecimento, tendo a mesma de ter sido constituída em conformidade com a legislação de um Estado pertencente à UE e ter a localização na Europa de, pelo menos, um destes três elementos de conexão: sede social, administração central ou estabelecimento principal, cfr. MARIA ÂNGELA COELHO BENTO SOARES, «A Liberdade...», *cit.*, p. 287 e «A Transferência Internacional da Sede Social no Âmbito Comunitário», in *Temas Societários*, nº2, Coimbra, Almedina, 2006, p. 66; MARIA MIGUEL CARVALHO, «Quem não está...», *cit.*, p. 10.

²⁰⁹ Dispõe o seguinte: “As sociedades constituídas em conformidade com a legislação de um Estado-Membro e que tenham a sua sede social, administração central ou estabelecimento principal na União são, para efeitos do disposto no presente capítulo, equiparadas às pessoas singulares, nacionais dos Estados-Membros.

Por «sociedades» entendem-se as sociedades de direito civil ou comercial, incluindo as sociedades cooperativas, e as outras pessoas colectivas de direito público ou privado, com excepção das que não prossigam fins lucrativos.”

²¹⁰ Com carácter europeu.

*faculdade de escolherem o modo de implantação na economia do Estado de acolhimento*²¹¹, podendo optar por criar um estabelecimento principal (liberdade de estabelecimento primária)²¹² ou, por sua via, criar um estabelecimento secundário (liberdade de estabelecimento secundária)²¹³, através da constituição de uma agência, filial ou sucursal num Estado distinto do Estado onde concentram a atividade societária principal.

Esta dupla funcionalidade tem sido já salientada pelo TJUE, tendo este evidenciado que *“a segunda frase do primeiro parágrafo do artigo 52.º²¹⁴, dá expressamente aos operadores económicos a possibilidade de escolherem livremente a forma jurídica adequada para o exercício das suas actividades em um outro Estado-membro,”* além de que *“...esta livre escolha não deve ser limitada por disposições fiscais discriminatórias.”²¹⁵*

Posto isto, e atendendo ao objeto de estudo em causa - a transferência internacional da sede das sociedades – e dada a ausência legislativa específica que fundamenta a sua admissibilidade, é necessário verificar se, no seio da UE, estão ou não ultrapassados os obstáculos que vimos²¹⁶ poderem encontrar-se quando uma sociedade decide transferir a sua sede de um país para outro, mantendo a sua personalidade jurídica.

Como já *supra* referido, a legislação dos Estados-Membros em matéria de transferência da sede das sociedades comerciais não se encontra harmonizada²¹⁷, o que significa que o estatuto pessoal societário pode variar consoante o sistema jurídico que esteja em causa. Ora, esta situação poderá ter repercussões no Direito Europeu das Sociedades, mais precisamente com a liberdade de estabelecimento.

A assim ser, apenas nos interessa dar relevância à liberdade de estabelecimento primária, porquanto é a que diz respeito ao direito de transferir o centro principal da atividade da sociedade para o território de um país distinto e o *“centro principal da actividade societária situa-se, normalmente, no Estado em que a sociedade tem a sede efectiva da administração...”²¹⁸*, ou

²¹¹ MARIA ÂNGELA COELHO BENTO SOARES, «A Liberdade...», *cit.*, p. 286.

²¹² Prevista no artigo 49º, § 1, 1ª parte do TFUE.

²¹³ Prevista no artigo 49º, § 2, 2ª parte do TFUE.

²¹⁴ Atual artigo 49º do TFUE.

²¹⁵ Cfr. Ac. Comissão das Comunidades Europeias contra República Francesa, processo nº 270/83, de 28.01.1986, § 22.

²¹⁶ V. *supra*, capítulo I.

²¹⁷ Assim como o caso o regime do designado capital social respeitante às sociedades por quotas de responsabilidade limitada e a faculdade de os trabalhadores participarem na gestão social da empresa, como se verifica na Alemanha, vide ALEXANDRE MOTA PINTO, «Apontamentos...», *cit.*, p. 141.

²¹⁸ *Idem*, p. 73.

seja, em regra o exercício da liberdade de estabelecimento primária compreende a transferência da sede efetiva da administração da sociedade para o Estado de acolhimento²¹⁹.

A sede surge, desde logo, para demarcar a aplicabilidade do direito da UE, é sempre relativamente à sede que devemos aplicar os estatutos²²⁰. É perfeitamente compreensível que, no seio de um Mercado Único, o exercício da liberdade de estabelecimento crie situações internacionais, nas quais as sociedades entram em contacto com ordens jurídicas distintas. Este contacto conduzirá a um confronto de mecanismos jurídico-societários, aos quais o direito da UE não oferece uma solução. Estamos a falar da definição do estatuto jurídico das sociedades pelo DIP dos Estados-Membros²²¹, no qual têm subsistido diferenças substanciais no Direito das Sociedades de um Estado-Membro.

De facto, o pleno exercício da liberdade de estabelecimento só se verifica se as sociedades estiverem em contacto com duas ou mais ordens jurídicas de Estados pertencentes à UE, o que significa que se torna necessário determinar qual a ordem jurídica que se aplica em situações transfronteiriças. Ora, é aqui que subsiste o problema, porquanto os artigos 49º e 54º do TFUE, apenas asseguram a liberdade de estabelecimento, admitindo a constituição de situações societárias internacionais, sem indicar a ordem jurídica que as deverá regular²²².

Como já salientado, é ao Direito Internacional das Sociedades que cabe determinar a ordem jurídica nacional que deve ser aplicada a este género de situações, ou seja, este assume um papel importantíssimo nas questões jurídicas que surgem no âmbito do exercício da liberdade de estabelecimento. Todavia, e como já tivemos oportunidade de verificar²²³, não existe uma uniformidade quanto à determinação do estatuto pessoal das sociedades comerciais.

Assim, se uma sociedade cujo Estado de origem segue a teoria da constituição transferir a sua sede de administração efetiva para um Estado que adote a teoria da sede real, não será reconhecida juridicamente por este último Estado, tendo de se constituir uma nova sociedade no mesmo. O mesmo se passa no caso de uma sociedade cujo Estado de origem segue a teoria da sede real quando transfira, quer a sede estatutária, quer a sede de administração efetiva para

²¹⁹ Note-se que o caso da fusão transfronteiriça das sociedades também é uma matéria que se insere no âmbito da liberdade de estabelecimento primária, cfr. MARIA MIGUEL CARVALHO, «Quem não está...», *cit.*, p. 11.

²²⁰ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito...*, *cit.*, p. 58.

²²¹ ALEXANDRE MOTA PINTO, «Apontamentos...», *cit.* p. 144.

²²² *Idem*, p. 145.

²²³ V. capítulo I.

outro Estado, uma vez que segundo os defensores desta teoria, a sociedade só tem validade plena se tiver a sua sede de administração no mesmo local onde foi constituída²²⁴.

Ao invés, se uma sociedade cujo Estado de origem segue a teoria da constituição transferir a sua sede de administração efetiva para um Estado que segue essa mesma teoria, sem a alteração da sede estatutária, a mesma será reconhecida neste último Estado, mantendo-se a sua personalidade jurídica. Isto porque os ordenamentos jurídicos que adotam a teoria da constituição para determinar o estatuto pessoal societário, não têm em consideração o local onde a sociedade tem o centro principal da sua atividade, dando apenas relevância ao local onde se situa a sede fixada pelos estatutos²²⁵.

Nestes termos, facilmente se constata que “*o não reconhecimento por um Estado-membro da personalidade jurídica de uma sociedade validamente constituída à luz da ordem jurídica de outro Estado-membro poderá constituir uma restrição à liberdade de estabelecimento*”²²⁶.

Ora, perante o exposto, cumpre dizer que, de entre ambas as teorias (constituição e sede real), a que poderá gerar conflitos com a liberdade de estabelecimento é a teoria da sede real²²⁷. A imutabilidade do estatuto pessoal e a possibilidade da mobilidade internacional da sociedade, ínsitas na teoria da constituição, demonstram que esta não levanta quaisquer restrições à liberdade de estabelecimento. Em boa verdade, atendendo a esta teoria, as sociedades são livres de estabelecer o seu centro principal de atividade para um país distinto, sem que daí advenham consequências, pois a sua personalidade jurídica mantém-se, como sociedades reguladas pelo Estado de origem (constituição).

Contrariamente, os sistemas jurídicos que defendem a teoria da sede real não reconhecem a personalidade jurídica da sociedade se o seu local de administração efetiva não coincidir com o local de constituição²²⁸. Esta exigência coloca sérios entraves ao exercício da liberdade de estabelecimento, principalmente na liberdade de estabelecimento primária, no que

²²⁴ MARIA MIGUEL CARVALHO, «Quem não está...», *cit.*, p. 12.

²²⁵ ALEXANDRE MOTA PINTO, «Apontamentos...», *cit.* p. 147.

²²⁶ *Idem*, p. 144.

²²⁷ Neste sentido, v. ALEXIA AUTENNE/MICHEL DE WOLF, «La Mobilité Transfrontalière des Sociétés en Droit Européen: le cas particulier du Transfert de Siège Social», in *Cahiers de Droit Européen*, ano XLIII, n.ºs 5/6, Bruylant, Bruxelas, 2007, pp. 660 e ss. e ALEXIA AUTENNE/EDOUARD-JEAN NAVEZ, «Cartesio – Les contours incertains de La Mobilité Transfrontalière des Sociétés Revisités», in *Cahiers de Droit Européen*, ano XLV, n.ºs 1/2, Bruylant, Bruxelas, 2009, pp. 106 e ss.

²²⁸ Como é o caso em que uma sociedade de direito inglês transfere a sede efetiva da administração para o Estado alemão ou o caso de uma “*private limited company*” inglesa, que tenha por objetivo a compra e venda de imóveis na Alemanha, tendo para tal estabelecido lá a sua sede efetiva. Note-se que ambas não serão reconhecidas nesses Estados, *vide* ALEXANDRE MOTA PINTO, «Apontamentos...», *cit.*, p. 155.

concerne à transferência da sede de administração efetiva de uma sociedade, de um Estado-Membro para outro.

Se o Estado de origem adotar a teoria da sede real, a transferência da sede da sociedade acarretará a sua dissolução, deixando este Estado de lhe reconhecer a sua personalidade jurídica. Por sua vez, se for o Estado de acolhimento a defender a teoria da sede real, o resultado será praticamente o mesmo, na medida em que este não reconhecerá a personalidade jurídica da sociedade aquando da transferência da sua sede, o que terá como consequência, a reconstituição de uma sociedade nova nesse Estado de acordo com o seu direito material.

Posto isto, será de analisar se estas restrições à liberdade de estabelecimento poderão ser lícitas sob a perspetiva do direito da UE. Será que a jurisprudência do TJUE sobre estas questões poderá resolver o dilema existente entre o estatuto jurídico das sociedades pelo DIP e a liberdade de estabelecimento?

É precisamente sobre a influência da jurisprudência do TJUE respeitante à liberdade de estabelecimento sobre o estatuto pessoal das sociedades comerciais que nos debruçaremos de seguida.

1.2 Jurisprudência do TJUE

1.2.1 Acórdão *Daily Mail*

A *Daily Mail and General Trust plc*, sociedade constituída sob a jurisdição inglesa, e portanto, tendo neste Estado a sua sede estatutária e real, pretendia transferir a sede de administração efetiva para a Holanda, sem perder a sua personalidade jurídica. A lei britânica permitia essa transferência, porquanto defendia a teoria da constituição como critério delimitador da lei pessoal aplicável em situações transfronteiriças, conservando a mesma a sua personalidade jurídica ou a qualidade de sociedade britânica²²⁹. No entanto, para que essa transferência ocorresse, as autoridades fiscais britânicas exigiam uma autorização prévia.

A sociedade *Daily Mail* entendia que essa autorização prévia era uma verdadeira restrição à liberdade de estabelecimento, e neste sentido, propôs uma ação nos tribunais britânicos, a fim de ser decidido que o disposto nos artigos 43º e 48º do TCE (atuais artigos 49º

²²⁹ ANABELA SUSANA DE SOUSA GONÇALVES, «A influência...», *cit.*, p. 58.

e 54º do TFUE) lhe concediam o direito de transferir a sua sede de administração efetiva para um Estado-Membro distinto do Estado-Membro de constituição, sem qualquer necessidade de autorização prévia.

O TJUE veio considerar que o TFUE não se ocupa dos requisitos de que dependa a manutenção da personalidade jurídica da sociedade impostos pelo Estado-Membro de constituição. Além disso, considerou ainda que o direito de estabelecimento não confere a uma sociedade, constituída sob uma lei de um determinado Estado-Membro, o direito de transferir a sua sede de direção efetiva para um Estado-Membro distinto, mantendo ao mesmo tempo a sua personalidade jurídica no Estado de constituição²³⁰. Assim ser, considerou que as imposições do Estado inglês face à saída da sociedade para a Holanda eram perfeitamente legítimas.

Uma conclusão possível a retirar perante esta decisão é a de que, numa situação de transferência da sede efetiva de uma sociedade para outro Estado-Membro, não podem existir condicionalismos por parte do direito europeu face ao direito material de conflitos dos Estados sobre a determinação da lei pessoal aplicável²³¹. Significa isto, que os princípios inerentes ao TFUE não podem interferir nos sistemas jurídicos nacionais, podendo os Estados optar, livremente, por adotar qualquer um dos fatores de conexão (constituição ou sede real).

1.2.2 Acórdão *Centros*

Este caso trata de uma situação em que dois dinamarqueses constituíram uma sociedade (*Centros Ltd contra Erhvervs-og Selskabsstyrelsen*) em Inglaterra, e aí fixaram a sua sede estatutária, com o objetivo de beneficiarem da legislação inglesa no que concerne à isenção de qualquer exigência quanto à sua constituição e liberação do capital social mínimo. Porém, a *Centros* nunca exerceu qualquer atividade mercantil à luz da ordem jurídica britânica.

Sucedeu que um dos sócios dessa sociedade requereu a inscrição de uma sucursal na Dinamarca, dado que era uma das condições que o Estado dinamarquês impunha para que as sociedades estrangeiras pudessem exercer uma atividade na Dinamarca, mediante a constituição de uma sucursal. As autoridades dinamarquesas recusaram esse registo, com o fundamento de que a *Centros* não desenvolvia qualquer atividade comercial na Inglaterra, e como tal, a constituição de uma sucursal na Dinamarca teria como propósito a constituição de

²³⁰ Ac. *Daily...*, *cit.*, §§ 24 e 25.

²³¹ HELENA MOTA, «A lei pessoal...», *cit.*, p. 81.

um estabelecimento principal, isto é, estaríamos perante uma verdadeira situação de fraude fiscal²³².

Neste sentido, veio a *Centros* invocar o seu direito de constituir uma sucursal na Dinamarca, por força da liberdade de estabelecimento, independentemente de exercer a sua atividade principal ou não na Inglaterra.

Perante o exposto, decidiu o TJUE que a circunstância de um sócio de uma sociedade pretender constituir uma sucursal num Estado-Membro distinto e previamente a isso, constituir essa mesma sociedade num Estado-Membro que lhe permita ter mais vantagens, sendo um direito menos restritivo, não constituía uma restrição à liberdade de estabelecimento²³³. Assim, a recusa pelo Estado dinamarquês, em registar uma sucursal pertencente a uma sociedade constituída sob a lei de outro Estado-Membro é que seria contrária à liberdade de estabelecimento, mesmo que essa sucursal fosse uma forma de contornar a legislação da Dinamarca relativa à exigência da liberação de um capital social mínimo²³⁴. Além disso, TJUE considerou que as justificações apontadas pelo Estado dinamarquês para essa recusa, não eram suscetíveis de justificar um obstáculo ao exercício do direito de estabelecimento, porquanto não estavam preenchidas as condições que permitiriam esse efeito, isto é, aplicarem-se de forma não discriminatória, justificarem-se por razões de interesse geral, serem adequadas para garantir o objetivo que visam e não ultrapassarem o necessário a esse objetivo²³⁵. Esta consideração vem expressar que o TJUE admite, em certas situações não concretamente indicadas, a tomada de medidas nacionais que visem sancionar as condutas fraudulentas das sociedades²³⁶.

Não obstante, esta decisão permite concluir que, sob a égide do direito de estabelecimento, podem as sociedades tirar proveito das legislações nacionais que lhes sejam mais vantajosas²³⁷, sob vários pontos de vista (capital social exigível, facilidade na constituição...). Nesta senda, parece-nos que o TJUE não salientou qualquer reação adversa quanto à

²³² No sentido de que contornava a legislação dinamarquesa quanto à obrigação da liberação de um capital social mínimo para as sociedades por quotas, v. ANABELA SUSANA DE SOUSA GONÇALVES, «A influência...», *cit.*, p. 56.

²³³ “Com efeito, o direito de constituir uma sociedade em conformidade com a legislação de um Estado-Membro e de criar sucursais noutros Estados-Membros é inerente ao exercício, num mercado único, da liberdade de estabelecimento garantida pelo Tratado.”, *cf.* Ac. *Centros...*, *cit.*, § 27.

²³⁴ *Idem*, § 30.

²³⁵ MARIA ÂNGELA COELHO BENTO SOARES, «A Liberdade...», *cit.*, p. 298. Segundo esta Autora, não se encontram estabelecidas as verdadeiras razões porque levaram o TJUE a considerar que este caso trataria da liberdade de estabelecimento secundária.

²³⁶ Este raciocínio é também defendido no Ac. *Überseering...*, *cit.*, § 92.

²³⁷ ANABELA SUSANA DE SOUSA GONÇALVES, «A influência...», *cit.*, p. 58.

concorrência entre ordens jurídicas no seio societário²³⁸. Aliás, a sua posição vem criar condições que visam estimular essa concorrência quando, por exemplo, no Regulamento relativo à SE²³⁹, prevê que certos aspetos da vida da sociedade possam ser regulados pela legislação do Estado-Membro onde se localize a sede da mesma²⁴⁰.

Por outro lado, a decisão *Centros* coloca a questão de saber até que ponto a teoria da sede real será desconforme com a liberdade de estabelecimento. Ainda que no presente caso, não esteja expressamente consagrado o princípio do reconhecimento mútuo das sociedades constituídas de acordo com a lei de um qualquer Estado-Membro, a verdade é que a permissão do contorno às legislações nacionais mais onerosas por parte das sociedades, aliada à desconsideração plena do local onde reside efetivamente a atividade principal da sociedade, isto é, a sua sede real, faz concluir que a decisão *Centros* incentiva o abandono da teoria da sede real pelas ordens jurídicas internas²⁴¹.

1.2.3 Acórdão *Überseering*

Ao contrário das decisões *Daily Mail* e *Centros*, este acórdão trata das restrições à liberdade de estabelecimento impostas pelo Estado de acolhimento.

A *Überseering BV contra Nordic Construction Company Baumanagement GmbH*, sociedade holandesa instaurou uma ação contra a *NCC*, sociedade alemã, por cumprimento defeituoso de um contrato de empreitada celebrado entre ambas. Acontece que na sequência desse litígio, a *Überseering* transferiu a sua sede efetiva para a Alemanha, após a aquisição das suas quotas por cidadãos alemães. Todavia, o Estado alemão não lhe reconhecia capacidade jurídica.

Neste sentido, a *Überseering* entendia que esse não reconhecimento era contrário à liberdade de estabelecimento, e como tal, a mesma interpôs ação junto do tribunal alemão *Bundesgerichtshof*. Face ao exposto, entendeu este Tribunal reenviar ao TJUE certas questões

²³⁸ Tendo, por isso, se salientado a preocupação de vários sistemas jurídicos, como é o caso da Alemanha onde foi apresentado um projeto legislativo com vista a flexibilizar as exigências respeitantes ao capital social das GmbH e em Portugal, a criação de mecanismos que facilitam a constituição de sociedades, como a “empresa na hora” pelo DL n.º 111/2005, de 8 de Julho, vide MARIA ÂNGELA COELHO BENTO SOARES, «A Transferência...», *cit.*, p. 68 e 69.

²³⁹ O qual será analisado infra, v. ponto 2 do presente capítulo.

²⁴⁰ MARIA ÂNGELA COELHO BENTO SOARES, «A Liberdade...», *cit.*, p. 297.

²⁴¹ Em sentido contrário *idem*, p. 300.

sobre a compatibilidade da liberdade de estabelecimento com o facto de o Estado-Membro de acolhimento negar a capacidade jurídica e judiciária de uma sociedade validamente constituída sob a legislação de outro Estado-Membro.

Neste sentido, entendeu o TJUE que o não reconhecimento da capacidade jurídica e judiciária por parte do Estado alemão, de uma sociedade validamente constituída sob a legislação de outro Estado-Membro (Holanda), que transferiu a sede de administração afetiva para a Alemanha é contrária à liberdade de estabelecimento.

Ora, logo à “cabeça” esta decisão admite, de forma expressa, o princípio do reconhecimento mútuo das sociedades regularmente constituídas sob as normas nacionais de um dado Estado-Membro, mesmo que estas não tenham aí a sua sede real, nem desenvolvam qualquer atividade²⁴². Desta forma, a sociedade deve ser reconhecida no Estado-Membro de acolhimento, enquanto sociedade regulada pelo direito do Estado-Membro de constituição.

Assim, a decisão *Überseering* conduz a desigualdades entre as várias situações de migrações intraeuropeias, contempladas pela liberdade de estabelecimento. Como se pode constatar, o mesmo impõe limites à atuação dos Estados-Membros de acolhimento, assim permitindo uma margem de manobra maior para os Estados-Membros de constituição. Esta “sobrevalorização” da teoria da constituição face à teoria da sede real cria uma maior dependência da sociedade para com o Estado de origem, pois como já se viu em casos como o *Daily Mail*, são permitidas as limitações impostas pelos Estados-Membros de origem face à transferência da sede de administração efetiva de uma sociedade para outro Estado. O mesmo já não parece verificar-se com as condições impostas pelos Estados-Membros de acolhimento.

Face às decisões jurisprudenciais anteriormente referidas, entendemos que o posicionamento da jurisprudência europeia neste acórdão inicia uma viragem quanto ao tratamento dado às medidas nacionais restritivas da liberdade de estabelecimento, conferindo uma maior liberdade à criação de obstáculos face à transferência internacional da sede, aos Estados de origem do que aos Estados de acolhimento.

²⁴² Isto significa que este princípio não é só reconhecido à luz de um Estado-Membro que adote a teoria da constituição, tal como no Ac. *Centros*. Dando-se, por outro lado, a liberdade de estabelecimento das sociedades pseudo-estrangeiras, cfr. MARIA ÂNGELA COELHO BENTO SOARES, «A Transferência...», *cit.*, p. 310.

1.2.4 Acórdão *Inspire Art*

A base fáctica sobre a qual incide o caso *Inspire Art* apresenta semelhanças com o caso *Centros*, porquanto trata de um caso de “internacionalização fictícia”, isto é, a constituição de uma sociedade sob a lei de um determinado Estado-Membro, a qual, por sua vez, desempenha a sua atividade principal, não no Estado de constituição, mas num outro Estado-Membro, através de uma sucursal. A sociedade inglesa *Inspire Art*, pese embora tivesse sido constituída sob a legislação inglesa, dispunha de uma sucursal na Holanda, sendo também o local de residência do seu único administrador. Neste sentido, as autoridades holandesas consideraram que a sua constituição no Reino Unido era apenas uma forma de contornar a legislação holandesa, porquanto toda a atividade comercial desenvolvida pela mesma era exercida na Holanda. Além disso, o facto de o domicílio do único administrador se situar na Holanda, leva-nos a concluir que também aí se situava a sede principal e efetiva da sociedade²⁴³, o que significa que, ao contrário do caso *Überseering*, não estamos perante uma transferência da sede real da sociedade.

O grande problema em dissídio residia no facto de que a Holanda considerou o registo dessa sucursal como se se tratasse da formação de uma sociedade formalmente estrangeira, e assim sendo, a mesma seria regulada pela legislação holandesa. Deste modo, seria completamente indiferente o facto de a Holanda defender a teoria da constituição, tal como o Reino Unido.

Sucedo que a legislação holandesa, no que concerne às sociedades formalmente estrangeiras, exigia uma série de condições ao nível da publicidade, da qualidade dos documentos, assim como da responsabilidade pessoal e solidária dos sócios para com a sociedade, quando não fossem atingidos os objetivos mínimos previstos pela lei holandesa respeitantes ao capital social²⁴⁴.

Ora, a *Inspire Art* veio entender que esta circunstância violava intrinsecamente a liberdade de estabelecimento prevista no artigo 49º do TFUE.

Neste sentido, o TJUE começou por dar referência à 11ª Diretiva 89/666/CEE, de 21 de Dezembro de 1989, considerando que, de acordo com esta, as exigências de publicidade impostas pelo Estado holandês à *Inspire Art*, eram contrárias à mesma, porquanto não estavam aí estabelecidas. Por outro lado, entendeu que as disposições nacionais holandesas sobre o

²⁴³ ANABELA SUSANA DE SOUSA GONÇALVES, «A influência...», *cit.*, p. 60.

²⁴⁴ Cfr. Ac. *Inspire...*, *cit.*, § 28.

capital social e a responsabilidade dos administradores da sociedade eram contrárias à liberdade de estabelecimento consagrada no direito da UE. Além de que reafirmou “...que o facto de uma sociedade não exercer qualquer actividade no Estado-Membro em que tem a sua sede e exercer as suas actividades única ou principalmente no Estado-membro da sua sucursal não basta para demonstrar a existência de um comportamento abusivo e fraudulento que permita a este último Estado negar à sociedade em causa o benefício das disposições comunitárias relativas ao direito de estabelecimento.”²⁴⁵.

Posto isto, há que ter presente que o TJUE realçou dois aspetos importantes: 1) um Estado-Membro deve reconhecer a capacidade jurídica e judiciária a uma sociedade que foi constituída sob a legislação de outro Estado-Membro²⁴⁶; 2) e deve ainda respeitá-la como sociedade regulada pelo direito material societário do Estado de constituição.

Assim sendo, entendemos que o acórdão *Inspire Art* reiterou a jurisprudência do acórdão *Centros*, o qual estabeleceu que se devem respeitar as disposições nacionais inerentes ao Estado de constituição, sendo a sociedade regulada pelas mesmas. O que nos parece lógico, pois caso assim não fosse, a liberdade de estabelecimento das sociedades estaria sempre comprometida pela legislação de cada Estado-Membro que com ela contactasse e, por outro lado, se assim não fosse, estaria o TJUE a tomar uma posição distinta, e portanto, incoerente face ao que foi decidido no acórdão *Centros*²⁴⁷.

1.2.5 Acórdão *Cartesio*

O presente caso reporta, novamente, a uma situação de transferência da sede real de uma sociedade de um Estado-Membro (Hungria) para outro (Itália). Neste caso, a sociedade *Cartesio*, constituída na Hungria e tendo aí a sua sede real, pretendia transferir a sua sede efetiva para a Itália, tendo para tal pedido às autoridades húngaras a alteração do seu registo comercial para o Estado italiano, mediante o correspondente averbamento. No entanto, a Hungria recusou esse averbamento, justificando esse indeferimento pelo facto de que, à luz do seu direito societário, não era permitida a transferência da sede principal e efetiva da sociedade

²⁴⁵ MARIA ÂNGELA COELHO BENTO SOARES, «O Acórdão Inspire Art Ltd.: Novo Incentivo Jurisprudencial à Mobilidade das Sociedades na União Europeia», in *Temas de Integração*, n.º 17, 2004, p. 137.

²⁴⁶ Entendimento colhido no Ac. *Centros*.

²⁴⁷ No que concerne à admissibilidade das sociedades se deslocarem para países distintos ou de criarem situações societárias fictícias por forma a beneficiarem de condições societárias mais vantajosas, v. ANABELA SUSANA DE SOUSA GONÇALVES, «A influência...», *cit.*, p. 61.

para um Estado distinto, conservando ao mesmo tempo a sua personalidade jurídica. Entendia, assim, o Estado húngaro, que essa transferência implicava a dissolução da sociedade e, em consequência, a constituição *ex novo* de uma sociedade no Estado de acolhimento²⁴⁸.

Esta limitação imposta pelo Estado húngaro foi apreciada pelo TJUE, sendo que o mesmo reafirmou o que foi decidido em *Daily Mail*, onde se defendeu que a liberdade de estabelecimento não avoca as condições específicas relativas à manutenção da personalidade jurídica de uma sociedade quando esta decide alterar a sua sede para um país distinto. De facto, a questão da manutenção da personalidade jurídica da sociedade aquando da sua transferência para um Estado distinto é uma questão definida pela legislação interna dos Estados, e já não, pelo direito europeu²⁴⁹, uma vez que é concedida essa liberdade às sociedades constituídas e com sede social e administração principal sob a legislação de um Estado pertencente à UE.

Todavia, é de notar que esta decisão encerra um acervo jurisprudencial distinto das decisões anteriormente citadas, conquanto introduz uma inovação: a transferência da sede real de um Estado para outro com alteração do direito societário aplicável²⁵⁰. Com efeito, e mais uma vez retomando o que ficou firmado em *Daily Mail*, o TJUE afirmou que o direito europeu não se opõe às imposições de saída dos Estados-Membros sobre as sociedades constituídas à luz do seu Direito, isto é, os Estados-Membros são livres de definir as condições face a essa saída, bem como a lei pessoal da sociedade comercial. Assim, podem os Estados-Membros decidir se a sociedade constituída sob o seu Direito mantém ou não a sua personalidade jurídica, conservando ao mesmo tempo a sua qualidade de sociedade de direito nacional do Estado-Membro onde foi constituída. Esta declaração abarca “...a possibilidade de esse Estado-Membro não permitir a uma sociedade constituída ao abrigo do seu direito nacional conservar essa qualidade quando decida reorganizar-se noutra Estado-Membro mediante a deslocação da sua sede para o território deste último, rompendo dessa forma o vínculo de dependência previsto pelo direito nacional do Estado-Membro de constituição.”²⁵¹. Significa isto que, em termos gerais, o TJUE admite a possibilidade de dissolução e extinção da sociedade pelo Estado-Membro de origem.

Porém no presente caso, o TJUE considerou que o Estado húngaro pretendia impor essa dissolução e extinção a todo o custo, estando a impedir a transformação da *Cartesio* numa

²⁴⁸ Ac. *Cartesio...*, cit., § 103.

²⁴⁹ *Idem*, § 109.

²⁵⁰ ANABELA SUSANA DE SOUSA GONÇALVES, «A influência...», cit., p. 62.

²⁵¹ Ac. *Cartesio...*, cit., § 110.

sociedade de direito nacional do Estado-Membro de destino, mesmo que este último o permitisse. Ora, esta circunstância violava a liberdade de estabelecimento prevista no artigo 49º do TFUE.

Neste sentido, ainda que o TJUE entenda que o direito da UE, mais precisamente a liberdade de estabelecimento é alheio às medidas nacionais restritivas respeitantes ao estatuto pessoal das sociedades, o mesmo vem entender que nesta situação não está em causa um vínculo de dependência da sociedade com o Estado de constituição e, desta forma, a exigência pelo Estado húngaro de dissolver a sociedade que transfere a sua sede real para um país distinto constitui um obstáculo à mobilidade internacional societária. Neste caso, há uma sucessão de estatutos que não pode ser restringida pela lei pessoal antiga, com a qual a sociedade perde o seu vínculo.

1.2.6 Acórdão *Vale*

Em 2012, surge o acórdão *Vale Építési kft.* Este caso respeitava a uma sociedade italiana *Vale Costruzioni SRL*, constituída e registada na Itália, a qual requereu o cancelamento do seu registo italiano, a fim de transferir a sua sede estatutária e real para a Hungria. O objetivo seria inscrever a sociedade *Vale Costruzioni* como antecessora jurídica da sociedade *Vale Építési*, no registo comercial húngaro. Este pedido foi indeferido pelas autoridades húngaras, com o fundamento de que essa circunstância não estava prevista no registo comercial húngaro, ou seja, uma sociedade constituída sob a lei italiana, não poderia transferir a sua sede social para o Estado húngaro, tendo como menção no registo húngaro uma sociedade italiana. Acrescenta que no que concerne à transformação das sociedades, a legislação húngara só tem em consideração as situações internas, não tendo qualquer aplicabilidade nas transformações transfronteiriças das sociedades.

Ora, analisando o caso em si, podemos constatar que se trata de uma situação de sucessão de leis pessoais, porquanto há uma sociedade com sede social e real na Itália que pretende cessar a sua atividade nesse Estado e transferir a sua sede estatutária e real para outro país. Isto significa que há uma quebra de ligação da sociedade italiana com o seu Estado de constituição. Nesta senda, veio o TJUE considerar que a recusa, por parte do Estado húngaro, em transformar a sociedade italiana *Vale Costruzioni* numa sociedade húngara, estaria a violar

a liberdade de estabelecimento²⁵², na medida em que, como o mesmo afirma *“Importa considerar que, na medida em que a legislação nacional em causa no processo principal apenas prevê a transformação de uma sociedade que já tem a sua sede no Estado-Membro em causa, a referida legislação institui uma diferença de tratamento entre sociedades segundo a natureza interna ou transfronteiriça da transformação...”*²⁵³, diferença essa que contraria a liberdade de estabelecimento vigente nos artigos 49º e ss do TFUE.

Não obstante, considerou ainda que o caso da transformação transfronteiriça das sociedades onde se imponha a alteração da lei pessoal aplicável implica a constituição de uma nova sociedade no Estado de acolhimento²⁵⁴. Razão pela qual tem o mesmo, o direito de impor as suas disposições nacionais respeitantes às transformações internas que regulam a constituição e funcionamento da sociedade²⁵⁵. Contudo, estas disposições têm de estar de acordo com o princípio da equivalência vigente entre as operações nacionais e transfronteiriças e, por outro lado o princípio da efetividade, inerente à liberdade de estabelecimento. Quanto à primeira situação, está claro que o Estado húngaro não respeitou esse princípio, uma vez que apenas admite a transformação das sociedades em situações puramente internas²⁵⁶. Relativamente ao princípio da efetividade, veio o TJUE considerar que a recusa da inscrição do registo da sociedade italiana *“...coloca a sociedade que solicita a transformação em risco de não poder demonstrar que respeitou efetivamente as exigências do Estado-Membro de origem, pondo assim em risco a realização da transformação transfronteiriça em que se envolveu.”*²⁵⁷.

Posto isto, concluímos que o exercício da liberdade de estabelecimento assegura a transferência transfronteiriça das sociedades. Além de que, existindo uma sucessão estatutária de leis pessoais, o Estado de acolhimento é obrigado a aceitar a transferência de sociedades que foram constituídas em outro Estado-Membro.

²⁵² Ac. *Vale...*, *cit.*, § 41.

²⁵³ *Idem*, § 36.

²⁵⁴ ANABELA SUSANA DE SOUSA GONÇALVES, «A influência...», *cit.*, p. 63.

²⁵⁵ Ac. *Vale...*, *cit.*, § 62.

²⁵⁶ *Idem*, § 56.

²⁵⁷ *Idem*, § 60.

1.2.7 Acórdão *Polbud*²⁵⁸

A mais recente decisão jurisprudencial sobre esta matéria ocorreu em Outubro de 2017, com o acórdão *Polbud – Wykonawstwo sp. z o.o.*²⁵⁹. O qual teve por base um recurso interposto pela *Polbud*, sociedade comercial por quotas estabelecida em Lack (Polónia) contra o indeferimento do pedido de cancelamento ou registo comercial polaco apresentado pela mesma, face à transferência da sua sede social para o Luxemburgo.

Este caso é extremamente importante, na medida em que trata de uma situação com a qual o TJUE não tinha ainda contactado: a transferência da sede social de uma sociedade comercial, mantendo-se a sede real e efetiva da mesma no Estado de constituição.

Por deliberação dos sócios da sociedade *Polbud*²⁶⁰, decidiu-se transferir a sua sede social para o Luxemburgo, com o objetivo desta passar a ser uma sociedade regulada pelo direito luxemburguês, mantendo a sua personalidade jurídica. Para tal, a sociedade *Polbud* requereu o cancelamento da sua inscrição no registo comercial polaco, com fundamento nessa transferência. Acontece que, segundo o direito polaco, o cancelamento do registo de uma sociedade, constituída ao abrigo da sua legislação, exigia uma série de informações e documentos e, neste sentido, as autoridades polacas exigiram essa documentação. A sociedade *Polbud* não considerava necessária a apresentação desses documentos, pois defendia que não se tratava de um caso de dissolução da sociedade²⁶¹, tendo sido apresentado o pedido de cancelamento do registo, somente, em função da transferência da sua sede social. Porém, o tribunal de registo polaco acabou por indeferir o referido pedido de cancelamento por falta de apresentação dos referidos documentos. A sociedade *Polbud* recorreu dessa decisão junto do Tribunal de *Bydgoszcz*, na Polónia, o qual negou provimento ao recurso, assim como o Tribunal de 2ª Instância de *Bydgoszcz*, também na Polónia, por recurso novamente apresentado pela mesma, face à improcedência do primeiro pelo Tribunal polaco de 1ª instância. Neste sentido, a sociedade *Polbud* decidiu recorrer para o Supremo Tribunal polaco (*Sąd Najwyższy*), o qual decidiu suspender a instância a apresentar uma série de questões prejudiciais ao TJUE.

O TJUE começou por salientar que uma sociedade como a *Polbud* pode perfeitamente invocar a liberdade de estabelecimento, uma vez que a conjugação do disposto nos artigos 49º e

²⁵⁸ Processo n° C-106/16, de 25.10.2017.

²⁵⁹ Disponível in www.curia.europa.eu

²⁶⁰ Ao abrigo do disposto no artigo 270º, n° 2 do CSC polaco (*Kodeks spółek handlowych*)

²⁶¹ A sociedade continuava a manter a sua personalidade jurídica.

54º do TFUE aplica-se a todas as “...sociedades constituídas em conformidade com a legislação de um Estado-Membro que tenham a sua sede estatutária, a sua administração central ou o seu estabelecimento principal no interior da União Europeia.”²⁶². Neste seguimento, salientou que a liberdade de estabelecimento prevista nos artigos 49º e 54º do TFUE permite a transformação transfronteiriça das sociedades, e como tal, a sociedade polaca *Polbud* tinha todo o direito de transformar-se numa sociedade de direito luxemburguês, desde que respeitasse as condições exigidas por este Estado-Membro, em especial as disposições relativas ao direito material de conflitos luxemburguês. Além disso, defendeu ainda que a liberdade de estabelecimento compreende o facto de a sociedade *Polbud* pretender transferir a sua sede social para o Luxemburgo a fim de se transformar numa sociedade luxemburguesa, ainda que pretenda manter a sua sede efetiva no Estado onde se constituiu (Polónia)²⁶³, sem prejuízo da não interferência do Direito da UE nas disposições nacionais dos Estados-Membros. Neste sentido, o TJUE entendeu que a transferência da sede social de uma sociedade constituída sob a legislação de um Estado-Membro para um Estado-Membro distinto, a fim de se transformar numa sociedade de direito desse Estado-Membro²⁶⁴, sem a transferência da sua sede efetiva para esse mesmo país, goza da liberdade de estabelecimento inerente ao TFUE²⁶⁵.

Todavia, a exigência do processo de liquidação de uma sociedade pelo direito polaco, para a mesma obter o cancelamento do seu registo em prol da transferência da sua sede social para um Estado-Membro distinto foi considerada restritiva da liberdade de estabelecimento²⁶⁶. Como fundamento desta decisão, salientou o TJUE que a imposição da dissolução prévia da sociedade pelo direito polaco não se justificava por razões imperiosas de interesse geral, uma vez que os interesses dos sócios, credores minoritários e trabalhadores eram afetados por essa exigência, sendo uma medida demasiado onerosa e excessiva para os mesmos²⁶⁷. Tal como foi salientado e proposto pela Advogada-Geral JULIANE KOKOTT.

²⁶² Ac. *Polbud...*, *cit.*, §32.

²⁶³ Dando, para isso, o exemplo do que foi decidido no Ac. *Centros*, *vide idem*, §§ 38 e 41.

²⁶⁴ Em respeito de todas as condições exigidas pelo Estado de acolhimento.

²⁶⁵ *Idem*, § 44.

²⁶⁶ *Idem*, § 51, tal como proposto pela Advogada-Geral JULIANE KOKOTT, nas conclusões realizadas para este processo e que apresentou em 04.05.2017, § 67, nº2, in <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:62016CC0106>

²⁶⁷ Ac. *Polbud...*, *cit.*, § 58.

1.3 Breves considerações

Após uma breve referência à base factual da jurisprudência que envolve esta matéria, há que distinguir duas situações: a transferência da sede estatutária e a transferência da sede real da sociedade.

No que concerne à transferência da sede real da sociedade, claramente se constata que há uma certa diferenciação de tratamento quanto ao Estado onde a sociedade foi constituída face ao Estado onde pretende estabelecer-se. Como se pôde verificar, nos Acórdãos *Daily Mail, Centros* e *Inspire Art*, o TJUE defendeu que se deveriam respeitar as disposições nacionais inerentes ao Estado de constituição, podendo os Estados-Membros impor restrições à saída da sociedade, desde que se respeitassem os princípios inerentes à UE²⁶⁸. O mesmo já não sucedeu quanto ao Estado de acolhimento, existindo uma certa relutância, por parte do TJUE, em admitir as suas restrições face à entrada da sociedade²⁶⁹.

Assumindo-se esta posição, conclui-se que se pode escolher o sistema jurídico de constituição da sociedade, o que equivale a dizer que a mesma será constituída sob a legislação que mais lhe é favorável, para num posterior momento, transferir a sede de administração efetiva da sociedade para um Estado-Membro distinto sem ter de cumprir as suas exigências²⁷⁰.

Todavia, o mesmo já não sucede quanto à transferência da sede estatutária. Entende o TJUE que, quando tal acontece, há uma sucessão de estatutos, a qual tem como consequência a perda do vínculo de dependência que a sociedade tinha com o Estado de constituição, e a consequente imposição do Estado de acolhimento da extinção da mesma. Essa exigência de dissolução e constituição de uma nova sociedade é vista como contrária à liberdade de estabelecimento, e como tal, não é permitida pela jurisprudência europeia. Neste caso, é de salientar o Ac. *Polbud*, na medida em que foi a primeira decisão jurisprudencial na qual se tratou exclusivamente a situação da transferência da sede estatutária da sociedade, tendo o TJUE salientado que a transferência da sede estatutária de uma sociedade de um Estado-Membro para outro, é possível, à luz da liberdade de estabelecimento, sendo que o que verdadeiramente restringe essa liberdade são as medidas nacionais restritivas do Estado de origem aquando essa mudança, nomeadamente a liquidação e extinção da sociedade que pretende transferir-se.

²⁶⁸ MARIA MIGUEL CARVALHO, «Quem não está...», *cit.*, p. 16.

²⁶⁹ Como se pode verificar em *Cartesio* e *Vale*.

²⁷⁰ Circunstância que permite a criação de verdadeiras situações de fraude à lei.

Esta diferenciação quanto à transferência da sede real e da sede estatutária das sociedades gera, no nosso ponto de vista, uma certa confusão, podendo retirar-se ilações erradas, como a de que o TJUE adota um comportamento mais favorável face aos Estados que defendem a teoria da constituição²⁷¹. No entanto, esta posição “tremeu” com o que foi salientado no Ac. *Cartesio*²⁷².

Por outro lado, a fundamentação da jurisprudência do TJUE relativamente ao direito de estabelecimento das sociedades, nem sempre é elucidativa e visível, na medida em que recorre a situações que em nada se assemelham à questão em causa para justificar a sua posição²⁷³.

1.4 A influência da jurisprudência do TJUE na determinação da *lex societatis* portuguesa

A exposição das diversas decisões tomadas pelo TJUE, nos vários acórdãos que referimos, permitiu concluir que, em matérias relativas às liberdades europeias, nomeadamente a liberdade de estabelecimento, tem a jurisprudência da UE dado um contributo na delimitação da lei pessoal definida nos termos do artigo 3º do CSC. Claro está, que tal influência apenas recai sobre as sociedades que se encontrem abrangidas pela liberdade de estabelecimento prevista no artigo 49º do TFUE, isto é, por sociedades que sejam constituídas segundo a legislação de um determinado Estado-Membro da UE e que possuam a sua sede de administração ou estabelecimento principal noutro Estado-Membro. Ora, significa isto que as regras de Direito Internacional Privado nacionais continuarão a persistir²⁷⁴ nas sociedades comerciais que não se constituam num determinado Estado-Membro ou não pretendam transferir a sua sede para um Estado-Membro da UE, isto é, nas relações extracomunitárias. Pelo que se pode concluir que nas relações que não sejam intracomunitárias, o artigo 3º do CSC não sofre qualquer limitação proveniente da jurisprudência do TJUE.

²⁷¹ Neste sentido, veja-se CÉSAR MANUEL FERREIRA PIRES, «A Transferência...», *cit.*, p. 175.

²⁷² Ac. *Cartesio*..., *cit.*, § 110.

²⁷³ Como é o caso do Ac. *Inspire Art*, quando se salientam passagens do Ac. *Daily Mail*, quando este trata da transferência da sede da sociedade, o que já não sucede naquele, v. ANABELA SUSANA DE SOUSA GONÇALVES, «A influência...», *cit.*, p. 69.

²⁷⁴ Não olvidando do eventual recurso ao reenvio para obter harmonização jurídica, HELENA MOTA, «A lei pessoal...», *cit.*, p. 80.

Comecemos, desde logo, pela decisão relativa ao Ac. *Centros*, da qual se infere que não configura uma situação de fraude à lei²⁷⁵, uma sociedade constituída segunda a lei de um Estado-Membro que pretende constituir uma sucursal noutra Estado-Membro e aí exercer a sua atividade efetiva. Desta forma, como *supra* se constatou, a situação em causa neste acórdão configuraria uma criação de uma situação de direito artificial com o objetivo de contornar a lei pessoal normalmente aplicável à sociedade comercial em questão (lei dinamarquesa). No entanto, o TJUE entendeu que, é legítimo, à luz da liberdade de estabelecimento, a constituição de uma sucursal num Estado-Membro, assim como o exercício da sua atividade principal, a fim de evitar a aplicação da lei que seria normalmente competente (a lei correspondente à lei do Estado de constituição). Tal entendimento poderia ser interpretado no sentido de que a UE admite o “aproveitamento das legislações societárias”.

Nas palavras de ANABELA DE SOUSA GONÇALVES “...esta é uma forma de impedir que os Estados-Membros usem da figura da fraude à lei para restringir a liberdade de estabelecimento, o que significa que em Portugal fica limitada a possibilidade de utilização do art. 21º do CC nas situações descritas (assim como nos outros Estados-Membros, o recurso a normas análogas).”²⁷⁶.

Além disso, esta jurisprudência instiga uma adaptação na aplicação do artigo 3º, nº1 do CSC, uma vez que resulta da mesma um princípio do reconhecimento mútuo das sociedades constituídas ao abrigo de uma lei de um Estado-Membro, que terão de ser reconhecidas noutros Estados-Membros. Assim sendo, uma sociedade comercial que seja constituída num determinado Estado-Membro e que queira constituir, em Portugal, uma sucursal ou qualquer estabelecimento secundário, para aí exercer a sua atividade principal, à luz dos princípios norteadores do Direito da UE, terá obrigatoriamente de se submeter à lei do país onde se constituiu no tocante a matérias como a liberação do capital social mínimo, a responsabilidade dos administradores da sociedade, deveres de publicidade, entre outros, e já não à lei portuguesa – lei da sede real e efetiva da administração da sociedade²⁷⁷. Ora, significa isto que, a liberdade de estabelecimento, quando interpretada de acordo com o Ac. *Centros*, restringe indubitavelmente, o âmbito de aplicação do artigo 3º do CSC e do artigo 33º do CC, na medida

²⁷⁵ A figura da fraude à lei está prevista, no nosso ordenamento jurídico, no artigo 21º do CC e consiste na criação de uma situação de facto ou de direito que visa evitar a aplicação da lei que, por norma, é competente e, assim, conseguir a aplicação de uma lei que, normalmente, não seria competente de forma a alcançar um resultado que não obteria com a primeira.

²⁷⁶ ANABELA SUSANA DE SOUSA GONÇALVES, «A influência...», *cit.*, p. 65. Com o mesmo entendimento, veja-se DÁRIO MOURA VICENTE, «Liberdades Comunitárias e Direito Internacional Privado», in *ROA*, Ano 69 III/IV, 2009, pp. 752 e 753.

²⁷⁷ *Idem*, p. 754.

em que, em relação a sociedades intracomunitárias prevalece a lei do lugar de constituição em prol do local da sede real ou efetiva quando estejam em causa matérias conexas como a liberação do capital social mínimo, ainda que a sede real da sociedade seja em Portugal.

Em suma, parece-nos que a norma do artigo 3º do CSC sofre uma limitação na interpretação deste acórdão, tendo em vista a salvaguarda do princípio da liberdade de estabelecimento, assim como do princípio do reconhecimento mútuo das sociedades, no sentido de que em situações como estas não existe uma sucessão de estatutos, pois não há uma verdadeira deslocalização da sede societária (a sede real sempre foi no segundo Estado-Membro).

Por outro lado, o ideal da manutenção da personalidade jurídica da sociedade aquando a transferência da sua sede do estrangeiro para Portugal, consagrado no artigo 3º, n.º2 do CSC teve, também, acolhimento na jurisprudência da UE, mais precisamente no Ac. de *Überseering*. Destarte, foi decidido pelo TJUE que o não reconhecimento da personalidade e capacidade judiciária da sociedade por parte do Estado de acolhimento, aquando a transferência da sede da mesma para esse Estado, violava intrinsecamente o princípio da liberdade de estabelecimento²⁷⁸. Assim sendo, o Estado de acolhimento tem efetivamente de reconhecer a personalidade jurídica da sociedade transferida conferida pela lei do Estado de origem (Estado Holandês, neste caso), o que consubstancia uma verdadeira limitação à aplicação da nova lei de estatuto pessoal - lei da sede real e efetiva da sociedade transferida (no caso vertente, seria a lei alemã). Desta forma, às sociedades intercomunitárias que tenham sido constituídas sob a égide do Direito de um determinado Estado-membro, não lhes pode ser vedado o reconhecimento da capacidade e, conseqüente, personalidade jurídica que lhes foi atribuída por esse Estado, pelo simples facto de o Estado de acolhimento determinar que a lei pessoal aplicável no mesmo é a lei do lugar da sede real e efetiva. Assim, é de concluir que a personalidade jurídica da mesma, adquire-se e mantém-se pela lei do Estado onde foi constituída, não podendo ser admitida a exigência da sua reconstituição na lei do país de acolhimento.

Por conseguinte, a decisão supramencionada reporta-se exclusivamente à transferência da sede de uma sociedade comercial entre Estados pertencentes à UE, o que nos leva a pensar que a manutenção da personalidade jurídica da sociedade só operaria neste género de

²⁷⁸ Neste sentido, declarou o Tribunal o seguinte: "2. Quando uma sociedade constituída em conformidade com a legislação de um Estado-membro no território do qual tem a sua sede social exerce a sua liberdade de estabelecimento noutra Estado-membro, os artigos 43.º CE e 48.º CE impõem a este último que respeite a capacidade jurídica e, portanto, a capacidade judiciária que esta sociedade possui nos termos do direito do Estado de constituição."

situações. Contudo, não é verosímil conceber esta presunção, uma vez que o interesse social e de terceiros continua a verificar-se, tanto nos Estados da UE como em Estados que não pertençam à UE.

Também ao nível da transferência da sede das sociedades comerciais deu o TJUE, através do disposto nos Ac. *Daily Mail* e *Cartesio*, uma resposta que, praticamente, em nada influenciou o âmbito de aplicação do preceito da norma do artigo 3º do CSC. Atendendo ao que foi decidido em ambos os casos, constata-se que, na situação da transferência da sede da sociedade para um Estado-Membro distinto do Estado de constituição, este pode impor certas restrições quanto à transferência da sede real para fora do seu território, nomeadamente a conservação da personalidade jurídica da sociedade de acordo com a lei do Estado de constituição. Como já referido, o TJUE defende que, cada Estado-Membro é livre de determinar as conexões relativas à personalidade jurídica da sociedade comercial sem violar o Direito à liberdade de estabelecimento das sociedades. Porém, esta “liberdade” só é permitida quando se trate da transferência da sede da sociedade de um Estado-Membro para outro sem a ocorrência da sucessão de estatutos. Nesta situação, o Estado de constituição mantém um vínculo com a sociedade transferida, uma vez que a lei desse Estado continua a aplicar-se, independentemente da deslocalização da mesma. Ora, esta circunstância não afeta o artigo 3º do CSC²⁷⁹, visto que, no nosso ordenamento jurídico, a transferência da sede real implica, sempre, uma sucessão de estatutos, o que significa que a sociedade irá sempre ter como lei pessoal aplicável a lei da nova sede.

Caso distinto e bastante salientado no Ac. *Cartesio*, será a transferência da sede de uma sociedade comercial de um Estado-Membro para outro, quando ocorra uma alteração da lei pessoal aplicável. Assim é, porque esta situação já não estabelece o vínculo existente entre a lei do lugar da constituição e a sociedade transferida, sendo que esta irá ser regulada pela lei da nova sede. Neste sentido, o TJUE entendeu que quando o Estado de constituição deixe de ter um vínculo com a sociedade aquando a sua transferência (por força da sucessão de estatutos), não pode o mesmo impor condições quanto a essa transferência, como por exemplo, exigir a liquidação ou extinção da sociedade. Tal circunstância iria contra a liberdade de estabelecimento vigente no Tratado.

Posto isto, parece o nosso ordenamento jurídico dar uma resposta positiva, por força do nº 4 e 5 do artigo 3º do CSC. De acordo com o disposto na norma, a sociedade que pretende

²⁷⁹ Ainda que a norma não preveja uma situação como a elencada.

transferir a sua sede para fora de Portugal, mantém a sua personalidade jurídica, se a lei desse país o permitir. Pelo que também neste ponto, parece existir uma correlação entre a jurisprudência da UE e a nossa legislação interna.

Relativamente ao Ac. *Vale*, a única questão que poderia suscitar dúvidas seria a sua concordância com a última parte do n.º 2 do artigo 3.º do CSC²⁸⁰, já que a mesma impõe à sociedade, que transfira a sua sede efetiva para Portugal, a conformação do contrato social com a lei portuguesa. Quanto a este respeito, entendeu o TJUE o seguinte: “...os artigos 49.º TFUE e 54.º TFUE devem ser interpretados, no contexto de uma transformação transfronteiriça de uma sociedade, no sentido de que o Estado-Membro de acolhimento tem o direito de determinar o direito interno pertinente quanto a tal operação e de aplicar as disposições do seu direito nacional relativas às transformações internas que regulam a constituição e o funcionamento de uma sociedade...”²⁸¹ Porém, as disposições nacionais relativas às operações transfronteiriças devem ter em consideração o princípio da equivalência, o que significa que deve existir total equidade entre estas e as condições relativas às operações internas. Assim como atender ao princípio da efetividade, o qual obriga a que o Estado de acolhimento permita que a sociedade comprove que o procedimento de transferência foi regularmente efetuado pelo Estado de origem. Ora, olhando para a exigência da conformação do pacto social com a lei portuguesa imposta pelo n.º 2 do artigo 3.º do CSC, verifica-se que a mesma não é afetada pela jurisprudência da UE. Bem pelo contrário, é admitida a imposição por parte dos Estados de acolhimento de condições que regulem os aspetos da vida da sociedade, isto é, a sujeição do contrato social à lei portuguesa respeita o princípio da liberdade de estabelecimento e simultaneamente, tutela os interesses do Estado de acolhimento, neste caso do Estado português.

Quanto ao que foi decidido no caso *Polbud*, não nos parece que tal tenha influenciado o disposto no artigo 3.º do CSC. A única dúvida poderia prender-se com o exposto na parte final, do n.º 1 desse artigo, pois nos restantes pontos não há qualquer interferência com o que foi decidido nesse acórdão. Todavia, esse mesmo preceito funciona precisamente para a proteção dos interesses dos credores, sócios minoritários e trabalhadores, tal como o que foi entendido nesse acórdão pelo TJUE.

²⁸⁰ Questão que já foi brevemente aludida no Capítulo I.

²⁸¹ Ac. *Vale...*, cit., § 62, disponível in www.curia.europa.eu

Em conclusão, a jurisprudência do TJUE simplificou o processo de deslocalização da sede das sociedades em geral²⁸², como por exemplo nas sociedades reguladas pela lei portuguesa para outro Estado-Membro²⁸³ através da permissão da manutenção da personalidade jurídica das sociedades comerciais aquando da transferência da sede real e efetiva. A conservação da personalidade jurídica das sociedades é bastante benéfica para a vida da sociedade, permitindo-lhe continuar a sua atividade para além das fronteiras sem necessidade da sua extinção.

2. A evolução do Direito Europeu das Sociedades face ao impulso do desenvolvimento transnacional societário

A transferência internacional da sede das sociedades comerciais é um tema que interfere em vários campos inerentes à dinâmica dos Estados-Membros, principalmente no seio da sua economia. Em consequência, os Estados tendem a consagrar determinados impedimentos jurídicos face a essa deslocalização, os quais, como já vimos, podem ter repercussões no seio da liberdade de estabelecimento.

Da jurisprudência acabada de referir resulta que a transferência da sede real, efetiva da sociedade para um Estado-Membro distinto, não levanta obstáculos de maior, face ao direito de estabelecimento consagrado no artigo 49º do TFUE. O mesmo já não sucede quanto à transferência transfronteiriça da sede estatutária da sociedade, a qual implica a dissolução da mesma, seguida de constituição de uma nova sociedade no Estado-Membro de acolhimento.

Esta falta de harmonização entre as medidas nacionais restritivas dos Estados-Membros em matéria de alteração da sede das sociedades com a liberdade de estabelecimento das mesmas no seio da UE conduziu à criação de tipos societários, tais como a sociedade anónima europeia, a sociedade cooperativa europeia e o agrupamento de interesse económico europeu.

Começamos pela sociedade anónima europeia. Este tipo societário europeu foi instituído pelo Regulamento (CE) nº 2157/2001²⁸⁴, de 8 de outubro de 2008, o qual veio permitir a transferência da sede de um Estado-Membro para outro Estado-Membro sem a dissolução da

²⁸² MATHIAS M. SIEMS, «SEVIC...», *cit.*, p. 312.

²⁸³ Ainda que com certas adaptações, como *supra* se pôde constatar.

²⁸⁴ Doravante designado por RSE.

sociedade europeia, nem a criação de uma nova no país para o qual pretende transferir-se²⁸⁵. Esta característica constitui uma verdadeira vantagem no que concerne à mobilidade das sociedades em diversos Estados-Membros²⁸⁶, além de que vem contrariar, em certa medida, a jurisprudência fixada no Ac. *Inspire Art e Centros*, na medida em que é permitida a transferência da sede estatutária conjuntamente com a transferência da sede principal e efetiva da sociedade anónima europeia²⁸⁷. Aliás, a sede estatutária da sociedade anónima europeia deve situar-se no mesmo território da sede da administração central²⁸⁸. Esta exigência da localização conjunta de ambas as sedes da sociedade anónima europeia é compreensível e justificável, por razões de proteção dos credores sociais, bem como é uma forma de evitar a fraude fiscal. No entanto, não significa isto que a sede da mesma tenha de se manter inamovível.

Não obstante, o processo que a mesma abarca, quer a nível da sua constituição, quer a nível da sua deslocalização para um Estado-Membro distinto, é bastante complexo.

Como já salientado pela jurisprudência europeia, os obstáculos jurídicos impostos pelos Estados à transferência da sede das sociedades comerciais, podem ser justificáveis por *razões imperiosas de interesse geral*. Ora, o mesmo sucede na transferência de uma sociedade anónima europeia. Ao contrário das sociedades constituídas sob o direito dos Estados-Membros, (cuja lei pessoal aplicável ao seu estatuto é confinada de acordo com as regras do DIP de um dado Estado-Membro), as regras da sociedade anónima europeia determinam-se através de um instrumento legal europeu que fixa, materialmente, as condições de transferência da respetiva sede²⁸⁹. Neste sentido, a sociedade anónima europeia, trouxe uma nova oportunidade para as sociedades comerciais europeias, pois por esta via podem estabelecer-se em qualquer Estado-Membro sem que se deparem com mais do que uma forma de regulamentação. No entanto, nem tudo são vantagens.

Uma das condições previstas para essa transferência é a elaboração de um projeto pelo órgão de administração da sociedade anónima europeia (v. artigo 8º, nº 3 do RSE)²⁹⁰. Este projeto, após ter sido elaborado pelo órgão de administração da sociedade anónima europeia,

²⁸⁵ Cfr. artigo 8º do RSE.

²⁸⁶ Note-se que este era um dos objetivos da Diretiva 2005/56/CE (respeitante à fusão transfronteiriça das sociedades), daí uma das formas de constituição de uma sociedade anónima europeia ser precisamente por meio de uma fusão transfronteiriça, v. artigo 17º do RSE.

²⁸⁷ CÉSAR MANUEL FERREIRA PIRES, «A Transferência...», *cit.*, p. 169.

²⁸⁸ Cfr. artigo 7º do RSE.

²⁸⁹ *Idem*, p. 170.

²⁹⁰ Segundo CÉSAR MANUEL FERREIRA PIRES, esta norma não deve ser interpretada literalmente, pois considera que o legislador europeu não pretendeu impedir o órgão deliberativo de se pronunciar sobre esse projeto de transferência, *vide idem*, p. 179.

tem ainda de ser publicado (cfr. artigo 8º, n.º 6, 1ª parte, conjugado com o artigo 13º do RSE), assim como tem de se apresentar um relatório em que se justifiquem os motivos jurídicos e económicos dessa transferência e as suas consequências para os acionistas, trabalhadores e credores²⁹¹. Além disso, a sociedade anónima europeia deve fazer prova, junto da entidade competente do Estado-Membro da sua sede, de que os interesses dos credores e titulares de outros direitos estão a ser salvaguardados, devendo para tal, emitir um certificado, irradiado por um tribunal, notário ou outra entidade competente, que comprove que a sua transferência está de acordo com as formalidades exigidas para o registo no Estado-Membro da nova sede (cfr. artigo 8º, n.º8 RSE)²⁹². Todavia, se a legislação interna do Estado-Membro no qual a sociedade esteja sediada o previr, as autoridades desse Estado podem opor-se a essa transferência por razões de interesse público, nos dois meses seguintes após a publicação do projeto supracitado (cfr. artigo 8º, n.º14 do RSE). Segundo CÉSAR PIRES²⁹³, esta restrição à liberdade de estabelecimento constitui uma enorme desvantagem, chegando mesmo a referir que a mobilidade transfronteiriça da sociedade anónima europeia poderá ser de concretização mais difícil do que a mobilidade das sociedades de direito nacional.

Relativamente aos efeitos da transferência da sede da sociedade anónima europeia, é de salientar o disposto no n.º15 do artigo 8º do RSE, o qual dispõe que sempre que se tiver iniciado um processo de dissolução, liquidação, insolvência, suspensão de pagamentos ou outros processos análogos a essa sociedade, a transferência da sua sede não é permitida²⁹⁴.

Pelo que, face ao exposto, facilmente se constata que, ainda que a criação deste novo tipo societário acarrete vantagens quanto à transferência da sede estatutária de um Estado-Membro para outro, o seu processo acarta desvantagens/custos elevados que devem ser ponderados.

Por outro lado, a possibilidade prática desta nova realidade face à transferência da sede estatutária de uma sociedade de um Estado-Membro para outro encerraria, no entanto, três fases: a transformação de uma sociedade de direito nacional numa sociedade anónima europeia, seguida da transferência da sua sede estatutária e a transformação dessa sociedade

²⁹¹ MARIA MIGUEL CARVALHO, «Quem não está...», *cit.*, p. 17.

²⁹² *Ibidem* e CÉSAR MANUEL FERREIRA PIRES, «A Transferência...», *cit.*, p. 183.

²⁹³ *Idem*, p. 184.

²⁹⁴ MARIA MIGUEL CARVALHO, «Quem não está...», *cit.*, p. 17.

numa sociedade sob o direito do Estado de acolhimento²⁹⁵. O que nos parece bastante dispendioso e moroso.

A sociedade cooperativa europeia é outro dos tipos societários que se destacam nesta matéria, tendo sido erigida pelo Regulamento (CE) n.º 1435/2003, de 22 de julho de 2003²⁹⁶. O processo em que decorre a transferência da sua sede é muito similar ao estabelecido para a sociedade anónima europeia, tendo também a sede estatutária e a sede de administração efetiva da sociedade de estar situadas no mesmo território europeu. Assim como a sua transferência não implica a dissolução da sociedade e a constituição de uma nova no Estado-Membro de destino (cfr. artigo 7.º do referido diploma legal).

A distinção entre esta sociedade com a sociedade anónima europeia respeita às condições de concorrência e ao desenvolvimento económico, porquanto as cooperativas são agrupamentos de pessoas e entidades jurídicas que obedecem a determinados princípios, como a distribuição equitativa do lucro líquido do seu exercício. Além disso, o fomento da sociedade cooperativa europeia surgiu face ao insuficiente desenvolvimento cooperativo europeu, bem como das desvantagens, no seio europeu, das cooperativas perante as sociedades comerciais.

Outro exemplo de tipo societário é o agrupamento europeu de interesse económico²⁹⁷, instituído pelo Regulamento (CE) n.º 2137/85, de 25 de julho de 1985, o qual, segundo ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO²⁹⁸, acaba por ser uma espécie de sociedade em nome coletivo modificada. Também neste tipo societário, o processo respeitante à transferência da sua sede é idêntico ao da sociedade anónima europeia.

Pelo que, em suma, pode concluir-se que o tipo societário que vem apresentar uma maior relevância neste contexto é a sociedade anónima europeia, porquanto é aquele que se ocupa das sociedades comerciais em si, sendo uma possível via para contornar os obstáculos impostos pelas legislações nacionais dos Estados-Membros à transferência da sede das sociedades comerciais. Ainda que não seja uma solução perfeita para fazer face a este problema, é atualmente uma das formas que mais se aproxima da sua resolução.

²⁹⁵ *Ibidem*.

²⁹⁶ Nesta senda, salienta-se a Diretiva 2003/72/CE, do Conselho de 22 de julho de 2003, que completa o estatuto da sociedade cooperativa europeia no que diz respeito ao envolvimento dos trabalhadores.

²⁹⁷ Sendo que surgiu antes da criação da sociedade anónima europeia e da sociedade cooperativa europeia.

²⁹⁸ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito...*, cit., p. 846.

3. Contributo para uma possível harmonização da legislação dos diferentes Estados-membros: da Proposta de 14^a Diretiva

Como se pode verificar, a mobilidade das sociedades comerciais no seio da UE não tem sido tarefa fácil face à disparidade da legislação interna dos Estados-Membros. As condições nacionais impostas pelos mesmos obstaculizam essa liberdade de movimentação, o que consequentemente produz efeitos negativos na construção de um Mercado Único.

Uma das principais consequências nefastas da transferência da sede das sociedades é designadamente a alteração do direito aplicável às mesmas, o qual poderá provocar a extinção da personalidade jurídica da sociedade transferida. Além disso, essa alteração do direito aplicável apresenta repercussões ao nível fiscal, porquanto essa transferência envolve sempre despesas²⁹⁹.

Ora, é em virtude desta falta de harmonização que se começaram a desenvolver os primeiros trabalhos preparatórios da 14^a Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho sobre a transferência da sede de uma sociedade para outro Estado-Membro, com alteração do direito a ela aplicável, mais precisamente em 1993. Este estudo foi apresentado pela KPMG³⁰⁰ a pedido da Comissão, tendo como fonte inspiradora o disposto no artigo 8^o do RSE. Em 1997, elaborou a Comissão o seu próprio projeto de Diretiva³⁰¹. Nesta vigoravam quaisquer tipos de sociedades, desde que tivessem a sua sede num Estado-Membro e que a sua mudança ocorresse para um outro Estado-Membro. O objetivo desta Diretiva residia na obrigação de os Estados-Membros permitirem essa transferência sem prejudicarem a manutenção da personalidade jurídica da pessoa coletiva em questão.

No entanto, após uma análise sobre o seu impacto, acabou por se considerar que a mesma não iria ser apresentada, por se entender que poderia atingir dificuldades políticas e a sua proximidade com o *Ac. Cartesio*, já aqui salientado³⁰². Concomitantemente o Parlamento Europeu não se conformou com tal decisão, incitando a Comissão para a necessidade urgente de apresentação de uma proposta de diretiva respeitante à transferência transfronteiriça da sede das sociedades comerciais, tendo para tal, chamado a atenção para as recomendações

²⁹⁹ *Idem*, p. 814.

³⁰⁰ Cfr. *Study on transfer of the head office of a company from one Member State to another*, KPMG European Business Center, 1993.

³⁰¹ A versão traduzida para português por ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO pode ser consultada *in idem*, pp. 810 a 813.

³⁰² MARIA MIGUEL CARVALHO, «Quem não está...», *cit.*, p. 18.

constantes do anexo da Resolução do Parlamento Europeu, de 2 de dezembro de 2012³⁰³ e a recomendação do relatório de Grupo de Reflexão sobre o Futuro do Direito Europeu das Sociedades³⁰⁴. Neste sentido, veio a Comissão estabelecer a realização de novas consultas públicas e específicas a fim de atualizar uma nova avaliação sobre a iniciativa relativa à transferência transfronteiriça da sede social, durante o ano de 2013³⁰⁵, bem como assumir a necessidade de uma iniciativa legislativa quanto a esta matéria³⁰⁶.

Contudo, não houve qualquer modificação ou desenvolvimento no que toca a esta questão, o que significa que se mantêm os problemas inerentes à transferência da sede das sociedades comerciais. Desta forma, torna-se cada vez mais imperativa a criação de um ato normativo uniforme por forma a resolver a desarmonização vigente. Além disso, consideramos que essa iniciativa legislativa deve apresentar, não só um suporte ao nível do Direito das sociedades, mas também um complemento fiscal, visto que a mobilidade das sociedades influencia o sistema fiscal dos Estados-Membros³⁰⁷. Terá que haver uma séria e determinada meditação europeia sobre este assunto.

³⁰³ Disponível in <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A7-2012-0008+0+DOC+XML+V0//PT>

³⁰⁴ COM/2012/0740 final, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões: Plano de ação: Direito das sociedades europeu e governo das sociedades - um quadro jurídico moderno com vista a uma maior participação dos acionistas e a sustentabilidade das empresas in <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A52012DC0740>

³⁰⁵ MARIA MIGUEL CARVALHO, «Quem não está...», *cit.*, p. 18.

³⁰⁶ COM/2012/0740 final..., *cit.*, pp. 13 e 18.

³⁰⁷ Como veremos *infra*, v. Parte II da presente dissertação.

PARTE II
A TRANSFERÊNCIA DA SEDE DAS SOCIEDADES COMERCIAIS NO DIREITO
INTERNACIONAL FISCAL

CAPÍTULO I – TRANSFERÊNCIA DA SEDE DAS SOCIEDADES VS. TRANSFERÊNCIA DA RESIDÊNCIA FISCAL

1. Razão de ordem

Perante o estudo dos principais efeitos da mobilidade da sede societária no âmbito do Direito Internacional Comercial (cfr. Parte I), importa analisar e delimitar as suas implicações no seio fiscal. Neste sentido, destaca-se o conceito de residência³⁰⁸, uma vez que a sede comercial e a sede fiscal são distintas, sendo que a mudança da primeira não basta para a alteração da segunda. A sede fiscal corresponde à residência fiscal, elemento de conexão que permite determinar a incidência espacial do imposto. A qual, por sua vez, apresenta uma panóplia de sentidos, consoante o sistema jurídico que esteja em causa. É precisamente sobre o estudo deste conceito que nos ocuparemos *infra* (v. ponto 3), analisando-o ao nível do Direito Fiscal Comparado, assim como do Direito Internacional Fiscal e Europeu.

Concomitantemente, as consequências fiscais dependem de um problema inerente ao Direito das Sociedades Comerciais, daí a importância da correlação entre ambas as áreas jurídicas. No seio do Direito Comercial, o maior obstáculo que advém dessa transferência da sede societária é nomeadamente a alteração da lei pessoal aplicável, uma vez que os Estados defendem elementos de conexão distintos para a determinação do estatuto das sociedades. Essa disparidade de conexões internas quanto à jurisdição nacional aplicável aquando dessa deslocalização, conduz a uma situação de que dependem esses efeitos fiscais, que é a manutenção da personalidade jurídica da sociedade transferida. As consequências fiscais daí advenientes poderão divergir consoante a sociedade conserve ou não a sua personalidade jurídica. Se após a transferência da sede da sociedade a mesma continuar a existir, os Estados vão impor, certamente, os vulgarmente designados impostos de saída. Se a sociedade se

³⁰⁸ Note-se que este conceito não deve ser confundido com o conceito de domicílio. O domicílio tributário define-se como o lugar de exercício de direitos e o cumprimento de deveres estabelecidos pelas leis tributárias, é o local que estabelece a ligação do sujeito passivo a uma circunscrição territorial onde se situam os serviços de administração competentes para a prática de atos respeitantes à situação fiscal do mesmo. Isto significa que, o conceito de domicílio é um elemento mais forte do que o da residência, porquanto, é a partir dele que surgem obrigações tributárias mais extensas para com o contribuinte ao exigir uma conexão duradoura num dado território, *vide* ALBERTO XAVIER, *Direito Tributário Internacional*, 2ª edição atualizada, Coimbra, Almedina, 2017, p. 281. Um dos exemplos mais paradigmáticos desta distinção reside no conceito de domicílio no direito inglês, uma vez que há a distinção entre residentes domiciliados, os quais são tributados de acordo com o princípio do rendimento mundial (*world-wide-income*), e residentes não domiciliados, os quais são tributados apenas pelos rendimentos externos expedidos para o território inglês, v. *idem*, p. 282.

extinguir com essa transferência, o Estado de origem irá cobrar impostos sobre essa liquidação e dissolução da sociedade.

A transferência da sede das sociedades comerciais, para além de ocorrer, por motivos jurídico-comerciais, surge, também, por razões fiscais que, como já foi dito anteriormente, operam em torno da globalização económica, do crescimento do comércio mundial, assim como do desenvolvimento das empresas multinacionais, designadamente no que concerne à repartição da sua atividade por diversos países. O aparecimento de novas estruturas societárias³⁰⁹ resultantes do fenómeno da globalização da economia e o desenvolvimento de novas tecnologias de comunicação e informação estimulam, de forma acentuada, a concorrência fiscal, daí resultando políticas fiscais mais condicionadas. Por sua vez, esse condicionalismo da tributação interna dos Estados favorece a internacionalização das empresas, a qual é vulgarmente utilizada como estratégia de planeamento fiscal³¹⁰. Daí ser extremamente necessário a correlação entre o Direito Comercial e o Direito Fiscal relativamente a esta matéria, visto que, na maior parte das vezes, as motivações e efeitos comerciais da alteração da sede das sociedades comerciais, estimulam essa alteração a nível fiscal e vice-versa.

Há cada vez mais a necessidade por parte das empresas, de traçar uma estratégia de planeamento fiscal, que lhes permita optar pelo sistema jurídico que lhes seja mais favorável sob o ponto de vista fiscal, isto é, que lhes proporcione menos encargos, assim como de impedir o seu controlo, uma vez que, normalmente, os países em que a tributação é mais favorecida (paraísos fiscais³¹¹) não aceitam divulgar informação sobre os seus clientes, tendo em vista o combate à fraude e à evasão fiscal. Comportamento que pode assim permitir, a perda do rasto de auditorias e, muitas vezes, possibilitar uma requalificação dos rendimentos³¹². A procura de

³⁰⁹ Tais como: os grupos de sociedades que assumam natureza multinacional; as fusões internacionais de sociedades, a coligação internacional societária; o desenvolvimento da sociedade anónima europeia e da sociedade cooperativa europeia; os agrupamentos de interesse económico europeu.

³¹⁰ Neste sentido, ANTÓNIO MARTINS, «A internacionalização...», *cit.*, p. 73, entende que a crescente competitividade no mercado de bens e serviços minora as margens operacionais das empresas, daí a necessidade das mesmas em prosseguir estratégias agressivas nas áreas financeira e fiscal, que equilibrem tais margens. O autor afirma ainda que, a internacionalização dos mercados permite às administrações das empresas, o financiamento mais engenhoso e menos oneroso, o que significa que o planeamento fiscal internacional já se tornou parte integrante das escolhas das empresas para melhorar resultados.

³¹¹ Vulgarmente denominados por *off shores*, são países, territórios ou regiões com regimes de tributação favorecida ou mesmo inexistente para os não residentes, tais como a Angola, Bahamas, Costa Rica, Jamaica, Jordânia, Ilhas Fiji, Hong Kong, v. Portaria n.º 345-A/2016, de 30 de novembro.

³¹² MANUEL HENRIQUE DE FREITAS PEREIRA, *Fiscalidade*, Coimbra, Almedina, 2013, p. 440.

um regime de responsabilidade dos administradores e da insolvência mais vantajoso pode ser outra das causas que incentivam as empresas a alterarem a sua sede para um Estado distinto.

Após uma breve referência às principais motivações fiscais que levam à internacionalização das empresas, torna-se necessário refletir sobre os principais problemas que essa mobilidade implica no seio fiscal. Na parte I do presente estudo verificou-se que a transferência da sede societária levanta uma série de restrições quanto à lei pessoal aplicável, aquando essa transferência. Esta situação ocorre em prol dos Estados adotarem critérios de conexão distintos, face a duas teorias que pairam em torno desta matéria: a teoria da constituição e a teoria da sede real.

Com efeito, o principal problema que a alteração da sede das sociedades comerciais coloca no seio fiscal é, nomeadamente, a forma como os rendimentos da empresa irão ser tributados aquando essa transferência. Outro problema, ainda que complexo e jurídico-comercial, mas que tem repercussões fiscais, consiste na possibilidade da manutenção ou extinção da personalidade jurídica da sociedade comercial mediante essa deslocalização³¹³. Ora, isto significa que é necessário verificar se a sede societária corresponde efetivamente à sede fiscal.

Nesta senda, analisar-se-á, em primeira linha, a relevância do conceito de sede societária na determinação dos efeitos fiscais aquando dessa transferência, assim como da influência que a manutenção ou não da personalidade jurídica das sociedades exerce na produção de efeitos fiscais.

Por conseguinte, e atendendo ao facto de que uma das maiores implicações fiscais da transferência da sede reside na forma como os rendimentos irão ser calculados para efeitos de tributação, é fundamental atender ao elemento de conexão que delimita o âmbito espacial do imposto, ou seja, a residência fiscal. Os Estados determinam a sua competência tributária em função de critérios de tributação, os quais podem ser vários³¹⁴, salientando-se neste âmbito o critério da residência. Pelo que, subsequentemente, far-se-á uma análise dos critérios utilizados para aferir da qualidade de residente³¹⁵ de uma sociedade comercial, destacando-se neste

³¹³ Nesta circunstância, os efeitos fiscais são distintos, como veremos *infra*.

³¹⁴ Existem elementos de conexão objetivos, como o local da situação dos bens, o local da fonte de rendimento e ainda o local da celebração do contrato e, elementos de conexão subjetivos, como o local de residência e o local da nacionalidade. Não obstante, apenas aprofundaremos o elemento de conexão residência devido à sua relevância no presente estudo.

³¹⁵ Porquanto a delimitação do âmbito de aplicabilidade da lei fiscal de cada Estado é alcançada, regra geral, através do conceito de residência fiscal, neste sentido, v. FRANCISCO SOUSA DA CÂMARA, «A dupla residência das sociedades à luz das Convenções de Dupla Tributação», in *Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 403, 2001, pp. 35 e ss.

âmbito, o papel desenvolvido no plano internacional pela OCDE e interno, pelas Convenções para Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Impostos Sobre o Rendimento (CDT). Neste seguimento, salientar-se-á a influência que a CMOCDE³¹⁶ exerce sobre estas, assim como dos critérios internos utilizados pelos Estados, nomeadamente o critério do local da sede e o do local de direção efetiva. Este último, ainda que tenha sido o critério acolhido pela CMOCDE como regra de desempate no caso de conflitos de residência das sociedades (note-se na versão anterior à versão atual da Convenção, introduzida pela atualização de 2017), tem levantado uma série de interpretações distintas, as quais nos propomos analisar.

Para além disso, abordar-se-á o conceito de residência no âmbito do Direito Fiscal da União Europeia, bem como a sua relação com as CDT.

Após esta exposição de conceitos, essencial para a compreensão do tema, faremos referência às principais consequências fiscais que advêm dessa mudança. Nesta senda, é necessário ter presente que podem surgir efeitos fiscais distintos, consoante essa mobilidade determine ou não a manutenção da personalidade jurídica da sociedade transferida³¹⁷. Assim sendo, ter-se-á em consideração as implicações fiscais no caso de a sociedade se extinguir após essa mudança, bem como o caso em que a sociedade continua a manter a sua personalidade jurídica mesmo após essa transferência, salientando-se, neste seio, os impostos de saída.

O último capítulo do presente estudo dedicar-se-á exclusivamente aos impostos de saída e às suas implicações no seio da UE, ao nível das liberdades fundamentais, não podendo deixar de aludir também, ao fenómeno da dupla tributação, como verdadeiro limite internacional imposto pelos mesmos (v. Cap. IV).

2. Sede societária vs. sede fiscal

A primeira questão que se coloca é a de saber se a transferência da sede societária pode ser equiparada à transferência da sede fiscal. A resposta, ainda que complexa, aponta, claramente, para a não equiparação dos conceitos.

³¹⁶ OCDE, 2000/2005 – Convenção Modelo em matéria de rendimento e património, *in* https://info.portaldasfinancas.gov.pt/NR/rdonlyres/479C17F1-84B8-45F8-8056-73B300425BAD/0/CDT_Modelo_OCDE.pdf

³¹⁷ Facto que resulta da não harmonização dos Estados quanto à lei pessoal aplicável aquando essa transferência, em virtude da vigência de duas teorias distintas adotadas pelos mesmos para definir a jurisdição competente após essa deslocalização.

A sede societária é normalmente vista como a sede estatutária, isto é, aquela que é fixada pelos estatutos, o que significa que a transferência da sede societária não produz, por si só, a transferência da sede fiscal das sociedades, uma vez que a ocorrência da primeira pode não ser suficiente para a concretização da segunda.

Como já *supra* referido (v. Cap. I, pontos 1.1.1 e 1.1.2), um dos problemas resultantes da mobilidade internacional societária consiste na delimitação do seu estatuto pessoal aquando da mudança da sede, o qual é definido conforme o critério que seja aplicado na jurisdição interna de cada país. Sendo que, em certos países, a lei pessoal aplicável é a lei do local da constituição da sociedade³¹⁸ e, já noutros, entende-se que a lei pessoal aplicável é a do local onde esta tem a sua administração e direção efetiva. Ora, esta divergência de critérios, para além de resultar num problema de conflito de leis, associado ao DIP, levanta uma outra questão: a da manutenção da personalidade jurídica das sociedades aquando dessa transferência.

Em princípio, o critério da constituição permite que as sociedades comerciais possam, livremente, transferir a sua sede para outro Estado distinto do Estado de constituição, sem que isso implique a dissolução da sociedade. Pelo que, a assim ser, a personalidade jurídica da sociedade transferida não se extingue, podendo a mesma transferir a sua direção efetiva para outro país, desde que a sede estatutária permaneça no Estado de constituição.

O problema surge quanto aos países que adotam a teoria da sede real, na medida em que as sociedades constituídas num Estado onde domine este critério, não podem transferir a sua direção efetiva para outro Estado distinto, sem que ocorra a dissolução da sociedade, o que tem como consequência a criação de uma nova sociedade no Estado para o qual a mesma pretende transferir-se³¹⁹.

Ora, esta questão da manutenção da personalidade jurídica das sociedades aquando da mudança da sua sede, é essencial para o estudo dos efeitos fiscais que a mesma pode operar, porquanto, estes só sucedem se a sociedade continuar a existir³²⁰. Só com a mudança da sede juntamente com a direção efetiva é que a transferência daquela tem efeitos fiscais. Claro está que, podem existir também repercussões fiscais quando a sociedade se extingue, designadamente a imposição de impostos sobre a liquidação da sociedade. Todavia, tais implicações fiscais não apresentam uma importância tal que justifique o seu aprofundamento.

³¹⁸ Sendo, normalmente, coincidente com a sede que é fixada nos estatutos da sociedade – sede estatutária.

³¹⁹ Neste sentido, v. JAN VAN DAELE, «Tax Residence and the Mobility of Companies: Bordeline Cases under Private International Law and Tax Law», in *European Taxation*, vol. 5, n° 5, 2011, p. 190.

³²⁰ JOÃO SÉRGIO RIBEIRO, «Implicações Fiscais...», *cit.*, p. 95.

Assim, pode concluir-se que nem sempre a transferência da sede societária implica, também, a transferência da sede fiscal. As implicações fiscais que a mobilidade societária pode provocar traduzem-se na forma como os rendimentos da mesma são tributados aquando dessa mudança, o que significa que, no seio do Direito Fiscal, deve atender-se ao conceito de residência³²¹, como elemento de conexão que permite determinar a incidência espacial do imposto. É a partir da residência que se determina a legitimidade e o âmbito da tributação a efetuar pelos Estados sobre os rendimentos auferidos por uma pessoa singular ou coletiva, designadamente se devem ser tributados com base na sua residência fiscal – onde são apurados numa base mundial – ou com base na fonte de rendimento³²².

Pelo que a sede societária, embora relevante para a produção de efeitos fiscais, é um conceito particularmente distinto da sede fiscal, o que significa que a sua mudança não provoca, necessariamente, a produção de efeitos dessa natureza.

3. A residência fiscal das sociedades: fator de conexão tributário

3.1 No Direito Fiscal Comparado (com relevo para a Jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia)

A residência fiscal é o elemento de conexão territorial³²³ pessoal ou subjetivo que permite determinar a incidência espacial do imposto, permitindo assim que surja o facto tributário e, conseqüentemente se estabeleça uma relação jurídico-tributária. Ora, como já supramencionado existem critérios delimitadores do âmbito da lei pessoal aplicável às sociedades que, conseqüentemente interferem na determinação da residência fiscal das mesmas³²⁴.

³²¹ Distinto da nacionalidade e domicílio (outros elementos de conexão subjetivos), bem como dos elementos de conexão objetivos, como por exemplo o local onde ocorre a fonte de rendimentos, o qual se desdobra em fonte de produção e fonte de pagamento, neste sentido, v. ALBERTO XAVIER, *Direito...*, cit., pp. 297 e ss.

³²² Tributação limitada dos rendimentos gerados no território, como é o caso da tributação de não residentes.

³²³ Intimamente associado ao princípio da territorialidade, o qual visa, através de vários elementos de conexão, determinar, num determinado ordenamento jurídico, o facto tributário. Para uma melhor compreensão, v. ROBERT COUZIN, *Corporate Residence and Internacional Taxation*, IBFD, Amsterdam, 2002, pp. 6-10 e MANUEL HENRIQUE DE FREITAS PEREIRA, *Fiscalidade...*, cit., p. 221.

³²⁴ AURORA RIBAS RIBAS, «Tax Residence and the Mobility of Companies in the European Union: The Desirable Harmonization of the Tax Connecting Factors», in *Intertax*, vol. 40, n° 11, 2012, p. 606, vem defender que a diversidade de critérios previstos em diferentes sistemas fiscais provoca incerteza nos agentes económicos, para não mencionar a possibilidade da dupla tributação internacional ou o risco da evasão fiscal.

A ausência por parte da União Europeia de um conceito universal de residência estimula a liberdade dos Estados-Membros em definir os seus próprios critérios para determinar esse mesmo conceito. Assim, cada Estado-Membro tem o poder de definir os seus próprios critérios de tributação³²⁵, o que significa que apenas as leis nacionais de cada país podem determinar a residência fiscal de uma empresa.

O critério da sede real, já supramencionado no Cap. I, levanta uma série de obstáculos, no sentido de que o mesmo pode ser manipulado a fim de as empresas pagarem uma taxa de imposto menos onerosa. Por sua vez, o critério da constituição permite a evasão fiscal pela liberdade de escolha que oferece às empresas da lei pessoal aplicável.

Todavia, existem Estados que defendem um sistema misto, no qual uma sociedade é considerada residente quer no local de constituição, quer no local onde se situe o centro principal das atividades da empresa, bem como a sua administração. Espanha, Alemanha³²⁶ e Dinamarca são exemplos de países que acolhem a mitigação de fatores de conexão tributária³²⁷.

Por outro lado, no Reino Unido e na Holanda, o conceito de residente é associado, normalmente, ao local de constituição da sociedade³²⁸, ainda que com certas ressalvas. Assim, por exemplo, uma sociedade é considerada residente no Reino Unido, ainda que não constituída no mesmo, desde que tenha o centro de gestão e controle da empresa³²⁹ localizado no Reino Unido. O mesmo se diga quanto ao sistema jurídico holandês, o qual determina a residência fiscal de acordo com as circunstâncias do caso em concreto, podendo atender-se ao local de administração efetiva da empresa, no caso de a mesma ter sido constituída de acordo com a lei estrangeira.

³²⁵ Esta questão foi estudada na Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu e ao Comité Económico e Social de 23.10.2001 – COM (2001) 582 final, Oct.,23,2001, onde a Comissão Europeia apelou para a aprovação de um critério geral, com o objetivo de aproximar as jurisdições nacionais dos diversos Estados-Membros em sede da residência fiscal das sociedades. O objetivo seria unificar os fatores de conexão tributária.

³²⁶ Ao contrário da literatura e jurisprudência britânica, a doutrina alemã identifica o critério do local da administração (*Ort der Geschäftleitung*) com o critério internacional do local da administração efetiva da empresa, o que significa que a residência fiscal de uma empresa multinacional corresponde ao local onde são tomadas as decisões mais importantes da mesma, e já não, ao local onde as mesmas irão ser aplicadas. Cfr. *idem*, p. 609.

³²⁷ Contudo, exigem que o local de constituição coincida com o local de controlo e gestão central da sociedade, reforçando, assim, a conexão económica da empresa com o território, v. *idem*, p. 607.

³²⁸ Assim como na Lituânia e na Letónia, cfr. *idem*, p. 611.

³²⁹ Tem como expressão inglesa “*central management and control*”. O elemento determinante para a qualificação da residência fiscal é precisamente o local onde os diretores da mesma tomam as decisões respeitantes à mesma, isto é, onde é realizada a política-decisória da empresa, v. *idem*, p. 612.

Em Espanha, consideram-se residentes fiscais: as entidades que tenham sido constituídas sob a lei espanhola; as entidades que tenham o seu domicílio social³³⁰ situado em território espanhol ou as entidades que tenham a sua direção efetiva em território espanhol³³¹.

Na Itália, são consideradas residentes para fins fiscais, as sociedades que, durante a maior parte do período fiscal, tenham a sede social, a sede da administração ou o local onde se desenvolva a atividade principal da mesma, no território do Estado italiano, conforme dispõe o artigo 73º, nº3 do *Testo Unico delle Imposte sui Redditi* (TUIR)³³².

Não obstante o exposto, existem outros países, ainda que não pertencentes à União Europeia, que defendem a mitigação de critérios de conexão, como é o caso da Suíça e da Austrália. No ordenamento jurídico suíço, as empresas são consideradas residentes para efeitos fiscais no local onde tenham o seu *registered office* ou o local de gestão efetiva da empresa localizado na Suíça³³³. Já na Austrália são aplicados três critérios distintos para determinar a residência fiscal das sociedades: o critério da constituição, o critério do centro de controle e gestão principal da empresa e o *voting power control test*³³⁴.

Após a análise do conceito de residência fiscal em certos ordenamentos jurídicos, a única conclusão possível a retirar é a de que existe uma diversidade de critérios reguladores responsáveis pela delimitação da tributação aquando a transferência das sociedades, tais como:

³³⁰ Por norma, o conceito de domicílio social é visto como o local onde a sociedade se regista, isto é, onde a mesma é definida perante os seus estatutos. Todavia, note-se, que o conceito de domicílio social não pode ser confundido com o conceito de domicílio fiscal. O domicílio social, exceto nas sociedades de capital, não tem necessariamente de coincidir com o local de constituição da sociedade, sendo que é nestes casos que o mesmo tem relevância para determinar a residência fiscal de uma entidade de acordo com a *Ley del Impuesto sobre Sociedades*. O domicílio social das sociedades de capital é definido pelo *artículo 9 de la Ley de Sociedades de Capital*, como sendo o local onde está localizado o centro da administração e direção efetiva da sociedade ou o local onde o seu principal estabelecimento ou operação está localizado. Ora, isto significa que deve existir uma conexão entre o local designado como domicílio social e o local onde radique a atividade da empresa. Por sua vez, o domicílio fiscal é definido pelo *artículo 48, numero 1 de la Ley General Tributaria*, como o local onde o sujeito passivo estabelece relações com a Administração Tributária.

³³¹ Conforme consta do *artículo 8 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades*. Uma aplicação literal deste artigo poderia gerar a ideia de que, no caso da transferência da sede de uma sociedade espanhola, a residência fiscal da mesma se consideraria em Espanha, pela razão de ter sido nesta constituída. Este entendimento foi colhido pela Administração Geral de Impostos (v0004-12), onde se considerou que as sociedades espanholas que pretendem transferir a sua sede de direção efetiva e o seu domicílio social para o Peru (mantendo a sua personalidade jurídica), continuam a ser residentes fiscais em Espanha pelo facto de terem sido constituídas sob a lei espanhola. No entanto, PABLO CÁMARA, vem entender que este artigo não deve interpretar-se no sentido supramencionado, uma vez que se uma sociedade espanhola transfere o seu domicílio social para outro país e, igualmente, tem nesse país a sua sede de direção efetiva, deve perder a residência fiscal em Espanha, porquanto, não existe nenhum elemento de conexão tributário que a vincule ao território espanhol, *vide Residencia Fiscal y otros aspectos Conflictivos – La Armonización de la Imposición Directa*, Primera edición, Cizur Menor (Navarra), Editorial Aranzadi, S.A., 2013, pp. 139 e 140.

³³² JAN VAN DAELE, «Tax Residence...», *cit.*, p. 169.

³³³ O que pode gerar certas controvérsias no caso de o local de constituição ser distinto do local da administração da empresa, assim como pode incitar o fenómeno da dupla tributação, v. Aurora Ribas Ribas, «Tax Residence...», *cit.*, p. 612.

³³⁴ Este critério aplica-se às empresas, cujos acionistas que controlam o poder de voto da empresa, são residentes na Austrália, v. *ibidem*.

o critério da sede estatutária (*registered office*); o critério do centro principal de gestão e controle (*central management control test*); o critério do local da administração (*place of management*); e o critério do local da atividade principal.

Ora, esta diversidade de pontos de conexão tributária pode influir as liberdades económicas fundamentais, com destaque para a liberdade de estabelecimento³³⁵. E isto porquê? Porque o próprio Direito da UE não interfere com as disposições nacionais assumidas pelos Estados quanto à determinação do local onde se situa efetivamente a residência fiscal. Esta não intromissão quanto à multiplicidade de critérios internos para aferir do conceito de residência poderá condicionar a aplicabilidade real dos princípios fundamentais da UE.

Neste sentido, reveja-se o entendimento do TJUE relativamente a certas situações que aferem da compatibilidade entre a liberdade de estabelecimento com a transferência da sede das sociedades³³⁶.

No Ac. *Daily Mail*³³⁷ entendeu-se que as imposições das legislações nacionais quanto à transferência da sede das sociedades comerciais não constituem uma verdadeira restrição à liberdade de estabelecimento, prevista nos artigos 49º e 54º do TFUE. Assim, o facto de o Estado Britânico, cuja lei esteve na base da sua constituição, exigir uma autorização prévia para a transferência da residência fiscal de uma sociedade (*holding*) constituída sob a lei britânica para os Países Baixos, a fim de obter um regime fiscal mais favorável, não constitui um obstáculo à liberdade de estabelecimento³³⁸. O TJUE sustentou que as disposições do TFUE não se ocupam da questão da transferência da sede social ou real para outro Estado-Membro, porquanto esta questão está relacionada com o vínculo de dependência que as legislações nacionais exigem às sociedades comerciais, e como tal, a exigência imposta pelo Estado de saída face a essa transferência, ainda que não seja uma verdadeira restrição a essa alteração³³⁹, não estaria no domínio da legislação europeia.

³³⁵ Neste sentido, v. *idem*, pp. 613 e ss.; JAN VAN DAELE, «Tax Residence...», *cit.*, pp. 191 e ss.; JOÃO SÉRGIO RIBEIRO, «Implicações Fiscais...», *cit.*, p. 94; PABLO CHICO DE LA CÁMARA, *Residencia...*, *cit.*, p. 161.

³³⁶ As quais já foram enunciadas sob a perspectiva do Direito das Sociedades, v. Cap. II. Contudo afigura-se necessário revê-las neste contexto.

³³⁷ Processo nº C-81/87, de 27.09.1988.

³³⁸ Segundo a visão de GUSTAVO LOPES COURINHA, *A residência...*, *cit.*, pp. 140 e 141, a imposição do Direito Societário britânico não tinha como objetivo obstar à livre mudança da residência efetiva tratando-se, tão só, de um obstáculo de natureza administrativa e fiscal. Para além disso, existem autores que entendem que o TJUE desconsiderou, por completo, a equiparação entre pessoas físicas e coletivas realizada pelo Tratado da Comunidade Europeia, vide SERVAAS VAN THIEL, *EU Case Law on Income Tax*, IBFD, Amsterdam, 2001, pp. 181 a 186 *apud ibidem*.

³³⁹ Cfr. Ac. *Daily Mail...*, *cit.*, § 18.

O mesmo entendimento foi perfilhado pelo Ac. *Centros*³⁴⁰, no qual se veio entender que não é constitutiva de abuso, a constituição de uma agência, sucursal ou filial num Estado-Membro distinto daquele onde a sociedade foi criada, a fim de beneficiar de uma legislação mais vantajosa. Neste sentido, entendeu o TJUE que esta situação reportaria uma atuação legítima inerente à própria liberdade de estabelecimento no contexto do Mercado Único. Com efeito, veja-se o exposto pelo TJUE: *“a recusa, por parte de um Estado-Membro, de registar a sucursal de uma sociedade constituída em conformidade com o direito de outro Estado-Membro, no qual aquela tem a sua sede, com fundamento em que a sucursal se destina a permitir-lhe exercer a totalidade da sua actividade económica no Estado de acolhimento, tendo como consequência que o estabelecimento secundário se exime às normas nacionais relativas à constituição e à libertação de um capital mínimo, é incompatível com os artigos 52.º e 58.º do Tratado, na medida em que impede qualquer concretização do direito à liberdade de estabelecimento secundário, cujo respeito os artigos 52.º e 58.º visam precisamente assegurar.”*³⁴¹.

Ainda que ambas as decisões jurisprudenciais tenham admitido a transferência da sede das sociedades, com o objetivo destas obterem vantagens fiscais perante o regime fiscal do Estado-Membro de acolhimento, a verdade é que no caso *Daily Mail*, permitiu-se a imposição de condições por parte do Estado de constituição face a essa transferência, enquanto no caso *Centros* se entendeu que a restrição imposta pelo Estado Dinamarquês (estado de destino) quanto à constituição de uma sucursal da sociedade seria um entrave à liberdade de estabelecimento. O mesmo aconteceu no Ac. *Überseering*³⁴², tendo o TJUE adotado um posicionamento menos permissivo quanto à *“imposição de requisitos adicionais para o exercício da atividade”*³⁴³, por parte do Estado de acolhimento.

Face o exposto, parece o TJUE dar prevalência à teoria da constituição em prol da teoria da sede real.

³⁴⁰ Ainda que com contornos fácticos distintos, v. Processo n.º C-212/97, de 09.03.1999.

³⁴¹ *Idem*, § 30. Sem prejuízo de *“...o facto de um Estado-Membro não poder recusar o registo de uma sucursal de uma sociedade constituída em conformidade com a legislação de outro Estado-Membro, no qual aquela tem a sua sede, não exclui que este primeiro Estado possa tomar qualquer medida adequada para prevenir ou sancionar as fraudes, tanto no que se refere à própria sociedade, se necessário em cooperação com o Estado-Membro no qual esta foi constituída, como no que se refere aos sócios que se provasse que pretendem, na realidade, através da constituição de uma sociedade, eximir-se às suas obrigações perante credores privados ou públicos estabelecidos no território do Estado-Membro em causa.”*, v. § 38.

³⁴² Processo C-208/00, de 05.11.2002 e também Ac. *Inspire Art*, processo n.º C-167/01, de 30.09.2003.

³⁴³ JOÃO SÉRGIO RIBEIRO, «Implicações Fiscais...», *cit.*, p. 95.

No entanto, este raciocínio foi corrompido pelo caso *Cartesio*³⁴⁴, onde se considerou que não seria contrária à liberdade de estabelecimento, a circunstância na qual um Estado-Membro, cuja sociedade foi constituída sob o seu direito nacional impeça que a mesma conserve essa qualidade ao transferir a sua sede de administração efetiva para um Estado-Membro distinto. A assim ser, a exigência da dissolução da sociedade e a constituição de uma nova sociedade no Estado de destino não seriam um obstáculo para a liberdade de estabelecimento³⁴⁵.

Ora, perante uma análise jurisprudencial sobre esta matéria, pode concluir-se que o TJUE não conseguiu, ainda, dar uma resposta para a problemática da transferência da sede das sociedades comerciais no seio do Direito das Sociedades³⁴⁶, o que, conseqüentemente tem impacto no Direito Fiscal, pois como já se salientou os efeitos fiscais dependem de uma questão essencial inerente ao Direito Internacional Privado: manutenção da personalidade jurídica das sociedades comerciais. Por outro lado, entendemos que a jurisprudência europeia apenas atende à questão da violação ou não do Princípio da Liberdade de Estabelecimento, olvidando, por completo, uma das conseqüências fiscais mais significativas da mobilidade das sociedades, designadamente os impostos de saída (v. *infra* Cap. IV).

3.2 No Direito Internacional Fiscal

A liberdade interna dos Estados em determinar os critérios, que quando preenchidos, atribuem a qualidade de residente, tem como conseqüência o fenómeno da dupla residência³⁴⁷ das sociedades, a qual gera situações de dupla tributação internacional³⁴⁸. A dupla residência ocorre quando uma pessoa é considerada residente fiscal por mais do que um Estado. Assim,

³⁴⁴ Processo n° C-210/06, de 16.12.2008.

³⁴⁵ O Ac. *Daily Mail* foi alvo de críticas (sob o âmbito dos impostos de saída) por parte da doutrina, face ao que foi decidido neste caso, neste sentido, v. REINOUT KOK, «Compatibility of Exit Taxes and Community Law», in *EC Tax Review*, vol. 20, issue 2, 2011, p. 64 e DENNIS WEBER, «Exit Taxes on the Transfer of Seat and the Applicability of the Freedom of Establishment after “Überseering”», in *European Taxation*, vol. 43, n° 10, 2003, pp. 350 e ss.

³⁴⁶ Com exceção da Sociedade Europeia (SE) e a Sociedade Cooperativa Europeia (SCE), novas formas empresariais que aprofundaremos *infra*.

³⁴⁷ O qual, segundo a doutrina, nem sempre apresenta desvantagens. Existem casos em que pode ser benéfico para uma empresa reivindicar a residência em dois países devido às discrepâncias entre as leis tributárias nacionais, como é o caso em que uma empresa beneficia de determinadas estruturas de planeamento fiscal tendo em vista a obtenção de uma dupla dedução de perdas (*double dip*) ou para garantir o acesso a redes de CDT mais favoráveis, vide JAN VAN DAELE, «Tax Residence...», *cit.* p. 194 e JOSÉ PEDRO DINIS, *O Critério da Direcção Efetiva na Convenção Modelo da OCDE sobre o Rendimento e o Património*, Dissertação de Mestrado em Direito Fiscal, Universidade Católica Portuguesa, Porto, Portugal, 2011, p. 9.

³⁴⁸ A qual resulta da verificação de uma identidade do facto tributário com a pluralidade de normas de incidência de vários sistemas jurídicos, isto é, quando vários Estados têm legitimidade para tributar o mesmo rendimento, referente à mesma pessoa, vide *ibidem*.

considerando que uma empresa constituída num Estado A - que adota o critério da constituição - tem a sua administração efetiva localizada no Estado B - o qual estabelece como critério de residência o local da efetiva administração - é certo e seguro afirmar que a mesma irá ser considerada residente, para efeitos de tributação, em ambos os Estados.

Neste sentido, quando uma sociedade decide transferir a sua residência fiscal para um Estado distinto daquele onde se constituiu pode deparar-se com a problemática da dupla residência.

Ora, estes conflitos de residência são, normalmente acautelados, pelas CDT, as quais visam eliminar a dupla tributação internacional, através de uma regra de desempate³⁴⁹ desenvolvida pela CMOCDE³⁵⁰. Note-se que esta Convenção não visa traçar um conceito de residência, de modo a determinar se um determinado sujeito passivo é ou não residente num certo Estado. Como já salientado, esse exercício é deixado à legislação interna do Estado para o qual se pretende determinar essa condição³⁵¹, o que significa que, neste âmbito, o direito convencional só tem um verdadeiro sentido útil quando hajam normas de direito interno que determinem que uma determinada situação está sujeita a tributação.

Atendendo ao disposto no artigo 4º, nº1 da CMODE³⁵², verifica-se que a noção de residente, para efeitos convencionais, é ancorada por diversos critérios utilizados pelo Direito nacional, nomeadamente o *“...seu domicílio, à sua residência, ao local de direcção³⁵³ ou a*

³⁴⁹ Neste seio, veja-se o Princípio da Unicidade da Residência em que se baseiam as CDT, v. PAULA ROSADO PEREIRA, *Princípios do Direito Fiscal Internacional - Do Paradigma Clássico ao Direito Fiscal Europeu*, Coimbra, Almedina, 2010, p. 102.

³⁵⁰ Porquanto o Direito Internacional Fiscal tem como principal função prevenir, atenuar ou eliminar a dupla tributação internacional, mais concretamente, o cúmulo de pretensões tributárias por diferentes Estados relativamente ao mesmo facto tributário. Inicialmente, a CMOCDE tinha como principal função o combate à dupla tributação internacional, posteriormente passou a ter como objetivos a prevenção da evasão fiscal através da cooperação administrativa e, mais recentemente passou a ter em atenção a eliminação da discriminação dos não residentes ou estrangeiros e, mesmo evitar a circunstância da dupla não tributação. O mesmo se pode dizer relativamente à função desempenhada pelas CDT. Cfr. consta JOÃO SÉRGIO RIBEIRO, *Estudos de Direito Fiscal Internacional*, 1ª edição, ELSA UMinho, Braga, fevereiro de 2017, p. 65.

³⁵¹ Cfr. parágrafo 4 do Comentário ao art.º 4 da CMOCDE. Destarte o funcionamento das Convenções tem como objetivo restringir o poder tributário dos Estados, e já não, determinar o que deve ser tributado pelos mesmos.

³⁵² Este modelo de convenção corresponde à convenção padrão pela qual os Estados se devem guiar para elaborar as suas convenções, tendo a sua origem nos trabalhos desenvolvidos pelo Comité Fiscal da Organização Europeia de Cooperação Económica (OECE). Em 1992, surgiu o então denominado *Model Tax Conventions on Income and Capital*, tendo sido revisto com sucessivas alterações, nos anos de 1994, 1995, 1997, 2000, 2003, 2005, 2008, 2010, 2014 e recentemente, em 2017 (versão mais atualizada). Note-se que esta norma legal foi alterada recentemente com a publicação do projeto de atualização de 2017, de 21 de Novembro, elaborado pelo Grupo de Trabalho nº 1 do Comité da OCDE, aditando-se *“as well as a recognised pension fund of that State”*, o que em português significa “bem como um fundo de pensão reconhecido desse Estado”. Este aditamento veio alargar a determinabilidade do conceito de residência, *in* <http://www.oecd.org/ctp/treaties/2017-update-model-tax-convention.pdf>

³⁵³ Um dos problemas do disposto no artigo 4º é a expressão “local da administração”, uma vez que existem países, tal como o Reino Unido, que tributam os não residentes se eles conduzirem negócios dentro do Estado através de um estabelecimento estável ou “estabelecimento

qualquer outro critério de natureza similar...”, o que significa que a fixação da residência convencional está dependente das disposições normativo-fiscais internas³⁵⁴. Neste sentido, podemos afirmar que a Convenção dá uma certa liberdade aos Estados de elegerem o elemento que mais lhes seja favorável, assim como ignora a diferença entre a nacionalidade e residência das sociedades, enquanto elementos de conexão subjetivos. Porém, pese embora exista uma correlação, quase total, do conceito de residente para efeitos da Convenção e o conceito de residente para efeitos de direito interno, a verdade é que essa determinação é feita *per sí*, pelo direito interno, “...*não havendo um conceito autónomo de base convencional de residência.*”³⁵⁵.

Por outro lado, a última parte deste preceito legal pode gerar interpretações incorretas. O sentido literal da norma aponta no sentido de que a qualidade de residente, em sede convencional, não se coaduna com entidades que apenas são tributadas num certo Estado Contratante em função dos rendimentos de fonte aí localizados³⁵⁶. No entanto, não parece ser este o entendimento que se pretendeu dar com a introdução do termo. O artigo 4º, nº1, *in fine* da CMOCDE, tem uma dupla função cumulativa: “*que o sujeito passivo seja sujeito a imposto em termos não seletivos pelo rendimento que auferir (full liability)*” e “*que a atribuição da qualidade de residente não se baseie em meros critérios de fonte.*”³⁵⁷.

Esta aproximação do Direito Internacional com os critérios delimitadores do conceito de residência pelos diferentes Estados, isto é, o reenvio para o direito interno estabelecido pelo artigo 4º, nº1 da CMOCDE incita o fenómeno da dupla tributação internacional alheado à qualidade de residente adotada pelos diferentes países. Como já *supra* (v. ponto 3 do presente capítulo) se pôde constatar, a diversidade de sentidos adotados pelos Estados para definir o conceito de residência fiscal pode, em grande parte dos casos, despertar um conflito de residências, o que significa que se uma determinada sociedade transferir a sua residência fiscal para um Estado distinto daquele onde se constituiu, a tributação dos seus ativos poderá ser exigida, tanto no Estado de origem, como no Estado de acolhimento.

permanente” sendo, muitas vezes definido na legislação nacional para incluir um local de administração, v. PETER HARRIS/DAVID OLIVER, *International...cit.*, p. 64.

³⁵⁴ Segundo GUSTAVO LOPES COURINHA, *A residência...*, cit., pp. 69 e 70, “...de acordo com o artigo 4º, nº1 da CMOCDE, a sujeição a imposto por virtude da legislação de cada Estado far-se-á por “ (...) qualquer outro critério de natureza similar aqueles (...) ”, quer dizer, por um outro critério que tenha natureza pessoal e físico-territorial...”.

³⁵⁵ JOÃO SÉRGIO RIBEIRO, *Estudos...*, cit., p. 10.

³⁵⁶ O que poderia gerar a situação dos Estados estabelecerem uma tributação genérica mundial dos seus residentes com o fim de manterem essa qualidade ao nível da convenção internacional em questão.

³⁵⁷ GUSTAVO LOPES COURINHA, *A residência...*, cit., p. 77.

De forma a combater esta situação da dupla tributação associada à dupla residência³⁵⁸ desenvolveram-se os n.ºs. 2 e 3 do artigo 4º da CMOCDE.

Chegados a este ponto, importa salientar a alteração que foi dada à redação ao n.º 3 do artigo 4º da Convenção, com a atualização de 2017 à CMOCDE³⁵⁹, a qual veio dispor o seguinte: *“Quando, por força do disposto no n.º 1, uma pessoa, que não seja uma pessoa singular, for residente de ambos os Estados Contratantes, as autoridades competentes dos Estados Contratantes esforçar-se-ão por determinar de comum acordo o Estado Contratante de que tal pessoa será considerada como uma residente para efeitos da Convenção, tendo em conta o seu local de administração efetiva, o local onde está incorporado ou de outra forma constituído e quaisquer outros fatores relevantes. Na ausência de tal acordo, essa pessoa não terá direito a qualquer isenção ou isenção prevista na presente Convenção, exceto na medida e de acordo com as convenções acordadas pelas autoridades competentes dos Estados Contratantes.”*³⁶⁰.

Contrariamente ao propugnado pelo n.º 3 do artigo 4º da Convenção (na versão de 2014) que expunha o seguinte: *“Quando, em virtude do disposto no n.º 1, uma pessoa, que não seja uma pessoa singular, for residente de ambos os Estados contratantes, será considerada residente apenas do Estado em que estiver situada a sua direcção efectiva.”*

Neste sentido, entendia-se que o critério da sede de direcção efetiva era o utilizado pela OCDE quando ocorria um conflito de residência entre pessoas coletivas em contraposição com o critério da sede (estatutária) defendido pela legislação interna de certos Estados³⁶¹, o qual, como já salientámos, não releva problemas de interpretação, sendo facilmente constatável. Além disso, o próprio artigo quando se referia ao conceito de residência, como regra de desempate, nem sequer punha em causa a definição no direito interno, o que evidenciava uma vez mais, o

³⁵⁸ O fenómeno da dupla residência pode suceder quando uma sociedade é considerada residente em mais do que uma ordem jurídica, o que significa que se torna “...assim necessário fixar um critério de preferência na repartição dos poderes tributários”, vide ALBERTO XAVIER, *Direito...*, cit., p. 295.

³⁵⁹ Esta atualização foi aprovada pelo Comitê de Assuntos Fiscais em 28 de setembro de 2017 e pelo Conselho da OCDE, em 21 de novembro de 2017. A Atualização de 2017 (*2017 update to the OECD Model Tax Convention*) inclui principalmente mudanças à CMOCDE que foram desenvolvidas através do projeto BEPS (*base erosion and profit shifting*). Além disso, também inclui algumas outras alterações à mesma que foram previamente divulgadas para comentários e não foram desenvolvidas como parte do trabalho sobre as medidas BEPS relacionadas ao tratado, nomeadamente a alteração do seu artigo 5º e 8º, assim como alterações com base no conteúdo preliminar da atualização de 2017 à Convenção, elaborado pelo Grupo de Trabalho do Comitê de Assuntos Fiscais, divulgado em 11 de julho de 2017, onde o n.º 2 do artigo 4º sofre também sucessivas alterações, in <http://www.oecd.org/tax/treaties/oecd-approves-2017-update-model-tax-convention.htm> Destarte esta atualização foi incorporada na CMOCDE, em 18 de dezembro de 2017, desenvolvendo-se, assim, a décima edição da mesma. A versão completa da CMOCDE, incluindo os artigos, comentários e notas históricas, será publicada no presente ano.

³⁶⁰ 2017 Update to the OECD Model Tax Convention, in <http://www.oecd.org/ctp/treaties/2017-update-model-tax-convention.pdf>

³⁶¹ Como por exemplo a Irlanda, Lituânia, Finlândia, Estónia.

carácter residual da Convenção face ao conceito autónomo de base interna de cada Estado³⁶².

Por sua via, a nova versão da Convenção aponta no sentido de que o conflito de residência de uma pessoa coletiva deve ser resolvido através de um acordo mútuo entre os Estados envolventes, tendo os mesmos de ter sempre em consideração os diversos critérios delimitadores da residência fiscal, já supramencionados. Neste sentido, a atualização de 2017 à Convenção teve como objetivo implementar uma regra de “desempate” tendo em consideração a harmonização das convenções bilaterais estabelecidas entre os Estados, o que não nos parece ter sido a melhor opção. A liberdade e a responsabilidade conferida aos Estados Contratantes para determinar a residência de uma pessoa coletiva aquando um conflito de residência pode gerar situações de verdadeiro abuso. Além disso, a restrição da pessoa coletiva a qualquer isenção prevista na Convenção, no caso de os Estados não chegarem a qualquer entendimento, consubstancia uma medida bastante severa, chegando mesmo a ser injusta, demonstrando somente a supremacia e desigualdade de tratamento dos Estados relativamente à pessoa residente.

Não obstante, a mesma não vem resolver o principal problema que norteia esta matéria, que incide precisamente na definição do conceito de “direção efetiva”³⁶³, uma vez que o mesmo pode ter diversos sentidos. A sua origem remonta aos primórdios das CDT³⁶⁴ e a sua definição vem evoluindo desde então. A localização da direção efetiva de uma sociedade comercial constitui uma função necessária para a obtenção do objetivo essencial, isto é, o estabelecimento da residência fiscal. Com efeito, pode dizer-se que o critério da sede de direção efetiva é um critério material, no sentido de que atende à localização da tomada das principais decisões da empresa, independentemente do lugar onde se encontre a documentação societária e fiscal respeitante à mesma. Mas também pode tratar-se de um critério dinâmico, uma vez que o local da sede de direção efetiva pode variar consoante o ordenamento jurídico em questão³⁶⁵.

Esta indeterminação do conceito de direção efetiva tem a vantagem de ser um elemento de conexão de difícil manipulação para obter uma vantagem fiscal. Por outro lado, gera uma

³⁶² JOÃO SÉRGIO RIBEIRO, *Estudos...*, cit., p. 10. O autor entende que o papel da CMOCDE cinge-se a exigir aos Estados que a condição de residente implique uma tributação de base mundial e, não só, a tributação dos rendimentos auferidos.

³⁶³ De acordo com os comentários à CMOCDE, a determinação deste conceito deve atender a determinados fatores, tais como: o local onde se reúne o conselho de administração ou órgão equivalente; o local onde, habitualmente se desenvolve a atividade da sociedade; o local onde ocorre a gestão diária da empresa; o local onde se encontra a sede ativa da sociedade; o sistema jurídico pelo qual a sociedade é regida; o local onde os registos da sociedade se encontram, v. PABLO CHICO DE LA CÁMARA, *Residencia...*, cit. p. 204.

³⁶⁴ Note-se que a CMOCDE serve de base a muitos tratados bilaterais estabelecidos entre os Estados sobre matérias tributárias, funcionando como uma espécie de “minuta” a utilizar pelos Estados, neste sentido, v. JOÃO SÉRGIO RIBEIRO, *Estudos...*, cit., p. 46.

³⁶⁵ O que já não se verifica relativamente ao critério da constituição da sociedade, que é um critério estático e formal, v. *Ibidem*.

certa insegurança jurídica, uma vez que é interpretado de acordo as normas internas de cada Estado, o que significa que um critério estático e formal seria mais fácil de aplicar. Porém, tal solução poderia desencadear o *treaty shopping*³⁶⁶.

De acordo com os Comentários³⁶⁷ desenvolvidos em 2000 sobre a CMOCDE, a direção efetiva definida no n.º3 do artigo 4.º da referida Convenção correspondia, normalmente, ao local onde o presidente do conselho de administração ou órgão equiparável tomava as decisões, assim como o local onde as ações da sociedade eram determinadas.

Assim sendo, verifica-se que o que verdadeiramente necessita de ser determinado é o local onde ocorre o nível de administração decisivo da empresa, especialmente nos casos em que a administração societária se encontra fragmentada por diversos órgãos, em diversos países³⁶⁸. Imagine-se a situação em que uma empresa é administrada de facto por uma outra entidade distinta do presidente do conselho de administração ou órgão equiparável, num local também distinto do local onde este se encontra. Neste caso, como aferir do conceito de direção efetiva, atendendo aos Comentários elaborados e incluídos na atualização de 2000 à CMOCDE?

Neste sentido, veio a jurisprudência australiana dar o seu contributo, no caso *Koitaka Para Rubber Estates Ltd. vs. Federal Commissioner of Taxation* [1941], onde se considerou que o “*central management and control*”³⁶⁹ de uma subsidiária (em Papua) era exercido pela direção da sociedade-mãe e pelos seus acionistas, visto que estes detinham o poder de demitir os administradores da sociedade-mãe. Neste caso foi dada relevância à localização do mais alto poder de administração e distinguiu-se de outros por atribuir relevo ao poder dos acionistas. Assim como no caso *Victoria Insurance Company Ltd. v. M. N. R.* [1977], em que uma sociedade residente no Canadá constituiu uma subsidiária nas Bahamas, composta por nove diretores, cinco das Bahamas e quatro Canadianos. Posteriormente, três dos diretores Canadianos renunciaram ao cargo e o outro tornou-se residente das Bahamas. Todas as reuniões eram realizadas nas Bahamas, onde era exercida toda a atividade da subsidiária e onde era guardada a sua documentação, minutas e os registos dos acionistas, o que foi suficiente

³⁶⁶ Técnica que consiste na manipulação do elemento de conexão residência, de forma direta ou indireta, através da interposição de um terceiro a fim de usufruir dos benefícios reservados aos residentes, é uma escolha da convenção internacional sobre dupla tributação que lhes seja mais favorável em termos fiscais.

³⁶⁷ Referimo-nos precisamente ao parágrafo 24 relativo aos comentários ao artigo 4.º, n.º3 da versão de 2000 da CMOCDE, *in* http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/ocd/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-condensed-version-2000_mtc_cond-2000-en#page76

³⁶⁸ JOSÉ PEDRO DINIS, *O Critério...*, *cit.*, p. 12.

³⁶⁹ Um dos subcritérios do conceito de direção efetiva desenvolvido pelo direito interno, face à indeterminação do mesmo.

para fazer prova do carácter independente e permanente da administração exercida neste Estado, para considerar que a administração e controlo centrais da sociedade eram aí exercidos.

Ora, assim sendo, facilmente se conclui que a redação dos Comentários desenvolvidos em 2000 para definir o conceito de direção efetiva, foi um fracasso.

No entanto, com os trabalhos doutrinários desenvolvidos em 2001³⁷⁰ sobre o teste do “*central management and control*”³⁷¹ em contraposição com o critério do “*place of effective management*”, assim como as alterações significativas introduzidas à redação dos Comentários à CMODE de 2000 pela versão de 2008³⁷² - que se mantiveram com a versão da CMOCDE de 2014³⁷³ - simplificou-se o conceito de direção efetiva, passando agora a considerar-se como o local onde são tomadas, em substância, as decisões chave, tanto a nível de gestão como a nível comercial, necessárias à condução da atividade da sociedade na sua globalidade. Mas mais, com a nova versão de 2008, foi aditado um novo parágrafo ao comentário 24 respeitante ao n.º 3 do artigo 4.º da CMOCDE, o qual veio ampliar a noção de direção efetiva. Neste sentido, a melhor forma de determinar a direção efetiva de uma sociedade seria através de um critério casuístico, devendo atender-se a diversos fatores, como “*...o local onde têm normalmente lugar as reuniões do respectivo conselho de administração ou órgão equivalente, o local onde o presidente do conselho de administração e demais quadros superiores exercem as suas actividades, o local onde a gestão corrente da pessoa em causa é exercida, o local onde se situa a sede da pessoa, qual a legislação nacional que rege a situação jurídica da pessoa, o local onde são mantidos os seus registos contabilísticos, quando uma pessoa colectiva é residente de um dos Estados Contratantes mas não do outro para efeitos da Convenção acarrete o risco do uso indevido das disposições da Convenção.*”³⁷⁴.

Com efeito, através deste novo parágrafo aos Comentários ao artigo 4.º, parece ter-se adotado uma noção mais ampla do conceito de direção efetiva, abrangendo as duas vertentes

³⁷⁰ Cfr. OCDE - «The impact of the communications revolution on the application of place of effective management as a tie-breaker rule», fevereiro de 2001, in www.oecd.org

³⁷¹ V. *infra* ponto 4.

³⁷² Cfr. consta de dois relatórios apresentados pelo GAT: «Place of Effective Management Concept: suggestions for changes to the OECD Model Tax Convention», Maio de 2003 e «Draft contents of the 2008 update to the Model Tax Convention: Part I – Changes that have not already been released», 21 de abril a 31 de maio de 2008, ambos disponíveis in www.oecd.org

³⁷³ Corresponde à nona edição da versão completa do Modelo de Convenção Fiscal sobre o Rendimento e Capital emitido pela OCDE, in <http://www.oecd.org/fr/ctp/modele-de-convention-fiscale-concernant-le-revenu-et-la-fortune-2014-version-complete-9789264239142-fr.htm>

³⁷⁴ Cfr. consta do parágrafo 24.1. do Comentário ao artigo 4.º. Atualmente surgiram novas mudanças propostas à CMOCDE com a publicação do projeto de atualização de 2017, elaborado pelo Grupo de Trabalho n.º 1 do Comitê da OCDE. A atualização ainda não foi aprovada pelo Comitê de Assuntos Fiscais ou pelo Conselho da OCDE, sendo que apenas faz alterações ao n.º 2 do artigo 4.º e ao artigo 10.º da Convenção, in <http://www.oecd.org/fr/fiscalite/ocde-publie-projet-mise-a-jour-2017-modele-de-convention-fiscale.htm>

que se destacaram neste seio, por força da similitude de critérios utilizados pelos Estados para aferir deste conceito, nomeadamente, o local da administração e controlo centrais (*place of central management and control*) e a do local da direção (*place of management*)³⁷⁵.

Desta forma, pode concluir-se que o critério de direção efetiva ainda continua a ser ambíguo, mesmo com as sucessivas tentativas por parte da OCDE em unificar o conceito³⁷⁶, assim como da implementação de convenções sobre dupla tributação estabelecidas entre os Estados a fim da harmonização do mesmo.

Além disso, esta indefinição do critério de direção efetiva, como possível elemento de conexão para aferir da residência fiscal de uma sociedade, apresenta uma relação evidente com a teoria da sede real, já supramencionada no Cap. I, da Parte I, porquanto a sede real, isto é, efetiva da administração da sociedade, como critério delimitador da lei pessoal aplicável às sociedades também carece de determinação, apresentando uma panóplia de sentidos distintos, que surpreendentemente convergem com os sentidos apontados pelos comentários à CMOCDE para definir o conceito de direção efetiva³⁷⁷. Esta ambiguidade de interpretações salienta-se bastante nos vulgarmente designados grupos de sociedades, sendo que é a situação onde mais obstáculos se levantam. Assim, há uma ligação óbvia entre o critério da direção efetiva, elemento que tem como função aferir do conceito de residência fiscal e a teoria da sede real, na medida em que os sentidos utilizados para determinar, quer a sede real, quer a direção efetiva de uma sociedade são praticamente os mesmos.

3.2.1 Possíveis soluções para aferir do conceito de direção efetiva

O conceito de direção efetiva não suscita somente problemas de interpretação, sendo uma realidade incapaz de responder a desafios apontados pela afirmação de novas estruturas societárias, decorrentes da globalização económica e da implementação de novas tecnologias de comunicação e informação. De que vale definir a direção efetiva como o local onde se

³⁷⁵ O local de administração efetiva distingue-se do local da administração e controlo centrais pelo facto de atender à administração estratégica da sociedade, desvalorizando o local onde se encontre o presidente do conselho de administração ou órgão equivalente, atendendo à gestão diária da sociedade.

³⁷⁶ Através da implementação do critério de direção efetiva como regra de “desempate” para resolver os conflitos de residência das sociedades, cfr. consta do n.º 3 do artigo 4.º da CMOCDE.

³⁷⁷ Nomeadamente o local onde os órgãos de administração a empresa se encontram para a tomada de decisões, o local onde são tomadas efetivamente essas decisões da empresa, o local onde ocorre a gestão corrente da mesma, assim como o local onde se concentrem os seus poderes vitais, a atividade da sociedade na sua globalidade.

concentram os principais administradores da empresa para a tomada de decisões da mesma, se existem casos em que as reuniões já são realizadas por videoconferência? De que vale considerar como critério delimitador do conceito de direção efetiva, o local onde reside a gestão diária da sociedade, se existem casos de sociedades em cujos estatutos preveem vários locais onde se pode exercer essa mesma gestão corrente, distribuída por vários Estados?

É uma realidade que as novas tecnologias e as novas estruturas societárias delas decorrentes, tornaram extremamente difícil, em certos casos mesmo impossível, a determinação do local onde uma sociedade é efetivamente administrada.

Assim, o conceito de direção efetiva enfrenta dois obstáculos (de ordem maior): em primeiro lugar, a interpretação dos subcritérios determinados pelo direito interno dos Estados para qualificar determinada entidade como residente, nomeadamente a destrição entre o teste do “*central management and control*” e a do teste do “*place of management*”³⁷⁸ e, em segundo lugar, a crescente irrelevância da proximidade física, como pressuposto essencial para um grupo de pessoas discutir assuntos respeitantes à administração da sociedade, adveniente do fenómeno quer da globalização da economia e o desenvolvimento da ciência e tecnologia, quer da mobilidade do local do critério de direção efetiva³⁷⁹. Estas duas circunstâncias inviabilizam a determinação concreta do local de direção efetiva de uma sociedade, o que em consequência, restringe a determinação da sua residência fiscal. A qual por sua vez, provoca a arbitrariedade da tributação da mesma.

Na doutrina³⁸⁰, há mesmo quem defenda que a regra de desempate deveria ser revista face a todas estas limitações que resultam na impossibilidade de localização da direção efetiva.

Neste sentido, surgiu a necessidade de encontrar soluções face a esta problemática, tendo sido avançadas várias propostas pela doutrina e pela OCDE, as quais analisaremos de seguida.

³⁷⁸ Este critério cria dificuldades de interpretação só por si só, na medida em que os Estados definem o local de direção de forma distinta. A título exemplificativo, veja-se a Alemanha e a Áustria que entendem que o local de direção corresponde ao local onde se encontra o conselho de administração ou órgão equivalente, enquanto na Itália se entende que o local de direção é o local onde se determinam as decisões estratégicas da empresa, o local de gestão da sociedade.

³⁷⁹ Por exemplo, no caso de o administrador da sociedade estar em constante movimento ou o conselho de administração da empresa se reunir em locais distintos, vide JOSÉ PEDRO DINIS, *O Critério...*, cit., p. 25.

³⁸⁰ EVA BURGSTALLER/ KATHARINA HASLINGER, «Place of effective management as a tiebreaker-rule-concept, developments and prospects», in *Intertax*, n.º 8/9, agosto/setembro de 2004, pp. 376 e ss. e LUC HINNEKENS, «Revised OECD-TAG definition of place of effective management in treaty tie-breaker rule», in *Intertax*, n.º 10, outubro de 2003, p. 315 *apud ibidem*.

3.2.1.1 Soluções apontadas pela doutrina

A doutrina tem vindo a desenvolver certas linhas de pensamento a fim de combater os obstáculos que inviabilizam a definição concreta do termo direção efetiva. Neste seio, apenas destacaremos três possíveis soluções por se entender serem as mais viáveis e pertinentes.

A tributação direta dos acionistas pelos rendimentos gerados pela sociedade é uma das soluções doutrinárias apontadas³⁸¹. Seguindo este método, a tributação dos rendimentos gerados pela sociedade é, com base na transparência fiscal internacional, imputada diretamente aos seus sócios, o que significa que esta proposta se associa com a figura da ficção jurídica. A forma de tributação dos sócios face aos rendimentos gerados pela sociedade seria feita, através da criação de uma ficção legal, pois só assim se conseguiriam tributar rendimentos que, de outra forma, não seriam tributados. Em boa verdade, tais rendimentos não pertencem efetivamente ao sujeito passivo (sócios). Situação que pode gerar certas arbitrariedades entre a realidade económica e a realidade legal, porquanto não existe, de facto, capacidade contributiva dos sócios, fundamentadora do tributo. Claro está que este critério não é de todo o método primário a utilizar como possível via para fazer face à indeterminação do conceito de direção efetiva, devido às notórias iniquidades inerentes às ficções jurídicas que lhe subjazem. Contudo, entendemos que tal proposta poderia sempre ser aplicável a título residual³⁸².

Outra solução apontada pela doutrina³⁸³ consiste na adaptação do método do fracionamento do rendimento através do recurso a uma fórmula ao exercício de determinação da direção efetiva. Este método concretiza-se pela determinação do lucro global de determinado grupo de sociedades ou de sucursais distribuídas em múltiplos Estados, através de uma forma unitária, sendo o mesmo dividido pelos Estados onde aquelas exercem a sua atividade³⁸⁴.

³⁸¹ Desenvolvida por RITA CALÇADA PIRES, *Tributação Internacional do Rendimento Empresarial gerado através do Comércio Eletrónico*, – Desvendar mitos e construir realidades, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 381 e ss. - ainda que no âmbito do comércio eletrónico - e ROBERT COUZIN, *Corporate...*, cit., p. 271 e 272.

³⁸² RITA CALÇADA PIRES, *idem*, p. 380, aponta mesmo para o seu carácter subsidiário, quando coloca tal critério como quarta opção para a determinação da residência societária, defendendo que uma hierarquia de critérios seria a via mais plausível para clarificar o elemento de conexão residência e evitar que o mesmo se torne obsoleto. Desta forma, indicou como primeira opção, a direção efetiva, como segunda opção, o centro de interesses vitais da empresa, como terceira opção, os elementos residenciais fornecidos ao cliente pela sociedade e, só no caso da impossibilidade de verificação destes, é que a tributação direta dos acionistas ganha utilidade.

³⁸³ LUC, HINNEKENS/ RICHARD, DOERNBERG/ WALTER HELLERSTEIN/ LI JINYAN, *Electronic commerce and multijurisdictional taxation*, Kluwer Law International, Londres, 2001, p. 368 *apud* JOSÉ PEDRO DINIS, *O Critério...*, cit., p. 28.

³⁸⁴ Atendendo a certos fatores de repartição objetivos.

No entanto, analisando a questão verifica-se que a mesma não tem uma verdadeira conexão com a residência fiscal das sociedades, mas sim com a forma de tributação unitária dos grupos de sociedades. Neste sentido, RITA CALÇADA PIRES³⁸⁵, desenvolveu um raciocínio por forma a adaptar esta proposta à determinação da residência societária, através da utilização dos fatores objetivos de determinação do lucro global da sociedade para a criação de elementos tendentes a delimitar a residência societária. Estes elementos permitiriam considerar que uma sociedade seria residente no Estado onde se concentrassem a maioria deles. Contudo, parece-nos que a admitir este critério, estar-se-ia a desenvolver um critério idêntico ao de direção efetiva, com as mesmas limitações, o que significa que, estar-se-ia a permitir a substituição de um critério por um novo, sem que deste advenham vantagens consideráveis.

Segundo PABLO CÁMARA³⁸⁶, uma possível solução para resolver esta problemática seria, em primeiro lugar, adotar-se o critério hierárquico, no qual a residência das pessoas coletivas deverá ser similar com a residência das pessoas singulares de acordo com a CMOCDE³⁸⁷ e, em segundo lugar - no caso de não ser possível aplicar este critério – adotar-se um critério estático e formal do conceito de direção efetiva³⁸⁸, apoiado por uma cláusula anti abuso.

A resolução do problema com base numa hierarquia de critérios parece-nos, sem dúvida, a solução mais adequada e a mais segura do ponto de vista jurídico, na medida em que na impossibilidade de verificação de um critério, há como que um plano supletivo que permite evitar a indefinição do conceito de direção efetiva. Porém, não entendemos que um critério formal garanta a eficácia útil do conceito de direção efetiva, pois conduziria a situações de evasão e elisão fiscal, mesmo com a introdução de cláusulas anti abuso.

3.2.1.2 Soluções apresentadas pela OCDE

Através dos trabalhos desenvolvidos pelo GAT³⁸⁹ face às limitações do n° 3 do artigo 4° da CMOCDE, a OCDE avançou como principais soluções, a substituição do critério de direção

³⁸⁵ *Tributação...*, cit., p. 361 e ss.

³⁸⁶ *Residencia...*, cit. p. 214.

³⁸⁷ Artigo 4°, n°2 da CMOCDE.

³⁸⁸ Correspondente ao local de constituição da sociedade.

³⁸⁹ Quer no relatório desenvolvido em 2001, OCDE, «The impact...» cit., quer no relatório divulgado em 2003, Cfr. OCDE, «Place...», cit., ambos disponíveis in www.ocde.org

efetiva, a sua redefinição e ainda um critério hierárquico imbuído de critérios de aplicação subsidiária.

A substituição do critério de direção efetiva assentou em três critérios alternativos: o local de constituição da sociedade ou o local da lei que regula o seu estatuto pessoal; o local de residência dos acionistas ou administradores da empresa e o local onde a mesma mantenha laços económicos mais fortes.

Como já referimos, o critério formal do local de constituição é facilmente manipulável, podendo o contribuinte adular o regime de tributação de acordo com os seus interesses. Pelo que, à partida, esta não seria uma possível via para combater a ambiguidade do conceito direção efetiva. Quanto ao regime de tributação dos acionistas, pode dizer-se que o mesmo tem as suas vantagens, designadamente na forte ligação que estabelece com o local de atividade da empresa. No entanto, este critério não resolveria determinadas situações, como o caso em que os administradores residem em Estados distintos, porquanto, este critério é um critério adaptado ao fator de residência das pessoas singulares e, por outro lado, não atende à realidade societária, mas apenas ao seu elemento pessoal.

Por último, o critério do local com o qual a sociedade mantenha laços económicos mais fortes é, sem dúvida, o elemento de conexão que mais se adequa face à regra de desempate do nº 3 do artigo 4º da Convenção. Porém, é necessário descortinar os conceitos indeterminados que caracterizam este teste, como por exemplo o conceito do “centro de interesses vitais”, por forma a diminuir a subjetividade do mesmo³⁹⁰.

A redefinição do critério de direção efetiva assentou essencialmente no pressuposto da sobrevalorização da substância sobre a forma, isto é, no caso em que, por exemplo, as decisões estratégicas da empresa são tomadas num certo Estado, mas aprovadas noutra Estado, deve atender-se ao primeiro Estado como o local de direção efetiva. De facto, esta solução apresentada pela OCDE atende ao carácter factual que a questão da residência societária encerra. Contudo, entendemos que a direção efetiva presente nos Comentários à CMOCDE necessita de uma melhor e mais ampla explanação, uma vez que continua a dar margem a múltiplas interpretações. Pelo que é essencial estabelecer uma interpretação autónoma de direção efetiva para evitar que os Estados interpretem esse conceito à luz da lei interna. Só desta

³⁹⁰ O princípio do benefício pode ser invocado neste âmbito, por forma a clarificar os elementos indeterminados que o caracterizam, como por exemplo, deve considerar-se residente, a sociedade que beneficiar de determinadas infraestruturas e instalações disponibilizadas pelos Estados ou, no caso de a sociedade usufruir de várias instalações espalhadas em diferentes Estados, deve então ser apurado o Estado que mantenha com a mesma ligações económicas mais fortes, vide JOSÉ PEDRO DINIS, *O Critério...*, cit., p. 31.

forma poderá o Direito Internacional assumir um papel relevante quanto ao método de eliminação de conflitos de residência de pessoas coletivas.

Assim, o critério hierárquico através de testes de aplicação subsidiária parece-nos ser a melhor opção para clarificar o conceito de direção efetiva, uma vez que na impossibilidade de verificação da mesma, ter-se-á sempre uma alternatividade de critérios para aniquilar essa indeterminação.

3.3 No Direito Fiscal da União Europeia

No contexto do Direito Fiscal da União Europeia, o conceito de residência tem relevância no domínio da tributação direta³⁹¹, tendo como função determinar quais os sujeitos passivos que podem usufruir da aplicação de uma determinada diretiva e, já não, como no direito interno, em que visa determinar a incidência espacial do facto tributário.

Desta forma, tanto neste como no contexto do Direito Internacional, a residência é aferida segundo as normas do direito interno dos Estados³⁹², tendo estes ramos apenas a função de limitar o âmbito de aplicação da verificação dos factos tributários no domínio interno. Só não seria assim, caso fosse aprovada a proposta de Diretiva do Conselho relativa a uma matéria coletável comum consolidada de imposto sobre as sociedades COM (2011) 121/14 (MCCSIS), visto que a mesma funciona como uma verdadeira legislação fiscal, porquanto nas suas disposições se prevê o próprio facto tributário nas várias dimensões. Porém, com o surgimento de novos modelos de negócios e de estruturas empresariais mais complexas, a fim de facilitar a transferência de lucros, verificou-se que as regras atuais nacionais para a tributação das empresas não se ajustam a este contexto moderno. Em ordem a proteger as bases fiscais nacionais da erosão e da mudança de lucro, visto que atualmente a prioridade europeia é a

³⁹¹ Porquanto o regime de tributação indireta já se encontra plenamente harmonizado. Uma das razões para a falta de harmonização no âmbito da tributação direta e já não da tributação indireta, é precisamente o facto de que aquela é determinada segundo o direito interno de cada Estado-Membro, únicos detentores do poder para determinar a base e a taxa dos impostos diretos. Neste sentido v. JOÃO SÉRGIO RIBEIRO, *Estudos de Direito Fiscal da União Europeia*, 3ª edição, ELSA Uminho, Braga, abril de 2017, pp. 9 e ss.

³⁹² Tendo para o mesmos sido feita remissão, cfr. artigo 4º, nº 4 da supracitada proposta de Diretiva; artigo 1º da Diretiva 2003/49/CE, de 3 de Junho de 2003, relativa aos Rendimentos da Poupança; artigo 2º da Diretiva 90/435/CEE do Conselho, de 23 de Julho de 1990, relativa ao regime fiscal comum aplicável às sociedades-mães e sociedades afiliadas de Estados- membros diferentes, alterada pela Diretiva 2003/123/CE, de 22 de Dezembro de 2003; artigo 3º da Diretiva 90/434/CEE, de 23 de Julho de 1990, alterada pela Diretiva 2005/19/CE, de 17 de Fevereiro de 2005, cuja versão consolidada consta da Diretiva 2009/133/CE, de 19 de Outubro de 2009; artigo 3º da Diretiva 2003/49/CE, 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.

promoção do crescimento sustentável e o investimento dentro de um mercado justo e melhor integrado, tornou-se necessário um novo quadro para uma eficiência justa e eficiente respeitante à tributação dos lucros das empresas. Neste sentido, criaram-se novas propostas relativas à Base Comum consolidada, em 2016, nomeadamente a Proposta de Diretiva do Conselho sobre a Base Comum Consolidada de Impostos sobre Sociedades – COM (2016) 683 final³⁹³ e a Proposta de Diretiva do Conselho sobre a Base Comum de tributação das sociedades – COM (2016) 685 final³⁹⁴. O lançamento destas propostas esteve no cerne da Comunicação COM (2015) 302 final da Comissão, respeitante ao Plano de Ação para um Sistema Tributário Empresarial Justo e Eficiente na UE, que foi adotado em 17 de junho de 2015³⁹⁵, a qual vem defender uma revisão das políticas fiscais das empresas existentes na UE e estabelece o objetivo da criação de um sistema de tributação das empresas europeias, segundo o qual os lucros das mesmas são tributados na jurisdição onde o valor é realmente criado. Com a criação destas propostas pretendeu-se facilitar as empresas pertencentes à UE, sujeitando os seus contribuintes a um único conjunto de regras da legislação tributária das sociedades para se aplicar em todo o mercado interno e também tornar o sistema mais robusto e resiliente face à agressividade do planeamento tributário dos Estados, visando sempre responder à necessidade de crescimento e criação de emprego no mercado interno. De fato, a interação entre diferentes sistemas fiscais gera oportunidades de abuso, o que significa que há uma necessidade enorme em coordenar os impostos nacionais, principalmente no seio dos grandes grupos empresariais³⁹⁶. Assim, estas novas propostas vêm introduzir uma Provisão para Crescimento e Investimento, a qual concede deduções para custos de financiamento de dívidas e equidade dentro dos limites para evitar abusos e formas agressivas de planeamento fiscal. Embora a consolidação seja claramente para reduzir a evasão fiscal, as regras sobre uma base comum já põem termo a algumas formas de mudança de lucro, como a exploração de desajustes na interação entre os sistemas tributários. As distorções nas decisões de financiamento das empresas são reduzidas com esta Provisão, o que coloca o património e financiamento de dívidas em pé de igualdade³⁹⁷. Pelo que pode dizer-

³⁹³ *Proposal for a Council Directive on a Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB)*, Strasbourg, 25.10.2016, 2016/0336 (CNS), disponível in https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/com_2016_683_en.pdf

³⁹⁴ *Proposal for a Council Directive on a Common Corporate Tax Base*, Strasbourg, 25.10.2016, 2016/0337 (CNS), disponível in https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/com_2016_685_en.pdf

³⁹⁵ In <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=CELEX:52015DC0302>

³⁹⁶ Aliás estas propostas são direcionadas para as “empresas em massa”, pois estes grupos, com altas receitas, tendem a possuir recursos suficientes que permitem desenvolver estratégias agressivas de planeamento tributário.

³⁹⁷ COM (2016) 683 final, *Proposal for...*, cit., p. 7.

se que ambas as propostas tomam a iniciativa de desenvolver um sistema de tributação das empresas a nível da UE, estabelecendo regras comuns de tributação das empresas para calcular a sua base tributável, bem como a de estabelecimentos permanentes na União.

Não obstante, ainda que se tenham desenvolvido estas propostas com o propósito de criar um sistema que melhor se adapte ao mercado moderno, a verdade é que, ao nível da União Europeia, não existe um conceito estático e uniforme que determine o conceito de residente fiscal³⁹⁸, o que significa que também neste domínio se verifica a falta de harmonização jurídica deste. A indefinição respeitante a elementos de conexão relativos à incidência subjetiva do imposto tem repercussões ao nível da tributação dos rendimentos das sociedades comerciais, o que por sua vez, pode gerar conflitos com os princípios da UE³⁹⁹.

A falta de harmonização ao nível da tributação das sociedades é uma realidade que persiste e que tem preocupado, não só o TJUE, mas a própria Comissão da UE. Para combater esta falta de coordenação, foram desenvolvidos diversos métodos possíveis: a criação de um Imposto Europeu sobre Sociedades⁴⁰⁰, a implementação de um sistema de Base Comum Consolidada (*Common Consolidated Base*)⁴⁰¹, o qual seria posteriormente materializado pela já referida proposta de Diretiva COM (2011) 121/14 (MCCCSIS)⁴⁰² e recentemente um sistema comum e obrigatório ao nível da tributação das grandes sociedades, corporizado pelas novas propostas relativas à Base Comum consolidada, em 2016, a COM (2016) 683 final e a COM (2016) 685 final.

³⁹⁸ Mesmo com a introdução destas propostas não se definiu um conceito determinado de residência fiscal, expondo apenas o n.º3 do artigo 4.º da COM (2016) 683 final, o seguinte: «*"Contribuinte residente"* significa um contribuinte residente para fins fiscais em um Estado-Membro»

³⁹⁹ Neste âmbito, não se pode olvidar o princípio do primado da União Europeia. Também no domínio do Direito Internacional, têm os sistemas monista e dualista uma relevância significativa, nomeadamente na influência que a CMOCDE tem sobre o direito interno de cada Estado. Desta forma, se um Estado seguir a posição dualista, significa que a Convenção só vale na ordem interna, se previamente for transformada em lei. Se porventura, um Estado adotar o sistema monista, a Convenção vigora diretamente na ordem interna - como é o caso do nosso sistema jurídico - quando abarca a Cláusula de Receção Automática Plena do Direito Convencional Internacional, prevista no artigo 8.º, n.º2 da CRP.

⁴⁰⁰ Criação de um imposto europeu sobre o rendimento unitário ou rendimento consolidado dos grupos de sociedades e multinacionais pertencentes à UE, sendo que as receitas seriam usadas para financiar atividades desenvolvidas por instituições europeias, neste sentido, v. JOÃO SÉRGIO RIBEIRO, «Tributação das Sociedades de Acordo com uma Base Comum Consolidada na União Europeia», in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Alberto Xavier*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2013, pp. 728.

⁴⁰¹ Através da criação de um sistema de tributação único, no qual o rendimento é determinado de uma forma global, com base numa tributação comum consolidada num Código Fiscal onde coexistam as legislações tributárias de cada Estado-Membro. Para além destes, foram ainda desenvolvidos outros mecanismos, tais como a Tributação com base na Lei da Residência (*Home State Taxation*), a Base Fiscal única Harmonizada (*Single Compulsory Harmonised Tax Base*), para mais desenvolvimentos, v. *idem*, pp. 729 e ss.

⁴⁰² No entanto, esta proposta de Diretiva é de difícil aplicabilidade, uma vez que necessita do prévio acordo dos Estados-Membros. Facto que dificilmente sucederá, visto que a mesma não acarretará somente vantagens para os sistemas tributários internos.

Quando contrapomos os sistemas nacionais com os princípios da UE, tem necessariamente de ser tida em consideração a rede de tratados bilaterais celebrados pelo Estado em causa, e não só o papel desempenhado pela jurisprudência do TJUE⁴⁰³, porquanto antes de determinar se o direito interno se opõe às liberdades fundamentais, é necessário perceber quais as consequências das disposições desses tratados⁴⁰⁴. Normalmente esses tratados estão ligados aos impostos sobre o rendimento e, como tal, têm relevância no seio da tributação direta. O conflito entre as CDT e o Direito da União Europeia é meramente aparente, sendo mais uma relação de complementaridade⁴⁰⁵.

A questão da incompatibilidade entre as CDT e o Direito Fiscal da União Europeia é normalmente colocada no caso de a UE ter em consideração o princípio da cláusula da nação mais favorecida, assim como a questão do tratamento distinto dado aos residentes e não residentes⁴⁰⁶. Quanto a este último, é de salientar que o TJUE tem vincado a sua posição no sentido da dinâmica das CDT⁴⁰⁷, não descurando a regra que distingue a tributação dos residentes e dos não residentes, adotada pelos Estados. O TJUE tem defendido que, em situações transfronteiriças, a questão dos residentes e não residentes só é comparável se o tratamento diferenciado resultar da aplicação das regras de direito interno e, já não, da aplicação das CDT.

Assim, não nos parece que exista, de facto, um conflito entre as CDT e o Direito Fiscal da União Europeia, porquanto aquelas têm um papel essencial na eliminação da dupla tributação, tendo o TJUE reconhecido a sua importância como instrumento necessário ao serviço do Direito da UE⁴⁰⁸.

⁴⁰³ A qual, note-se, tem apenas uma função meramente instrumental no âmbito dos objetivos da UE.

⁴⁰⁴ Dai que o TJUE já tenha decidido que a violação dos princípios fundamentais possa ser justificada por razões de interesse público, como por exemplo nos casos *Bachmann*, processo n.º C-204/90, de 28.01.1992 e *Cassis de Dijon*, processo n.º C-120/78, de 20.02.1997, tendo sido dadas como possíveis justificações, a coesão fiscal, a territorialidade, a eficácia da supervisão fiscal e as normas anti abuso. De salientar que, neste seio, a perda de receitas fiscais, não tem sido considerado um fator que justifique a restrição das liberdades fundamentais, vide JOÃO SÉRGIO RIBEIRO, *Estudos de Direito...*, cit., p. 9.

⁴⁰⁵ *Idem*, p. 11.

⁴⁰⁶ Para mais desenvolvimentos sobre esta questão, v. *idem*, pp. 175 e ss. e ainda ANA PAULA DOURADO, *Lições de Direito Fiscal Europeu – Tributação Directa*, 1.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pp. 144 e ss.

⁴⁰⁷ Cfr. o Ac. *Marks and Spencer*, processo n.º C-446-03, de 13.12.2005, § 46 e o Ac. *Cadbury Schweppes*, processo n.º C-196/04, de 19.09.2006, § 56.

⁴⁰⁸ Os conflitos, apenas surgem por desconhecimento do modo de operar das CDT e da forma como estas se interligam com o direito interno e o Direito da UE, vide JOÃO SÉRGIO RIBEIRO, *Estudos de Direito...*, cit., p. 194.

3.4 No ordenamento jurídico português⁴⁰⁹

A residência, como elemento de conexão territorial e subjetivo é um dos elementos mais importantes no sistema jurídico português, pois é a partir da mesma que se define a extensão do imposto⁴¹⁰. É precisamente através da condição de residente do sujeito passivo que se determina a dimensão espacial do facto tributário⁴¹¹, o qual é composto por uma dimensão material (percepção do rendimento) e uma dimensão subjetiva (ligação dessa realidade ao sujeito passivo).

A primeira questão a abordar para aferir do conceito de residência no direito português é precisamente a distinção entre pessoas residentes e não residentes no território nacional, uma vez que ambas têm obrigações tributárias distintas.

No nosso ordenamento jurídico vigora o regime de tributação de base mundial ou do rendimento mundial (*world wide income*), o que significa que todos os sujeitos passivos residentes estão sujeitos a imposto por todos os proveitos auferidos em território português, independentemente da fonte de produção ou de pagamento se localizar noutra país⁴¹². Ora, isto significa que, quanto à conexão, a obrigação fiscal é pessoal e quanto ao seu âmbito é ilimitada. Neste sentido, veja-se o que dispõe o n.º1 do artigo 4.º do CIRC: “*Relativamente às pessoas colectivas e outras entidades com sede ou direcção efectiva em território português, o IRC incide sobre a totalidade dos seus rendimentos, incluindo os obtidos fora desse território.*”

Ao invés, os sujeitos não residentes são tributados em função dos rendimentos provenientes de fontes situadas em Portugal, quer por via da fonte de produção, quer por via da fonte de pagamento. Tal regime de tributação limitada encontra-se previsto no artigo 4.º, n.º2 e n.º3, 2.ª parte do CIRC⁴¹³.

⁴⁰⁹ Neste ponto apenas se abordará o conceito de residente no que concerne às pessoas coletivas, uma vez que só as sociedades comerciais têm relevância para o objeto de estudo aqui em discussão.

⁴¹⁰ MANUEL HENRIQUE DE FREITAS PEREIRA, *Fiscalidade...*, cit. p. 223.

⁴¹¹ Pese embora existam outros elementos de conexão que determinem essa dimensão, como por exemplo o local de obtenção de rendimentos, a residência é o fator de conexão tributária que estabelece uma relação mais forte com o elemento material que está na base do facto tributário, neste sentido, v. JOÃO SÉRGIO RIBEIRO, *Estudos...*, cit., p. 6.

⁴¹² Tal como dispõe o artigo 13.º da LGT: “1 - Sem prejuízo de convenções internacionais de que Portugal seja parte e salvo disposição legal em sentido contrário, as normas tributárias aplicam-se aos factos que ocorram no território nacional.

2 - A tributação pessoal abrange ainda todos os rendimentos obtidos pelo sujeito passivo com domicílio, sede ou direcção efectiva em território português, independentemente do local onde sejam obtidos.”

⁴¹³ Os quais dispõem o seguinte: “2 — As pessoas colectivas e outras entidades que não tenham sede nem direcção efectiva em território português ficam sujeitas a IRC apenas quanto aos rendimentos nele obtidos.

3 — Para efeitos do disposto no número anterior, consideram-se obtidos em território português os rendimentos imputáveis a estabelecimento estável aí situado e, bem assim, os que, não se encontrando nessas condições, a seguir se indicam...”

Neste sentido, existem determinadas situações ou operações de onde resultam rendimentos que se consideram obtidos em território português e, desta forma, estão os sujeitos passivos não residentes sujeitos a imposto, tais como: os ganhos resultantes da transmissão onerosa de participações sociais relativas a sociedades que são qualificadas como residentes em território português; as aquisições não onerosas de créditos sobre entidades residentes em território português (ainda que realizadas por sujeitos passivos não residentes); assim como casos em que se consideram certos pagamentos como geradores de rendimentos em sede de IRC, cujo devedor tenha residência, sede ou direção efetiva em território português ou cujo pagamento seja imputável a um estabelecimento estável nele situado, como por exemplo pagamentos provenientes da propriedade intelectual ou industrial e bem assim da prestação de informações respeitantes a uma experiência adquirida no sector industrial, comercial ou científico⁴¹⁴.

Assim, feita uma breve abordagem sobre o regime de tributação das pessoas residentes e não residentes no Direito Português, importa delimitar qual o conceito de residência subjacente ao mesmo. Se olharmos para o disposto no artigo 2º, nº1, alínea a) do CIRC, verifica-se que são sujeitos passivos de IRC, *“As sociedades comerciais ou civis sob forma comercial, as cooperativas, as empresas públicas e as demais pessoas colectivas de direito público ou privado, com sede ou direcção efectiva em território português”*, acrescentando o nº 3 que *“Para efeitos deste Código, consideram-se residentes as pessoas colectivas e outras entidades que tenham sede ou direcção efectiva em território português.”*

A assim ser, pode concluir-se que a determinação do conceito de residente em território português é dada por dois elementos de conexão alternativos⁴¹⁵: a sede estatutária⁴¹⁶ e a direção efetiva. Ora, este último elemento de conexão é o adotado pela CMOCDE, o que significa que a noção de “residência efetiva” tem uma dupla função, enquanto critério determinante da qualidade de residente num certo país nos termos da legislação interna do mesmo e, enquanto critério de determinação da residência no caso da eventualidade de dupla residência⁴¹⁷.

⁴¹⁴Cfr. artigo 4º, nº3, alínea c) do CIRC. Neste seguimento, v. GUSTAVO LOPES COURINHA, *A residência...*, cit., p. 47.

⁴¹⁵ Neste seguimento, v. ALBERTO XAVIER, *Direito...*, cit., p. 289.

⁴¹⁶ Ainda que o preceito da norma não diga expressamente de que sede se trata, a verdade é que, tanto na doutrina (*ibidem*; GUSTAVO LOPES COURINHA, *A residência...*, cit., pp. 112 a 115) como na própria lei nacional (artigos 12º, nºs 1 e 3, 9º, nº2, alínea e) CSC; artigo 33º do CC; artigo 11º, nº2 da LGT) é atendida a sede estatutária e já não a sede da efetiva administração.

⁴¹⁷ *Idem*, p. 116.

Assim, uma pessoa coletiva com sede estatutária no estrangeiro pode ser considerada residente em Portugal se nesse país se encontrar a sua direção efetiva, bem como é considerada residente em território português, a pessoa coletiva que tiver a sua direção efetiva em Portugal, mesmo tendo a sede estatutária localizada num país distinto.

4. Residência real e efetiva – “*place of effective management*”

Mediante a análise do conceito de residência fiscal em vários planos, pôde constatar-se que o critério de direção efetiva está bem patente na sua definição. Pelo que a razão de ciência deste ponto será o estudo da sua evolução histórica, no seio da UE.

Como já supramencionado, de entre as várias formas pelas quais a lei reconhece a um determinado sujeito passivo a qualidade de residente, merece especial atenção o conceito de direção efetiva. Mediante o exposto, é certo e seguro afirmar que na maioria dos ordenamentos jurídicos é utilizado o conceito de direção efetiva para aferir da qualidade de residente do contribuinte. Contudo, este critério levanta uma série de interpretações distintas, porquanto são fruto da ausência de um padrão universal e estático.

A expressão “sede” já se encontra aprimorada pelo Direito das Sociedades Comerciais, sendo que o mesmo já não se pode dizer quanto ao conceito de “direção efetiva”. Tudo isto se deve à diversidade de critérios de atribuição que a mesma comporta.

A noção de direção efetiva adveio da vulgarmente designada teoria da sede real⁴¹⁸, mas nem sempre existiu a dicotomia entre a teoria da constituição versus teoria da sede real, destacando-se, neste âmbito, o teste do “*central management and control*”⁴¹⁹, o qual será analisado de seguida. Foi a partir deste teste que se desenvolveu o teste do “*place of effective management*”.

4.1 Teste do “*central management and control*”: limiar britânico

⁴¹⁸ Um dos modelos desenvolvidos pelos Estados para determinar o conceito de residência, assim como para aferir da lei pessoal aplicável a uma determinada entidade jurídica.

⁴¹⁹ Note-se, que a necessidade deste esclarecimento prende-se, especialmente, com a ambiguidade de expressões inglesas “*place of management*”, “*place of effective management*”, “*central management and control*”, os quais são conceitos claramente distintos.

O teste do “*central management and control*” foi desenvolvido no Reino Unido, nomeadamente com o caso *De Beers*⁴²⁰, tendo sido vulgarmente utilizado em países da *Common Law* até 1988.

O caso *De Beers* emergiu de uma situação, na qual uma sociedade registada no Cabo, na África do Sul, possuía escritório e o centro de gestão principal da sociedade em Londres. Destarte, a jurisprudência da *House of Lords* considerou que para efeitos de residência fiscal deveria atender-se ao local onde “(...) *the central management and control actually abides*.”⁴²¹ e, já não, ao local onde a sociedade foi constituída e registada. Assim, significa que a sede estatutária, bem como o local de constituição da sociedade não se consideraram critérios relevantes para a determinação da residência, dando-se primazia ao local de controlo e gestão geral da atividade da empresa como local único⁴²².

A expressão “*central management and control*” foi, assim, definida como o local efetivo de reunião do conselho de administração da sociedade, dando-se ainda importância ao local de residência dos seus membros, bem como às funções vitais no que respeita à gestão da empresa (principais decisões respeitantes à atividade da mesma)⁴²³.

Todavia, o “*central management and control*” nem sempre é determinado pelo local onde o conselho de administração se reúne para tomar as suas decisões, como é o caso em que uma empresa subsidiária segue as regras impostas pela empresa-mãe⁴²⁴. Neste sentido, é de salientar a decisão que foi proferida no acórdão *Unit Construction Co Ltd v Bullock* [1959], no qual se defendeu que o local do “*central management and control*” corresponde ao local onde a sociedade exerce o controle de gestão efetivo, desatendendo-se ao local onde o conselho de administração estatutariamente deve reunir⁴²⁵.

⁴²⁰ *De Beers Consolidated Mines Ltd v. Howe* [1906]. Tal facto deve-se à inexistência, nos sistemas jurídicos anglo-saxónicos (inglês), de um critério delimitador da definição de residência societária, o que significa que estas questões eram resolvidas pelos tribunais.

⁴²¹ *De Beers Consolidated Mines v Howe* [1906] AC 455 (HL) at 458 *apud* PETER HARRIS/DAVID OLIVER, *International...*, *cit.*, p. 60.

⁴²² Note-se que foi com base nesta decisão que, também, foi extraída a ideia de que a gestão corrente da empresa (*day-to-day management*) não corresponde à “*central management and control*”, *vide* GUSTAVO LOPES COURINHA, *A residência...*, *cit.* p. 124.

⁴²³ *Ibidem*. De notar que o aresto substancial constante do acórdão *De Beers* manteve-se pela Administração Fiscal britânica, correspondendo atualmente à posição maioritária na interpretação do conceito de direção efetiva.

⁴²⁴ Neste entendimento, *v.* PETER HARRIS/DAVID OLIVER, *International...*, *cit.*, p. 60.

⁴²⁵ Com esta decisão, foi ultrapassada a ideia do “*legal control*” como elemento concretizador do “*central control*”, *vide* Gustavo Lopes COURINHA, *A residência...op. cit.*, p. 126.

Não obstante, o caso *Wood v. Holden* (2006) tratava da circunstância em que uma sociedade holandesa (*Eulalia Holdings BV*)⁴²⁶ seria considerada residente no Reino Unido. Desta forma, veio o Tribunal considerar o seguinte: “*In seeking, to determine where “central management and control” of a company incorporated outside the United Kingdom lies, it is essential to recognise the distinction between cases where management and control of the company is exercised through its own constitutional organs (the board of directors or the general meetings) and cases where the functions of those constitutional organs are “usurped” - in the sense that management and control is exercised independently of, or without regard to, those constitutional organs.*”⁴²⁷. Para além disso, entendeu que a sociedade *Eulalia* não deveria ser considerada residente, para efeitos fiscais no Reino Unido, refutando todos os argumentos expostos pela Administração Fiscal britânica. A assim ser, importa retirar em primeiro lugar, a capacidade judicial em alcançar um critério capaz de ultrapassar o formalismo inerente à sede estatutária e, em segundo lugar, verificar que é possível resolver a dissonância do “*central management and control*” sobre questões intra e inter-societárias⁴²⁸.

Por outro lado, a expressão “*central management and control*” teve, também, influência na CMOCDE, nomeadamente nos comentários realizados à mesma em 1957⁴²⁹, assim como ao nível da doutrina⁴³⁰, sendo de salientar a expressão “*as a whole*” vertida nas alterações à CMOCDE, em 2008, a qual parece ter sido introduzida para circunscrever o “*place of effective management*” às situações concretas de cada sociedade, não reduzindo a sua aplicação ao local onde o conselho de administração se reúne, o qual pode ser meramente formal. Há, neste âmbito, uma sobrevalorização do local onde são tomadas as “decisões-chave”, o que salienta a

⁴²⁶ Neste caso, uma sociedade inglesa, a *Copeswood Investments Limited* (“*CIL*”) vendeu as participações de uma sociedade detida, também inglesa, *Greetings*, à sociedade holandesa *Eulalia*, com a cláusula de que esta vendesse as ações à *CIL* nos três anos subsequentes, auferindo, assim de 95 % do excesso.

⁴²⁷ PETER HARRIS/DAVID OLIVER, *International...*, cit., p. 61.

⁴²⁸ GUSTAVO LOPES COURINHA, *A residência...*, cit., p. 127.

⁴²⁹ Neste sentido, veja-se o que expôs o Grupo de Trabalho n.º 2, em 1957, no comentário n.º 23 do artigo 4.º da CMOCDE: “(C)oncerning conventions concluded by the United Kingdom which provide that a company shall be regarded as resident in the State in which ‘it’s business is managed and controlled’, it has been made clear, on the United Kingdom side, that this expression means the ‘effective management’ of the enterprise.”, v. KEES VAN RAAD, *Materials on International and EC Tax Law, 2005-2006*, vol. I, ITC/IBFD, 2005, pp. 99 e 100 *apud idem*, p. 120.

⁴³⁰ JEAN PIERRE LE GALL, «Round Table: The Issues, Conclusions and Summing-Up», in *Residence of Companies under Tax Treaties and EC Law*, IBFD, 2009, p. 891; SCOTT WILKIE, «Locating Corporate Business Income: Reconsidering the Tenets of International Tax Jurisdiction», in *Canadian Tax Journal*, vol. 51, n.º 4, 2003, p. 1585 *apud ibidem*.

influência do “*central management and control*” sobre o conceito de “*effective management*” vertido na CMOCDE⁴³¹.

4.2 Ao nível da União Europeia

Como já *supra* referido, nem sempre a direção efetiva se coaduna com o teste do “*central management and control*” desenvolvido pela linha anglo-saxónica, podendo ser decifrada, por assim dizer, a outro nível.

No sistema jurídico alemão, a determinação da direção efetiva atende ao local onde reside a atividade comercial central da empresa, sendo que, em jurisprudência mais recente⁴³², tem-se acentuado a importância da gestão efetiva da mesma (o critério do “*day-to-day management*”). Esta tendência parece estar associada à crescente redução das reuniões dos órgãos superiores da sociedade, uma vez que, com a evolução da ciência e tecnologia, se recorre cada vez mais à via eletrónica, como meio de comunicação.

Em Espanha, a doutrina e administração fiscal têm vindo a salientar que, o local de direção efetiva corresponde ao local onde são tomadas as “decisões-chave” da empresa, não se confundindo o controlo executivo (critério relevante) com a mera influência do controlo dos acionistas⁴³³, o que significa que o ordenamento jurídico espanhol tende a seguir o modelo britânico do “*central management and control*”.

Quanto ao nosso sistema jurídico, o que pode dizer-se é que a aplicação do conceito de direção efetiva tem, também, assentado na doutrina britânica. É com base em diversas opiniões internas da Administração Fiscal portuguesa que se pôde constatar esta realidade, senão veja-se.

Em 1965, veio o Secretário de Estado do Orçamento de 17 de Fevereiro de 1965 expor o seguinte: “*deve considerar-se como local da direção efectiva*” da sociedade, *aquele em que se concentram e funcionam os órgãos da administração e controlo superior da empresa*

⁴³¹ *Idem*, p. 121. Aliás, a França faz praticamente a equiparação dos conceitos, *vide* comentário 26.3 ao artigo 4º do CMOCDE. No entanto, não significa que todos os países atribuam essa similitude de conceitos, como é o caso da Hungria e Itália que adotam conceitos alternativos para determinar a direção efetiva plasmada no artigo 4º, *cfr.* consta dos comentários nº 26.4 e 25, respetivamente.

⁴³² Para um melhor esclarecimento sobre os acórdãos do BFH (Tribunal Financeiro Alemão) respeitantes a esta matéria, (em especial na época de 90), *v.* no site www.bfh.simons-moll.de.

⁴³³ NÉSTOR CARMONA FERNÁNDEZ, «La Fiscalidad de los No Residentes en España (I): Elementos Subjectivos», *in Manual de Fiscalidad Internacional (Org: Teodoro Córdon Ezquerro)*, vol. I, 3ª edición, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2007, p. 261, *apud* GUSTAVO LOPES COURINHA, *A residência...*, *cit.* p. 131.

considerada na sua universalidade".⁴³⁴ Ainda no mesmo ano, numa situação relativa ao mesmo conceito em sede de imposto de capitais, afirmou-se que "...há-se encontrar-se o órgão central de administração da empresa, no local onde se tomam as decisões finais e prevaletentes."⁴³⁵

Com efeito, a produção doutrinária da Administração Fiscal foi atendida em sede judicial, mais propriamente no Ac. proferido pelo Tribunal Tributário de 2ª instância, em 16 de Junho de 1987, onde se concluiu que a direção efetiva de uma empresa condiz com o local onde os órgãos sociais de decisão superior e de gestão global da mesma se reúnem⁴³⁶.

Desta forma, parece indiscutível que Portugal sufragou a tese do "*central management and control*", de que o Ac. *De Beers* é o agente impulsionador máximo.

5. Conclusões

A transferência da sede das sociedades comerciais é um fenómeno que tem repercussões ao nível de várias áreas do Direito, destacando-se o impacto que a mesma tem quanto à deslocalização da jurisdição fiscal.

Assim e mediante o estudo aqui apresentado, a primeira conclusão a retirar é a de que a sede societária, embora relevante para a produção de efeitos fiscais, é um conceito particularmente distinto da sede fiscal, o que significa que a sua mudança não implica, necessariamente, a produção de efeitos dessa natureza.

A sede fiscal, vulgarmente designada por residência fiscal é um conceito dinâmico e instável, na medida em que cada Estado-Membro delibera os seus próprios critérios para a sua definição. Ora, esta situação gera uma certa instabilidade e incerteza jurídica, porquanto existe uma enorme diversidade de critérios para aferir da qualidade de residente. Além disso, a ausência de um conceito uniformizador de residência por parte do direito fiscal europeu e internacional acentua ainda mais essa indefinição, o que por sua vez, tem como consequência conflitos de residência entre os diversos Estados, situação que gerará graves implicações com as liberdades fundamentais da UE, assim como conduzirá à dupla tributação internacional.

⁴³⁴ Despacho proferido pelo mesmo, disponível para consulta *in* Ciência e Técnica Fiscal, n° 75, 1965, pp. 226 e ss.

⁴³⁵ Cfr. consta do despacho do Secretário de Estado do Orçamento, de 12.03.1965, disponível *in* Ciência e Técnica Fiscal, n° 76, 1965, p. 272.

⁴³⁶ Decisão disponível para consulta *in* Ciência e Técnica Fiscal, n° 349, pp. 356 a 362.

Assim, a transferência da sede societária só produz efeitos fiscais conjuntamente com a mudança da direção efetiva, o que pressupõe a correlação entre o Direito Societário, o DIP e o Direito Fiscal.

Com efeito, a não harmonização dos Estados quanto à lei aplicável aquando essa mesma transferência provoca um problema de natureza fiscal, que é nomeadamente a manutenção da personalidade jurídica. É necessário que haja uma harmonização do Direito Interno face à lei pessoal aplicável, uma vez que a lei fiscal segue, em substância, a teoria da sede real, o que pode colocar sérios problemas aquando da transferência da sede de um estado para outro que acolha essa mesma teoria. Esta dependência pode acarretar consequências fiscais adversas se o país de saída impuser impostos face a essa saída ou se forçar a empresa a mudar a sua residência fiscal para uma jurisdição menos vantajosa. Uma solução para lidar com esta questão seria abolir o uso de critérios factuais para a determinação do direito aplicável às sociedades, permitindo a distinção entre a transferência motivada por razões fiscais de uma transferência com o objetivo de beneficiar de um regime jurídico comercial mais vantajoso. Outra ideia seria a supressão do conceito de residência ao abrigo da legislação tributária das empresas, aplicando-se por sua vez, um regime baseado na territorialidade e na fonte de rendimentos, por forma a evitar a transferência artificial dos lucros.

Por conseguinte, tal problemática pode gerar incompatibilidades com o Direito Europeu, nomeadamente a liberdade de estabelecimento.

Quanto a este aspeto, é necessário ter presente duas situações: *inbound* e *outbound*. As situações *inbound* parecem ter um acolhimento, por parte do TJUE, menos permissivo. Todavia, não nos parece que a tributação da liquidação e dissolução da sociedade decorrente da deslocalização da residência seja um obstáculo à liberdade de estabelecimento, isto claro, se o próprio Direito Societário não colocar entraves a essa transferência, o que significa que existe uma certa relutância em interferir com as normas internas do Direito das Sociedades Comerciais. Um bom exemplo disso é a alternatividade⁴³⁷ entre o critério “direção efetiva” e o critério da “sede” para a obtenção da qualidade de residente no seio do nosso sistema jurídico, o qual conduz a uma neutralidade fiscal plena e, assim ser, as pretensões tributárias decorrentes das normas de incidência subjetivo-territorial não parecem ser um obstáculo quanto à liberdade de estabelecimento inerente ao Direito Europeu.

⁴³⁷ Artigos 2º, nº1, alínea a) e 4º, nº 1, ambos do CIRC.

Relativamente às situações *outbound*, parece-nos que não existem problemas de maior mediante a posição adotada pelo TJUE.

CAPÍTULO II – CONSEQUÊNCIAS FISCAIS DA ALTERAÇÃO DA RESIDÊNCIA FISCAL DAS SOCIEDADES COMERCIAIS: IMPOSTOS DE SAÍDA

1. Enquadramento

Depois de uma análise, ainda que extensa, mas acima de tudo necessária, da relevância da residência fiscal, bem como dos subcritérios que a definem, tanto na perspetiva internacional, europeia e interna, como elemento de conexão delimitador do âmbito espacial do imposto, importa, chegados a este ponto, após o enquadramento necessário para a perceção do tema, abordar convenientemente as principais consequências fiscais que advêm da transferência da sede das sociedades comerciais. Ao longo deste estudo centrar-nos-emos nos efeitos fiscais que ocorrem essencialmente sobre o Estado de emigração, não abordando os que resultam do Estado de imigração, por se entender que extravasam o objeto da presente dissertação de mestrado.

Perante a crise socioeconómica a que hoje se assiste vertida num fenómeno excessivo de globalização das empresas, há cada vez mais a necessidade de emigrar, quer seja para obter um regime fiscal mais favorável, quer seja por razões de investimento e expansão do negócio. A criação de um Mercado Único veio permitir às sociedades a livre circulação em diversos países.

Por conseguinte, quando uma determinada sociedade comercial decide alterar a sua residência fiscal para um país distinto do país de constituição, é evidente que este deixará de poder tributa-la de acordo com o rendimento de base mundial (*world wide income*). Ao suceder esta situação, o Estado de saída (origem) irá sofrer perdas futuras de vários géneros. Desde a perda da tributação dos rendimentos que a sociedade gerava nesse país, à perda da tributação dos rendimentos provenientes de outros países, dado que cessa o elemento de conexão residência que suportava essa forma de tributação. Além disso, perde também o direito de tributar as mais-valias não realizáveis provenientes de bens imóveis situados em outros países e as respeitantes a ações detidas numa sociedade estrangeira⁴³⁸.

Esta situação estimula a criação de medidas fiscais restritivas, como os impostos de saída (*exit taxes*) pelos diferentes Estados, de modo a preservarem a sua receita fiscal. Ocorrência que suscitou uma série de questões no TJUE, nomeadamente se este tipo de

⁴³⁸ JOÃO SÉRGIO RIBEIRO, «Implicações Fiscais...», *cit.*, p. 95.

tributação estaria em conformidade com os direitos fundamentais, como o Direito à Liberdade de Estabelecimento e o Direito à Emigração.

Os impostos de saída estão intimamente relacionados com o elemento de conexão residência, sendo medidas tributárias previstas no seio de uma transferência de residência de uma sociedade de um Estado para outro Estado. No entanto, é de questionar a legalidade e os limites deste tipo de tributação, dado que à luz do artigo 26º, nº2 do TFUE, *“O mercado interno compreende um espaço sem fronteiras internas no qual a livre circulação das mercadorias, das pessoas, dos serviços e dos capitais é assegurada de acordo com as disposições dos Tratados.”*

Deste modo, o objeto de estudo em causa incidirá precisamente em determinar o conceito de impostos de saída em matéria das pessoas coletivas⁴³⁹, assim como a sua origem e o seu fundamento. Será ainda analisado o regime jurídico dos mesmos em Portugal, Espanha e Holanda, assim como os limites que lhes são impostos pelo Direito Europeu e Internacional.

2. Conceito e caracterização dos impostos de saída

*“O exit tax é uma medida interna destinada a proteger as receitas fiscais do Estado de residência, penalizando a mudança de sede ou fenómeno análogo, pela ereção de uma “muralha fiscal” apenas transponível pelo pagamento prévio de imposto sobre os ganhos de capital potenciais (mais-valias latentes) que se consideram ficticiamente realizadas pelo próprio ato de realização.”*⁴⁴⁰. Perante o exposto, os impostos de saída são tributos sobre o rendimento, que tanto podem incidir sobre pessoas singulares, como sobre pessoas coletivas, tendo como facto tributário a transferência da residência fiscal do Estado de saída para um outro Estado, sendo este denominado Estado de acolhimento⁴⁴¹. Embora, esta noção apenas compreenda os impostos de saída imediatos, isto é, aqueles que são realizados no momento imediatamente anterior à transferência e que incidem sobre rendimentos ainda não realizados (rendimentos

⁴³⁹ Visto ser sobre estas que versa o presente estudo, o que significa que não analisaremos os impostos de saída no âmbito das pessoas singulares.

⁴⁴⁰ CLOTILDE CELORICO PALMA, «Planeamento Fiscal Internacional», in *Lições de Fiscalidade – Gestão e Planeamento Fiscal Internacional*, vol. II, Coimbra, Almedina, 2015, p. 141.

⁴⁴¹ DIANA ISABEL FERNANDES DA SILVA, *Impostos...*, cit., p. 22.

latentes), há quem defenda que existem impostos de saída que estendem o âmbito de incidência tributária e ainda, impostos que visam a dedução de devoluções⁴⁴².

3. Tipos de Impostos de Saída

3.1 Impostos de Saída em sentido estrito (imediatos)

Como já foi dito, os impostos de saída imediatos ou puros são impostos que são cobrados no momento imediatamente anterior à saída do sujeito passivo ou estabelecimento estável, tributando o ativo da sociedade⁴⁴³, bem como o seu estabelecimento estável. Com efeito, incidem sobre o rendimento potencial ou latente, tendo como facto tributário a transferência da sede da sociedade. Além disso, podem ser classificados como gerais, os quais incidem sobre o rendimento global da sociedade e parciais, quando apenas tributam parte do rendimento auferido por essa sociedade⁴⁴⁴.

3.2 Impostos de saída que estendem o âmbito de incidência tributária (*Trailing Taxes*)

Por sua via, os impostos que estendem o âmbito de incidência tributária⁴⁴⁵ não são imediatamente exigíveis, sendo-o apenas no momento da sua realização. Isto significa que neste tipo de tributos é dado ao sujeito passivo (neste caso, à sociedade) a possibilidade de efetuar o seu pagamento no momento da realização do rendimento, dando-lhe, assim, o benefício de *cash flow*, isto é, da entrada real e efetiva do rendimento.

⁴⁴² *Idem*, pp. 22 a 29. Porém, segundo esta autora, os impostos que estendem o âmbito de incidência tributária não são verdadeiros impostos de saída, uma vez que o facto tributário aqui em causa reside essencialmente no facto de o sujeito passivo ser ainda residente e não na transferência da residência fiscal propriamente dita.

⁴⁴³ Referir-nos-emos sempre à categorização dos impostos de saída aplicáveis às sociedades, porquanto é apenas esta realidade que verdadeiramente interessa na presente dissertação de mestrado.

⁴⁴⁴ Para mais desenvolvimentos, v. RIJKELE BETTEN, *Income tax Aspects of Emigration and Immigration of Individuals*, Groningen, DISGRO 1998 NR 134 Publications, 1998, pp. 11 e ss.

⁴⁴⁵ Também denominados por *trailing taxes*, cfr. KATIA CEJIE, «Emigration Taxes – Several Questions, Few Answers: From Lasteyrie to National Grid Indus and beyond», in *Intertax*, vol. 40, n.º 6/7, 2012, pp. 383. Esta autora veio alargar a caracterização apresentada por BETTEN, começando por imiscuir a categoria dos impostos de saída gerais e parciais numa só.

Ainda que isto seja uma vantagem para o contribuinte, a verdade é que estes impostos não atendem somente à transferência da sociedade para o Estado de acolhimento, visto que para efeitos de tributação, a mesma continua a considerar-se residente no Estado de origem. A tributação do rendimento à luz destes impostos é realizada em função da extensão do critério de residência, ou seja, a sociedade que transfira a sua sede para um Estado distinto continuará a ser tributada pelo Estado de origem e, é em virtude desta ficção de residência, que este exige o pagamento do tributo. Neste sentido, há como que uma intromissão na soberania tributária do Estado de destino, o que não nos parece aceitável, na medida em que esses rendimentos deveriam ser tributados por este.

Por estas razões entendemos que, além destes impostos terem como base de tributação a residência e, já não, a deslocalização da sociedade, os mesmos contornam a soberania tributária do Estado de acolhimento através da extensão do elemento de conexão residência para além das suas fronteiras. Além de que, nos parece que nem deveriam ser sequer admitidos como qualquer tributo. Assim, corrobora-se a ideia desenvolvida por RIJKELE BETTEN⁴⁴⁶, na qual não devem ser considerados verdadeiros impostos de saída⁴⁴⁷.

3.3 Impostos de saída de Devolução de Deduções

Por último, os impostos que visam a dedução de devoluções são considerados como outra forma de tributação à saída. Estes caracterizam-se pela perda de uma dedução ou isenção anteriormente concedida ao sujeito passivo (sociedade), face à sua transferência para outro país. Não consideramos que este tipo de impostos seja uma forma de tributo à saída, mas sim um tributo que visa “penalizar”/ dissuadir essa transferência.

⁴⁴⁶ RIJKELE BETTEN, *Income tax...*, cit., p. 12 e ss.

⁴⁴⁷ Exceto no caso de se verificar a realização de uma convenção tributária entre ambos os Estados envolventes, onde se permita essa distribuição de poderes de tributação.

4. Impostos de saída: origem e fundamentos

4.1 Origem

Como afirma, LÁSZLÓ KOVÁCS, “*Taxation lies at the heart of national sovereignty*.”⁴⁴⁸. É essencial para financiar a despesa pública e para executar políticas fiscais que os governos detenham sistemas fiscais coerentes, estáveis e principalmente que estejam em harmonização. Desta forma, torna-se necessário perceber o modo como os Estados determinam a tributação do rendimento para, conseqüentemente aferir da origem dos impostos de saída.

A competência tributária de cada Estado é determinada através de elementos de conexão, como a residência, a fonte e a nacionalidade, entre outros. No seio do presente estudo, são de destacar estes três, porquanto são os critérios de conexão relativos ao rendimento.

De acordo com a conexão da residência, os rendimentos de uma pessoa, quer singular quer coletiva, são tributados pelo Estado onde a mesma seja aí residente, durante um certo período de tempo. Já o critério da fonte atende, como elemento de tributação, ao território onde os rendimentos se realizam. Por sua vez, o critério da nacionalidade, prevê que a tributação deve incidir sobre o rendimento auferido pelos nacionais, num determinado período de tempo.

Mas para enquadrar devidamente o limiar dos impostos de saída, não basta apenas delimitar o ordenamento jurídico competente para a referida tributação, é também necessário que o legislador preveja o âmbito de aplicação desses impostos, isto é, a que rendimentos serão os mesmos aplicáveis. A extensão da tributação tem por base dois princípios, o da universalidade e o da territorialidade⁴⁴⁹. O princípio da universalidade consiste na tributação de todos os rendimentos gerados pelo sujeito passivo, quer estes provenham da fonte interna, quer externa. Por sua via, o princípio da territorialidade estipula que as leis tributárias internas só se devem aplicar a factos (rendimentos) gerados no território da ordem jurídica a que pertencem. Isto significa que este último princípio vem delimitar o âmbito espacial das normas tributárias.

Tudo isto para dizer que, de facto, o legislador interno de cada Estado tem de atender a este conjunto de fatores de modo a alcançar uma base de tributação plenamente sólida e eficaz, face às circunstâncias de cada caso em concreto. Só a partir da ligação entre os elementos de conexão, que determinam a ordem jurídica competente para tributar e os princípios que

⁴⁴⁸ LÁSZLÓ KOVÁCS, «European Commission Policy on Exit Taxation», in *European Tax Studies*, n° 4, 2009, p. 4.

⁴⁴⁹ GREGOR FÜHRICH, «Exit Taxation and ECJ Case Law», in *European Taxation*, vol. 48, n°1, 2008, p. 16.

estabelecem a extensão dessa tributação, é que é possível atingir um sistema fiscal coeso e estável.

Para uma melhor compreensão destes conceitos e da sua essencial dependência, veja-se a sua aplicação pelo legislador português⁴⁵⁰. O artigo 4º, nº1 do CIRC, prevê que a base de imposto incide sobre todos os rendimentos gerados por pessoas coletivas que residem efetivamente em Portugal e, ainda, pelos rendimentos gerados fora desse território. Assim sendo, verifica-se que a lei portuguesa adota como elemento de conexão, o critério da residência, conjuntamente com o princípio da universalidade (obrigação tributária ilimitada). Por sua vez, o nº2 da referida norma, dispõe que no caso dos não residentes, os mesmos são tributados pelos rendimentos cuja fonte ou origem se situe em Portugal. Isto significa que, nesta situação, o legislador português adota o critério da fonte, como elemento de conexão tributário, conjugado com o princípio da territorialidade, visto que a tributação é realizada tendo por base um determinado território/local.

Assim, facilmente se constata que quando o rendimento é realizado e perceptível, o legislador português dá uma resposta de forma a tributar todos os rendimentos auferidos pelos contribuintes⁴⁵¹. O problema parece assentar quando não existe uma previsão da tributação de determinado rendimento.

Concomitantemente, se uma sociedade decide transferir a sua residência fiscal para outro Estado, o Estado de origem vai perder o direito de tributar os ganhos de capital realizáveis⁴⁵² por essa mesma sociedade, ao passo que o Estado de acolhimento vai beneficiar desta situação, uma vez que vai poder tributar as mais-valias realizadas nesse Estado. Na realidade, a transferência da sede da sociedade de um país para outro, tem como efeito a modificação do elemento de conexão que justifica a base de tributação do Estado de origem, face aos rendimentos realizados durante a sua permanência nesse Estado. Além disso, cessa o elemento de conexão fonte no momento da saída, em virtude de a sociedade transferida modificar essa conexão que permite tributar os rendimentos latentes/futuros no Estado de

⁴⁵⁰ Para a aplicação prática do exposto *supra*, temos como exemplo o sistema jurídico português por se entender que, pese embora o presente estudo tenha como objeto o plano internacional, o mesmo é elaborado em Portugal, pela autoria de uma pessoa de nacionalidade portuguesa, e como tal, afigura-se-nos a ordem jurídica interna mais próxima e relevante como exemplo de direito interno.

⁴⁵¹ O mesmo se passa na Holanda, na redação dada pelo artigo 2º CITA (*Corporate Income Tax Act*), v. REINOUT KOK, «Compatibility...», *cit.*, p. 63.

⁴⁵² Rendimentos realizáveis, mais ainda não verificáveis, *vide* DIANA ISABEL FERNANDES DA SILVA, *Impostos...*, *cit.*, p. 46.

origem⁴⁵³, o que conseqüentemente conduz a uma perda de receita tributária proveniente desses rendimentos, pois não será possível tributa-la.

A indeterminação da previsão da tributação sobre os rendimentos respeitantes ao período que se situa entre a aquisição e a emigração conduz à perda de receita tributária decorrente de rendimentos, cuja receita o Estado de origem esperaria, à partida receber. Assim como, há uma receita inesperada para o Estado de acolhimento, uma vez que este não previa a tributação de mais-valias realizadas, advenientes de rendimentos⁴⁵⁴ gerados no mesmo.

Esta perda de receita tributária, associada à falta de previsão normativa interna para combater este género de situações, levou ao surgimento dos impostos de saída. Estes impostos têm como função minorar essa perda de receita fiscal, decorrente da modificação da residência⁴⁵⁵.

Mediante uma breve exposição sobre a origem dos impostos de saída, cumpre agora expor os fundamentos da sua razão de ser, salientando aqueles que são mais frequentes.

4.2 Fundamentos⁴⁵⁶

Como bem se salientou, quando uma sociedade decide transferir a sua sede para um país distinto do país onde se constituiu, este deixa de poder tributar as mais-valias latentes, assim como as mais-valias futuras que se venham a verificar. Isto claro, se o Estado de saída adotar um sistema de tributação baseado na fonte de rendimento e na residência. Pode mesmo dizer-se que quando ocorre esta mudança de residência para um Estado novo, há como que uma deslocação dos rendimentos potenciais auferidos pela sociedade para o Estado de imigração. Desta forma, e atendendo a que estas mais-valias só poderão ser tributadas no momento da sua realização, será da competência do Estado de imigração tributa-las.

Ora, esta situação provoca a perda de receita fiscal por parte do Estado de origem, porquanto é-lhe vedado o direito de tributar os rendimentos gerados pela sociedade transferida durante o período em que esta foi residente no mesmo. Para além disso, perde ainda a

⁴⁵³ O tal critério que era aplicável em função dos não residentes, tendo por base a fonte de rendimento e já não a residência.

⁴⁵⁴ Ou bens móveis detidos pela sociedade, neste sentido, v. RIJKELE BETTEN, *Income tax...*, cit., p.6.

⁴⁵⁵ KATIA CEJJE, «Emigration...», cit., p. 386. De salientar que também foram criados impostos de saída em virtude da modificação da nacionalidade. Todavia, este tipo de situações não será aprofundado no presente estudo, na medida em que, *in casu* não têm tanta relevância como as que decorrem da modificação da residência.

⁴⁵⁶ Serão somente analisados os fundamentos dos impostos de saída sobre as pessoas coletivas.

tributação das despesas inerentes aos benefícios fiscais, bens e serviços apresentados por aquele.

Logo, um dos fundamentos para a imposição dos impostos de saída pelos Estados é seguramente a salvaguarda da receita fiscal⁴⁵⁷. Segundo RÉKA VILÁGI, os impostos de saída são apenas uma manifestação do medo ou perda adicional dos Estados-Membros das receitas tributárias sobre a emigração ou realocização⁴⁵⁸.

Outro dos fundamentos apontados para a criação de impostos de saída foi o combate à evasão e fraude fiscal, o qual tem sido comumente utilizado pela jurisprudência da UE⁴⁵⁹. No entendimento do TJUE, o combate à evasão fiscal pode ser aceite como um argumento válido para a imposição de impostos de saída que possam restringir as liberdades fundamentais, o que significa que, neste seio, os mesmos são vistos como verdadeiras cláusulas anti abuso.

Todavia, nem sempre o TJUE considera que a imposição de impostos de saída por parte das jurisdições internas possa ocorrer por razões de prevenção à evasão fiscal. No *Ac. Lasteyrie du Saillant*, considerou-se que a presunção geral e absoluta de evasão relativa à tributação da transferência da residência estipulada pelo sistema fiscal francês era desproporcional⁴⁶⁰ e desadequada, entendendo-se que era apenas uma forma para atingir o verdadeiro sentido dos mesmos: a preservação da sua receita tributária.

De facto, se a pretensão dos Estados, com a implementação dos impostos de saída, fosse efetivamente o combate à evasão e fraude fiscal teriam os mesmos de atender, não só às mais-valias potenciais geradas pela sociedade aquando da transferência, mas também às menos-valias, para efeitos de tributação. Só desta forma se poderia justificar a restrição à liberdade de estabelecimento, circunstância que não sucedia com os impostos de saída exigidos

⁴⁵⁷ O mesmo entendimento é perfilhado por HERMANN SCHNEEWEISS, «Exit Taxation after Cartesio: The European Fundamental Freedom's Impact on Taxing Migrating Companies», in *Intertax*, vol. 37, n.º 6/7, 2009, p. 371 e JOÃO SÉRGIO RIBEIRO, *Tributação presuntiva do rendimento. Um contributo para reequacionar os métodos indiretos de determinação da matéria tributável*, Coimbra, Almedina, 2010, p. 417 a 423 apud DIANA ISABEL FERNANDES DA SILVA, *Impostos...*, cit., p. 60.

⁴⁵⁸ RÉKA VILÁGI, «Exit Taxes on Various Types of Corporate Reorganizations in Light of EU Law», in *European Taxation*, vol. 52, n.º 7, 2012, p. 354.

⁴⁵⁹ *Ac. Comissão Europeia contra República Portuguesa*, processo n.º C-38/10, de 06.09.2012, § 30 e *Ac. Lasteyrie du Saillant*, processo n.º C-9/02, de 11.03.2004, § 24. Ainda que este caso se reporte aos impostos de saída sobre pessoas singulares, a verdade é que a Comissão Europeia tem entendido que as regras de tributação à saída sobre pessoas singulares, também têm implicações diretas sobre as regras de tributação à saída das empresas, vide *Commission of the European COMMUNITIES*, «Exit taxation and the need for co-ordination of Member States' tax policies», in *Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the European Economic and Social Committee*, Brussels, COM (2006) 825 final, p. 5.

⁴⁶⁰ «O critério da proporcionalidade é o essencial para aferir da compatibilidade entre as opções tributárias nacionais com o ordenamento europeu em matéria de "exit taxes", cfr. JOÃO FÉLIX PINTO NOGUEIRA, *Direito Fiscal Europeu – o Paradigma da Proporcionalidade. A Proporcionalidade como Critério Central da Compatibilidade de Normas Tributárias Internas Fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora/Wolters Kluwer, 2010, p. 540.

pelo Estado francês aquando a transferência da residência do cidadão de nacionalidade francesa para a Bélgica.

Neste sentido, somos da opinião que o combate à evasão fiscal não é um verdadeiro fundamento dos impostos de saída, pois a sua existência tem como objetivo primordial a salvaguarda da receita tributária dos Estados. Estas normas não visam eliminar os “estratagemas puramente artificiais”, uma vez que se considerássemos que cada vez que uma sociedade comercial decidisse transferir a sua residência fiscal estaria a manipular o elemento de conexão residência por forma a obter vantagens fiscais, estaríamos a formular uma presunção geral de fraude. O legislador não pode ver a alteração internacional da residência fiscal, com base em presunções gerais para restringir que as pessoas coletivas usufruam de um regime fiscal mais vantajoso. Para além disso, parece-nos que este argumento é geralmente utilizado pelos Estados para “ludibriar” o TJUE, visto que a salvaguarda da receita tributária não é aceite como causa justificativa da restrição da liberdade de estabelecimento pelo mesmo.

O combate à evasão fiscal pode ser resolvido de outras formas, como a imposição de um imposto sobre a reentrada no Estado de origem⁴⁶¹ ou através da celebração de convenções internacionais. A função destas convenções seria repartir os poderes tributários dos Estados de modo distinto e coerente, por forma a eliminar a existência de regimes fiscais mais favoráveis.

Finalmente⁴⁶² há ainda quem considere que os impostos de saída são utilizados com vista à alocação equilibrada de poderes tributários entre os Estados-Membros⁴⁶³. Nesta senda, destaca-se a posição do legislador português, no *Ac. Comissão Europeia contra República Portuguesa*, o qual expôs duas razões para os impostos de saída enunciados nos artigos 76º-A a 76º-C (atuais artigos 83º a 85º do CIRC): a repartição equilibrada dos poderes tributários dos Estados-Membros⁴⁶⁴ e a coerência fiscal⁴⁶⁵. Sustentou-se que a alocação equilibrada do poder

⁴⁶¹ RENÉ OFFERMANN, «German Exit Tax Provisions, Substantial Shareholdings and Incompatibility with EC Law», in *European Taxation*, vol. 45, n.º 12, 2005, p. 581 e Conclusões do Advogado Geral Jean Mischo ao *Ac. Lasteyrie...*, *cit.*, § 64. Claro está que esta solução apenas tem utilidade no caso da permanência temporária do sujeito passivo em outro país.

⁴⁶² Existem outros fundamentos como a coerência fiscal, a eficácia do controlo fiscal e o desincentivo à transferência da sede das sociedades. Todavia, não serão analisados no presente estudo por se afigurar que a sua diminuta relevância não justifica o seu aprofundamento. Além de que não nos parecem, de todo, verdadeiros fundamentos dos impostos de saída. Não obstante, existem autores que defendem que os impostos de saída são um verdadeiro desincentivo à emigração porquanto os mesmos têm como consequências: o *cash flow* e a dupla tributação, *vide* RÉKA VILÁGI, «Exit Taxes...», *cit.*, p. 354. A nosso ver, o desincentivo à transferência não é um verdadeiro fundamento dos impostos de saída, na medida em que a desoneração fiscal do país de acolhimento compensa o montante pago em sede de tributação à saída.

⁴⁶³ Este fundamento é defendido por RÉKA VILÁGI, *idem*, p. 349, REINOUT KOK, «Compatibility...», *cit.*, p. 70 e também pela jurisprudência do TJUE, mais precisamente no *Ac. Marks and...*, *cit.*, § 45.

⁴⁶⁴ *Ac. Comissão...*, *cit.*, § 63 a 72. Esta questão foi também apreciada no *Ac. N*, processo n.º C-470/04, de 7.09.2006 § 41 e 42 e no *Ac. National Grid Indus*, processo n.º C-371/10, de 29.11.2011, § 46.

tributário dos Estados seria realizada mediante a tributação dos rendimentos verificados até ao momento da transferência da residência, e o Estado de destino tributaria os mesmos a partir do momento da saída do Estado de origem, até efetiva alienação. A República Portuguesa salientou que além deste comportamento equilibrar os poderes tributários dos Estados, evitaria situações de dupla tributação.

Não nos parece que esta interpretação seja a mais correta. Em primeiro lugar, a eliminação da dupla tributação não é assegurada pelos impostos de saída. Aliás, é precisamente o contrário, estes é que estimulam essa realidade, já que exigem imposto sobre o rendimento potencial no Estado de origem, o qual será certamente tributado no Estado de acolhimento.

Por outro lado, a justa repartição dos poderes tributários entre os Estados-Membros alcança-se pela celebração de convenções bilaterais⁴⁶⁶. Além disso, a ideologia defendida pelos Estados do princípio da territorialidade aliado a uma componente territorial, não se coaduna com o disposto no n.º 5 do artigo 13.º da CMOCDE⁴⁶⁷, porquanto este atribui a competência ao Estado de residência atual – o Estado de imigração.

Pelo que a nosso ver, a justificação dos impostos de saída por razões de alocação equilibrada dos poderes tributários dos Estados não é aceitável, porquanto a soberania tributária de cada Estado é um elemento essencial a preservar por aqueles. Em boa verdade, os Estados não estão preocupados com a harmonia fiscal quanto à tributação dos rendimentos potenciais gerados durante o período dessa transferência. A única preocupação que os move é, de facto, a perda de receita fiscal adveniente dessa mudança de residência. E é por esta razão e, note-se só esta, que os Estados criaram os impostos de saída.

Assim, entendemos que os impostos de saída foram implementados pelos países como uma forma de proteção da sua soberania fiscal contra os efeitos da globalização e do ideal de um mercado interno.

⁴⁶⁵ *Idem*, § 57 a 62.

⁴⁶⁶ Dada a ausência de normas da UE que harmonizem esta situação. Segundo CHRISTIANA HJI PANAYI, *Exit Taxation as an Obstacle to Corporate Emigration from the Spectre of EU Tax Law*, Cambridge Yearbook of European Legal Studies, vol. 13, 2010-2011, p. 280, a imposição de impostos de saída assenta num exercício unilateral dos poderes fiscais pelo Estado de origem, em vez de uma alocação bilateral acordada de competências fiscais entre dois Estados.

⁴⁶⁷ Disposição normativa utilizada pelo TJUE, no caso de existir um conflito de competências quanto à tributação das mais-valias, a fim de evitar a dupla tributação.

5. Da aplicabilidade dos Impostos de saída⁴⁶⁸

5.1 Em Portugal

Os impostos de saída foram introduzidos em Portugal pelo projeto de relatório do Orçamento de Estado de 2006⁴⁶⁹. Até então, a transferência da sede e direção efetiva de uma empresa não era tributada em Portugal. Houve, no entanto, algumas tentativas anteriores. O Orçamento do Estado para 2004, já tinha autorizado o governo a introduzir uma "taxa de saída para as empresas". Porém, a autorização legislativa não foi efetuada no devido tempo⁴⁷⁰.

Assim, os impostos de saída encontram-se regulados nos artigos 83º e 84º do CIRC (ex artigos 76º-A e 76º-C). Este regime foi aplicado com vista a “*garantir que a perda de jurisdição tributária sobre os respetivos ativos societários não impeça o exercício legítimo de tributação sobre as mais-valias geradas ainda em pleno território nacional.*”⁴⁷¹. O nº 1 do artigo 83º do CIRC vem expor o seguinte: “*Para a determinação do lucro tributável do período de tributação em que ocorra a cessação de atividade de entidade com sede ou direção efetiva em território português, incluindo a Sociedade Europeia e a Sociedade Cooperativa Europeia, em resultado da transferência da respetiva residência para fora desse território, constituem componentes positivas ou negativas as diferenças, à data da cessação, entre os valores de mercado e os valores fiscalmente relevantes dos elementos patrimoniais dessa entidade, ainda que não expressos na contabilidade.*”. Isto significa que, quando há transferência da sede ou direção efetiva de uma empresa, o rendimento é calculado no momento imediatamente anterior à saída, sendo um rendimento verificado, mas não realizado. Além disso, este tipo de tributação implica a verificação da transferência da sede e da direção efetiva da sociedade⁴⁷². Facto que nos parece lógico, pois como já *supra* referido, a transferência da residência fiscal implica a transferência da sede conjuntamente com a direção efetiva.

⁴⁶⁸ Apenas abordaremos os impostos de saída em Itália, Portugal e Holanda, mas existem impostos de saída no Canadá, Alemanha, Austrália, Dinamarca, Áustria, Grécia, Suécia, Estónia entre muitos outros, *vide* RIJKELE BETTEN, *Income tax...*, *cit.*, pp. 12 e seguintes.

⁴⁶⁹ Lei nº 60-A/2005, de 30.12.

⁴⁷⁰ JOÃO FÉLIX PINTO NOGUEIRA, «Exit taxation of companies in Portugal», *in* *European Tax Studies*, nº 1, 2010, p. 11.

⁴⁷¹ JORGE MANUEL OSÓRIO ALVES, *Impostos de Saída em Matéria Societária: em busca de uma solução para um problema doméstico e europeu*, Dissertação de Mestrado, Universidade Católica Portuguesa, Porto, Portugal, 2013, p. 26.

⁴⁷² Neste sentido, v. ANTÓNIO PEDRO BRAGA, *The Corporate Exit Taxes and the EU. A Special reference to the Portuguese regime*, Londres, *Institute of Advanced Legal Studies*, University of London, 2010/2011, pp. 14 e 15. Note-se que a mudança da sede ou direção efetiva implica a cessação da atividade em Portugal à luz do artigo 8º, nº5 do CIRC.

Face ao exposto, pode dizer-se que o legislador ficciona esse rendimento através da diferença entre o valor de mercado à data da transferência e o valor da aquisição. Ora, perante a análise do artigo 83º, nº 1 CIRC podemos afirmar que o imposto aqui em causa é um imposto de saída imediato e geral⁴⁷³. Esta conclusão é retirada do facto de o tributo em questão ser cobrado no momento imediatamente anterior à saída e ser aplicável a todos os rendimentos auferidos pelo sujeito passivo. Na prática, estas diferenças podem resultar em dupla tributação ou de não tributação involuntária de mais-valias⁴⁷⁴.

O nº 10 do artigo 83º CIRC contém uma exceção ao nº1 do mesmo artigo, referindo que os estabelecimentos estáveis não serão tributados em sede de impostos de saída se, houver transferência de elementos patrimoniais de um estabelecimento estável para outro, ambos situados em Portugal. Claro está, que neste tipo de situações não há lugar a tributação de saída, na medida em que os lucros de capital encontram-se afetos a um estabelecimento estável da mesma entidade e, sendo assim, não há um fenómeno emigratório. Pelo que a tributação é feita de acordo com os “trâmites normais”, digamos assim⁴⁷⁵.

Mas mais importante do que esta disposição é a introdução do nº 2 deste artigo, na medida em que determina uma exceção à regra do nº1 do artigo *supra* referido. Nesta disposição, o regime fiscal português prevê que em caso de transferência da sede ou direção efetiva de uma sociedade em território português para um Estado-Membro da UE ou do Espaço Económico Europeu (nas condições elencadas no artigo), a tributação à saída pode ser feita em três moldes distintos: no momento imediato à transferência; no ano seguinte àquele em que se verifique a transferência - nas condições explanadas no artigo - e, ainda “*Em frações anuais de igual montante, correspondentes a um quinto do montante do imposto apurado com início no período de tributação em que ocorre a transferência da residência.*”⁴⁷⁶. Este preceito legal é bastante importante, uma vez que permite ao sujeito passivo optar pela forma de tributação à saída. No entanto, o diferimento do pagamento do tributo para um momento em que os ganhos já estão efetivamente apurados pode não trazer apenas vantagens, na medida em que o Estado

⁴⁷³ DIANA ISABEL FERNANDES DA SILVA, *Impostos...*, *cit.*, p. 31.

⁴⁷⁴ LASZLO KOVACS, «European...», *cit.*, p.11.

⁴⁷⁵ Segundo RÉKA VILÁGI, «Exit Taxes...», *cit.*, p. 352, é mediante situações como esta que se entende que os impostos de saída são discriminatórios, uma vez que em situações internas de transferência da residência (migração), os lucros de uma sociedade são normalmente tributados no momento da sua efetiva realização. Enquanto em situações transfronteiriças (emigração), a tributação incide sobre rendimentos ainda não realizados, o que pressupõe que o direito interno dá um tratamento diferenciado entre situações internas e transfronteiriças.

⁴⁷⁶ Art.º 83, nº 2, alínea c) CIRC.

de saída poderá exigir uma garantia e, conseqüentemente surgirão o vencimento de juros. O cálculo de tributação será diferente neste tipo de situação⁴⁷⁷.

O artigo 84^o diz respeito à cessação da atividade de um estabelecimento estável⁴⁷⁸ respeitante a entidades não residentes, no qual são tributados pela saída os estabelecimentos estáveis que tenham cessado atividade em território português⁴⁷⁹ ou, ainda “*a transferência, por qualquer título material ou jurídico, para fora do território português, dos elementos patrimoniais que se encontrem afetos ao estabelecimento estável.*”⁴⁸⁰.

Esta disposição vem essencialmente evitar que as mais-valias em alguns ativos não sejam tributadas quando o estabelecimento estável cesse a sua atividade no território nacional. Um bom exemplo disso verifica-se quando um estabelecimento estável com uma quantidade substancial de ativos, não é sujeito a tributação, na sequência de uma operação de reestruturação de negócios com a transferência da sede da empresa principal para outro Estado-Membro⁴⁸¹. Além disso, pode ser uma forma de enfrentar possíveis abusos ao neutralizar o efeito tributário que resultaria de uma venda indireta do estabelecimento estável, por meio da cessação da sua atividade, seguido de uma venda de todos os seus ativos. Segue-se que os bens podem permanecer fisicamente em Portugal, mas apenas serão tributados quando o estabelecimento estável for desmantelado⁴⁸².

⁴⁷⁷ Neste seguimento, é de salientar o sistema fiscal estoniano. O sistema de imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas da Estónia, a partir de 1 de Janeiro de 2000, mereceu um interesse substancial por parte dos estudiosos do direito fiscal, em virtude da sua peculiaridade e diferença do sistema fiscal sobre o rendimento tradicional. A principal diferença do sistema fiscal estoniano face aos outros é que os lucros da sociedade não são objeto de tributação no momento da sua obtenção. Em vez disso, a tributação é diferida até à distribuição desses lucros, o que significa que a diferença reside essencialmente no momento da responsabilidade fiscal do contribuinte. A principal vantagem deste sistema parece assentar na desnecessidade de amortização e regras de depreciação. O objetivo deste sistema de imposto seria facilitar o desenvolvimento das empresas e atrair investidores, o que parece ter sido alcançado, conquanto desde a sua implementação que os investidores e os lucros aumentaram significativamente, bem como foi eliminado o tratamento desigual dado às pessoas coletivas, através da imposição de uma cláusula anti discriminação em 2003, vide LASSE LEHIS/INGA KLAUSON/HELEN PAHAPILL/ERKI UUSTALU, «Compatibility of the Estonian Corporate Income Tax System with the Community Law», in *Intertax*, vol. 36, n.º 8/9, 2008, pp. 389 e ss.

⁴⁷⁸ Entende-se por estabelecimento estável “*qualquer instalação fixa em que a empresa exerce toda ou parte da sua atividade*”, cfr. MANUEL DURO TEIXEIRA, *A Determinação do Lucro Tributável dos Estabelecimentos Estáveis de Não Residentes*, Coimbra, Almedina, 2007, p. 22.

⁴⁷⁹ V. art.º 84, n.º 1, alínea a) CIRC.

⁴⁸⁰ V. art.º 84, n.º 1, alínea b) CIRC.

⁴⁸¹ JOÃO FÉLIX PINTO NOGUEIRA, «Exit taxation...», *cit.*, p. 15.

⁴⁸² ANTÓNIO PEDRO BRAGA, *The Corporate...*, *cit.*, p. 17. Há quem entenda que esta norma vem tributar as transferências isoladas de ativos que ainda não estão cobertos pela regra de preços de transferência prevista no artigo 63º, n.º 9 do Código IRC, como RICARDO BORGES e PEDRO RIBEIRO Sousa, in *ibidem*. No entanto, tal como defende António Pedro Braga, não nos parece que assim seja, visto que a disposição normativa do artigo 63º do CIRC não é uma regra de reconhecimento de impostos, mas uma regra que prevê a medida desses impostos em determinadas operações de transferência de ativos. Por outro lado, o exposto no n.º 2 do artigo 84º do CIRC, apenas faz referência à transferência de “elementos patrimoniais”, não especificando de que ativos ou bens se trata. Há que reconhecer que existe uma certa similitude entre os dois

5.2 Em Espanha

Como já foi referido, o sistema jurídico espanhol defende a teoria da sede real, como critério delimitador da lei pessoal aplicável, o que significa que a alteração da sede das sociedades tem como consequência a sua dissolução e liquidação aquando dessa transferência. No entanto, este resultado deve ser interpretado conjuntamente com as disposições vertidas no *Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades* (TRLIS), nas quais se permite a transferência da sede da sociedade constituída sob a lei espanhola, se existir um tratado bilateral entre esta e o Estado de imigração e em que este Estado permita essa mudança. Neste caso, a personalidade jurídica da sociedade mantém-se, mesmo depois da transferência⁴⁸³.

É extremamente importante compreender se um Estado segue a teoria da sede real ou a teoria da constituição na perspetiva dos impostos de saída, pois estes só existem se a sociedade continuar a existir aquando dessa transferência. Bem como, só assim se poderá aferir dessa tributação face à liberdade de estabelecimento.

Tal como em Portugal, também o sistema fiscal espanhol tributa os ganhos não realizados pela sociedade no momento anterior à sua saída⁴⁸⁴, porquanto o termo residência sob a lei espanhola, abrange todas as entidades que tenham a sua sede social ou local da administração efetiva em Espanha. Assim, pode verificar-se que em Espanha exigem-se impostos de saída puros ou imediatos. Porém, como já se viu, estes só serão exigíveis quando essa transferência for permitida, através de uma convenção bilateral estabelecida entre o Estado de imigração e o Estado de origem⁴⁸⁵. Caso contrário, a sociedade deixa de existir aquando a transferência e, sucessivamente, não poderá o Estado de saída exigir qualquer imposto de saída, face a esta circunstância⁴⁸⁶.

O regime fiscal espanhol veio sofrer uma série de alterações após o que se decidiu no *Ac. Comissão vs. Espanha*⁴⁸⁷, na medida em que segundo o TJUE, as medidas de tributação

preceitos legais, uma vez que após a entrada em vigor do n.º 2 do artigo 84.º, o alcance do artigo 63, n.º9 foi reduzido. No entanto, não é menos evidente que esta disposição ainda garante a aplicação doméstica para aquelas operações internas de transferência.

⁴⁸³ Cfr. *Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*.

⁴⁸⁴ Neste sentido, v. artigos 17º a 19º do TRLIS.

⁴⁸⁵ Os impostos de saída podem ser ditados de formas diferentes. Eles podem ser incluídos em disposições específicas de tratados tributários entre o país de saída e de acolhimento ou podem ser determinados por uma disposição legal interna, uma vez que a alienação considerada "ocorre" imediatamente antes emigração. Neste sentido, é importante atender ao que foi estipulado na COM (2006) 825, final 4, assim como CHRISTIANA HJI PANAYI, *Exit Taxation...*, cit., p. 247.

⁴⁸⁶ REKA VILAGI, «Exit Taxes...», cit., p. 350.

⁴⁸⁷ Processo n.º C-64/11, de 25.04.2013, disponível in www.curia.europa.eu

aquando a transferência da residência fiscal de uma sociedade espanhola para um país distinto, bem como a transferência de ativos e bens da sociedade com a transferência de um estabelecimento permanente nela situado, são restritivas da liberdade de estabelecimento. Em boa verdade, considerou este tribunal que o pagamento imediato de imposto sobre os ganhos ainda não realizáveis aquando essa transferência excede o que é necessário para que a Espanha preserve os seus poderes fiscais. Neste sentido, a Comissão Europeia instituiu um procedimento de infração contra as regras fiscais aplicáveis inerentes ao sistema tributário espanhol aquando dessa transferência, exigindo que a Espanha as alterasse a fim de as mesmas não serem contrárias à liberdade de estabelecimento. Desta forma, após 1 de Janeiro de 2003, a tributação à saída pelos ganhos não realizados mediante a transferência da residência fiscal da sociedade ou dos seus ativos e bens seria cobrada no momento da transferência, mas a entidade tributada poderia optar pelo seu pagamento imediato ou diferido⁴⁸⁸. Isto significa que, as autoridades fiscais espanholas mantêm a avaliação "imediate" do imposto de saída, com a possibilidade de suspender o seu pagamento, até o momento em que os ativos são efetivamente transferidos para um terceiro.

5.3 Na Holanda

O sistema de tributação do rendimento holandês abarca uma série de cenários respeitantes à transferência de uma sociedade da Holanda para outro Estado. Porém, para que se possa compreender a imposição dos impostos de saída na Holanda, é necessário ter presente quem é, efetivamente, considerado contribuinte neste Estado. Neste sentido, vem o artigo 2º do *Corporate Income Tax Act Netherlands*⁴⁸⁹ (CITA) dispor que são contribuintes holandeses, as empresas que residem na Holanda, sendo estas tributadas de acordo com a tributação de base mundial. Os não residentes são tributados de acordo com o critério da fonte, isto é, são apenas tributadas pelos rendimentos auferidos na Holanda⁴⁹⁰.

Tendo-se conhecimento das características necessárias para se considerar uma entidade como residente na Holanda, estamos aptos para analisar o âmbito de aplicação dos impostos de

⁴⁸⁸ Através da Lei do Orçamento Espanhol de 2014 (*Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014*).

⁴⁸⁹ *Wet op Vennootschapsbelasting 1969*.

⁴⁹⁰ O problema coloca-se quando uma empresa é considerada residente na Holanda, porquanto, existem empresas constituídas sob a lei holandesa e outras constituídas sob a lei estrangeira. Neste último caso, atende-se ao local onde as empresas possuem administração, cfr. artigo 4º, § 1 do CITA, *vide* REINOUT KOK, «Compatibility...», *cit.*, p. 63.

saída na mesma. Nesta senda, é necessário ter em consideração cinco realidades distintas, a destacar: i) a transferência da sede de administração efetiva de uma empresa situada na Holanda mas regulada sob a jurisdição estrangeira (com ou sem tratado bilateral); ii) transferência da sede de administração efetiva de uma empresa holandesa para um Estado com o qual tenha estabelecido um tratado bilateral; iii) transferência da sede de administração efetiva de uma empresa holandesa para um país com o qual não tenha estabelecido tratado bilateral; iv) transferência do estabelecimento permanente constituído sob a jurisdição holandesa para um país distinto; v) transferência de um estabelecimento permanente situado na Holanda, pertencente a uma entidade estrangeira.

Quanto à situação i), pode dizer-se que quando uma empresa, estabelecida sob a jurisdição estrangeira, transfere a sua sede de direção efetiva para fora da Holanda, esta deixa de ser considerada um contribuinte segundo a lei holandesa, o que significa que é indiferente se a emigração é realizada com um país com o qual tenha estabelecido tratado ou não. Mas esta situação, nem sempre desencadeia a aplicação de impostos de saída holandeses. Veja-se por exemplo a situação em que mesmo após essa transferência, a sociedade continua a ter estabelecimento estável na Holanda. Neste sentido, a Holanda poderá tributar de acordo com o seu sistema fiscal de base mundial⁴⁹¹. Assim, conclui-se que neste cenário, os impostos de saída só se aplicam caso a sociedade transfira o seu local de administração efetiva, sem deixar qualquer estabelecimento permanente na Holanda, pois a não ser assim, o Estado holandês exigirá o pagamento imediato do imposto segundo as regras inerentes ao artigo 15c do CITA.

Quanto à transferência da sede efetiva de uma sociedade estabelecida sob a jurisdição holandesa para um Estado que com ela tenha estabelecido tratado, é fundamental ter presente duas situações: 1) se o tratado indicar que a residência é determinada com base no local da sede da sua administração; 2) se o tratado considerar que a residência não se localiza no lugar onde se situe a administração efetiva da empresa⁴⁹². Na primeira hipótese, o Estado holandês perderá o direito de tributar os rendimentos auferidos pela sociedade transferida, e neste sentido, a Holanda poderá aplicar um imposto de saída, exceto se no tratado vigorar uma disposição que permita à Holanda tributar os ativos respeitantes a reservas ocultas (rendimentos

⁴⁹¹ *Idem*, p. 64.

⁴⁹² Como é o caso do Tratado estabelecido com a Suíça, em 1951 e com os EUA (neste caso há um tratado sobre o reconhecimento mútuo para a determinação da residência no caso de conflito de residência).

potenciais). Quanto à segunda hipótese, não faz qualquer sentido o Estado holandês impor impostos de saída porque os seus direitos fiscais mantêm-se.

Se uma sociedade decide transferir a sua sede de administração para um local distinto do local onde foi constituída (Estado holandês), sem qualquer tratado com esse país (iii), a sua personalidade jurídica mantêm-se, porquanto a Holanda defende a teoria da constituição para aferir da lei pessoal aplicável aquando a transferência. Isto significa que não haverá problemas de maior com essa transferência. De acordo com o direito holandês, uma sociedade é residente na Holanda se for constituída nesse país, independentemente de ter o local de administração noutra país, o que significa que a mesma será tributada de acordo com o rendimento de base mundial, e a assim ser, não se exigirão impostos de saída.

Outra situação é o facto de uma empresa decidir transferir o seu estabelecimento permanente para o estrangeiro, mas continuar a ter o centro de administração na Holanda (situação iv). Neste caso, o sistema holandês deixa de poder tributar as receitas auferidas por essa empresa e essa circunstância, poderá dar azo à exigência de impostos de saída⁴⁹³, a não ser que exista uma espécie de “acordo” entre o Estado de emigração e o Estado onde se irá localizar esse estabelecimento permanente⁴⁹⁴.

Por último, pode surgir o caso em que ocorre a transferência de um estabelecimento estável localizado na Holanda, mas regulado sob a jurisdição estrangeira, para um país distinto (situação v). Nesta situação, pode suceder a obrigação do contribuinte/sociedade pagar impostos de saída porque o elemento da fonte e da residência cessa aquando essa mudança.

⁴⁹³ Note-se que neste caso, há a possibilidade de pagamento diferido do imposto ou do pagamento em dez parcelas fixas, segundo as regras do artigo 15e do CITA, acrescida dos respetivos juros e garantias impostas pelo Estado holandês, neste sentido v. FRANK P.G. PÖTGENS/PIETER VAN OS/PIERRE-HENRI DURAND/ANNE ROBERT/ALIÉNOR DONY/MATTHIAS SCHEIFELE/GUNTHER WAGNER/ANDREA SILVESTRI/LUCIA LANCELOTTI/FILIFE ROMÃO/ANTÓNIO CASTRO CALDAS/PAULO PICHEL/GUILLERMO CANALEJO LASARTE/DAVID LÓPEZ POMBO/TONY BEARE, «The Compatibility of Exit Tax Legislation Applicable to Corporate Taxpayers in France, Germany, Italy, The Netherlands, Portugal, Spain and The United Kingdom with the EU Freedom of Establishment – Part 1 e Part 2», in *Intertax*, vol. 44, n° 1, 2016, pp. 59, 177 e 178.

⁴⁹⁴ *Idem*, p. 65. Entendemos que neste caso, há como que uma mudança da sede estatutária, e já não, da sede real, visto que o sistema jurídico holandês perde o direito de tributar os rendimentos auferidos pela sociedade, o que significa que a transferência da sede de administração efetiva é, à partida permitida, enquanto a mudança da sede estatutária já não.

6. Da (in) compatibilidade dos impostos de saída⁴⁹⁵ com o Direito da União Europeia

6.1 Introdução

Uma das principais limitações à aplicação dos impostos de saída faz-se sentir no contexto da UE. A ideologia de um Mercado Único, caracterizado pela livre circulação de pessoas, bens, serviços e mercadorias constitui a pedra basilar do sistema europeu. Para alcançar esse objetivo, a UE afirma-se mediante dois tipos de integração, a positiva e a negativa. A integração positiva consiste na criação legislativa pelos órgãos que a compõem⁴⁹⁶, enquanto a integração negativa diz respeito às decisões jurisprudenciais tomadas pelo TJUE em determinados casos concretos, mediante questões prejudiciais que lhe são enviadas pelos tribunais nacionais.

Pese embora a saída das sociedades não consista num problema, quando o Estado de saída não tem em atenção a mudança de residência fiscal como fator gerador de imposto, a verdade é que, geralmente, os Estados tendem a considerar essa mudança como facto tributário, e nesta senda, os mesmos aplicam impostos de saída. Com efeito, essa tributação à saída insere-se no âmbito da tributação direta, o que significa que tal matéria é da competência exclusiva da soberania tributária de cada Estado-membro⁴⁹⁷, onde existe um compromisso por parte das instituições europeias de não interferir em matérias relacionadas com a política económica e fiscal dos Estados-Membros, como a que sucede no presente caso⁴⁹⁸. Assim, pode dizer-se que o direito europeu, bem como as liberdades fundamentais que o norteiam, só atuam verdadeiramente no caso de existir, por parte das legislações internas em matéria tributária, qualquer disposição legal que as viole. Ora, os Estados-Membros seguem, na prática, um projeto de Mercado interno muito diferente do traçado para o Mercado Único⁴⁹⁹.

Um dos principais problemas suscitados no âmbito deste tema é, precisamente a conformidade da criação deste tipo de tributo com as regras e princípios da UE, nomeadamente

⁴⁹⁵ A este respeito, apenas se abordará a incompatibilidade dos impostos de saída gerais, imediatos ou puros, por se entender que apenas estes são verdadeiros impostos de saída.

⁴⁹⁶ Como por exemplo, o TFUE, Diretivas e Regulamentos da UE.

⁴⁹⁷ Cfr. Ac. *Lasteyrie...*, cit., § 44.

⁴⁹⁸ Só não será assim, quando as legislações dos Estados-Membros violarem os princípios inerentes ao TFUE, vide Ac. *N...*, cit., § 33 e Ac. *Marks...*, cit., § 29.

⁴⁹⁹ RÉKA VILÁGI, «Exit Taxes...», cit., p. 316.

o direito à liberdade de estabelecimento⁵⁰⁰. Note-se que os impostos de saída sobre as pessoas singulares não são apenas os únicos tributos que têm de respeitar o direito europeu, mas também aqueles que incidem sobre as pessoas coletivas⁵⁰¹, uma vez que a liberdade de estabelecimento é-lhes aplicada por analogia.

A ausência de consenso, a incoerência e insensibilidade com que se tem brindado esta matéria, tem como consequência a falta de respostas, não só por parte da UE, mas também no plano internacional, através dos trabalhos desenvolvidos pela OCDE⁵⁰². Isto significa que os Estados gozam de total liberdade para impor as suas políticas fiscais, facto que evidentemente gera situações restritivas das liberdades económicas inerentes ao TFUE.

Todavia, os obstáculos fiscais às empresas que exercem atividades transfronteiriças face à interpretação e aplicação distinta das disposições dos acordos e convenções fiscais bilaterais e da Convenção relativa à eliminação da dupla tributação em caso de correção de lucros entre empresas associadas (90/436/CEE) por parte dos Estados-Membros, fez com que a Comissão e o Conselho Europeus implementassem um mecanismo de resolução de litígios em matéria fiscal na UE, através da Diretiva (UE) 2017/1852 do Conselho, de 10 de outubro de 2017 relativa aos mecanismos de resolução de litígios em matéria fiscal na União Europeia⁵⁰³. Esta Diretiva teve como principal objetivo assegurar “...uma resolução eficaz dos litígios relativos à interpretação e aplicação de tais convenções fiscais bilaterais e da Convenção de Arbitragem da União, em especial no que se refere aos litígios que dão origem a uma dupla tributação.”⁵⁰⁴, mediante um procedimento por mútuo acordo entre os Estados-Membros (artigo 4º da referida Diretiva). Os procedimentos de resolução alternativa de litígios poderão traduzir-se na constituição de uma Comissão Consultiva (artigo 6º do referido diploma) ou na constituição de uma Comissão de Resolução Alternativa de Litígios (artigo 10º).

Mas mais importante que esta Diretiva é a Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho, de 12 de julho de 2016⁵⁰⁵ que estabelece regras contra as práticas de elisão fiscal que tenham incidência direta no funcionamento do mercado interno e, que de certo modo, impõe impostos

⁵⁰⁰ “A liberdade de estabelecimento compreende o direito de um determinado indivíduo desenvolver atividades profissionais independentes ou empresariais em outro Estado-Membro.” Cfr. JOÃO SÉRGIO RIBEIRO, «Direito Fiscal da União Europeia: O Caso Especial da Tributação Directa», in *Estudos de Direito Fiscal da União Europeia (Tributação Directa)*, 2ª edição, Braga, Elsa Uminho, 2015, p. 16.

⁵⁰¹ Ac. *Daily...*, cit., § 19.

⁵⁰² V. *infra* ponto 7.

⁵⁰³ Disponível in <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32017L1852&qid=1516387502108&from=en>

⁵⁰⁴ Considerando 2 da referida Diretiva.

⁵⁰⁵ In <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32016L1164>

de saída aos Estados-membros. De facto, esta disposição normativa europeia veio reforçar a tributação à saída adotada pelos Estados-Membros, porquanto prevê no seu artigo 5^o⁵⁰⁶ a

⁵⁰⁶ Neste sentido, dispõe o mesmo o seguinte:

“Tributação à saída

1. Um contribuinte deve estar sujeito a imposto por um montante igual ao valor de mercado dos ativos transferidos, no momento da saída dos ativos, deduzido do seu valor para efeitos fiscais, em qualquer das seguintes circunstâncias:

- a) o contribuinte transfere ativos da sua sede para o seu estabelecimento estável situado noutra Estado-Membro ou num país terceiro, na medida em que o Estado-Membro da sede deixou de ter o direito de tributar os ativos transferidos devido à transferência;*
- b) o contribuinte transfere ativos do seu estabelecimento estável situado num Estado-Membro para a sua sede ou para outro estabelecimento estável situado noutra Estado-Membro ou num país terceiro, na medida em que o Estado-Membro do estabelecimento estável deixou de ter o direito de tributar os ativos transferidos devido à transferência;*
- c) o contribuinte transfere a sua residência fiscal para outro Estado-Membro ou para um país terceiro, com exceção dos ativos que permanecem efetivamente afetos a um estabelecimento estável situado no primeiro Estado-Membro;*
- d) o contribuinte transfere a atividade exercida pelo seu estabelecimento estável de um Estado-Membro para outro ou para um país terceiro, na medida em que o Estado-Membro do estabelecimento estável deixou de ter o direito de tributar os ativos transferidos devido à transferência.*

2. Ao contribuinte deve ser dado o direito a diferir o pagamento de um imposto à saída a que se refere o n.º 1 mediante o pagamento em prestações ao longo de cinco anos, em qualquer das seguintes circunstâncias:

- a) o contribuinte transfere ativos da sua sede para o seu estabelecimento estável situado noutra Estado-Membro ou num país terceiro que seja parte no Acordo sobre o Espaço Económico Europeu («Acordo EEE»);*
- b) o contribuinte transfere ativos do seu estabelecimento estável situado num Estado-Membro para a sua sede ou para outro estabelecimento estável situado noutra Estado-Membro ou num país terceiro que seja parte no Acordo EEE;*
- c) o contribuinte transfere a sua residência fiscal para outro Estado-Membro ou para um país terceiro que seja parte no Acordo EEE;*
- d) o contribuinte transfere a atividade exercida pelo seu estabelecimento estável para outro Estado-Membro ou para um país terceiro que seja parte no Acordo EEE.*

O presente número é aplicável aos países terceiros que são partes no Acordo EEE se tiverem celebrado um acordo com o Estado-Membro do contribuinte ou com a União sobre assistência mútua em matéria de cobrança de créditos fiscais, equivalente à assistência mútua prevista na Diretiva 2010/24/UE do Conselho (14).

3. Se o contribuinte diferir o pagamento nos termos do disposto no n.º 2, podem ser cobrados juros nos termos da legislação do Estado-Membro do contribuinte ou do estabelecimento estável, consoante o caso.

Se existir um risco demonstrável e real de não cobrança, os contribuintes podem também ser obrigados a prestar uma garantia como condição para diferir o pagamento nos termos do n.º 2.

O segundo parágrafo não se aplica caso a legislação do Estado-Membro do contribuinte ou do estabelecimento estável preveja a possibilidade de cobrança da dívida fiscal através de um outro contribuinte que seja membro do mesmo grupo e seja residente para efeitos fiscais nesse Estado-Membro.

4. Caso seja aplicável o n.º 2, o diferimento do pagamento é imediatamente interrompido e a dívida fiscal passa a ser cobrável nos seguintes casos:

- a) os ativos transferidos ou a atividade exercida pelo estabelecimento estável do contribuinte são vendidos ou objeto de outra forma de alienação;*
- b) os ativos transferidos são subsequentemente transferidos para um país terceiro;*
- c) a residência fiscal do contribuinte ou a atividade exercida pelo seu estabelecimento estável é subsequentemente transferida para um país terceiro;*
- d) o contribuinte declara falência ou está em processo de liquidação;*
- e) o contribuinte não cumpre as suas obrigações no que se refere às prestações e não corrige a situação num prazo razoável, que não pode exceder 12 meses.*

sujeição do contribuinte a imposto sobre a saída dos seus ativos para um Estado-membro distinto no caso de o mesmo transferir a sua residência fiscal para outro Estado-Membro ou para um país terceiro (cfr. alínea c) do n.º 1 do artigo 5º), resultante da diferença entre o valor de mercado aquando a transferência dos ativos e o valor contabilístico fiscalmente relevante. Além disso, permite ao contribuinte a opção do diferimento do pagamento de imposto à saída nessa mesma situação, em prestações durante o período de cinco anos (v. alínea c) do n.º 2 do artigo 5º). Significo isto que o próprio Direito da UE já permite essa tributação à saída por parte dos Estados-Membros, mediante as condições expostas na presente Diretiva.

Não obstante, o controlo e fiscalização da compatibilidade entre as disposições normativas nacionais com o TFUE tem sido realizado, através da integração negativa, com o recurso à jurisprudência do TJUE e, em certas situações, através dos Comunicados da Comissão Europeia ao Conselho e Parlamento Europeus⁵⁰⁷. Aliás, esta permissão dos impostos de saída pela Diretiva supracitada vem, de certa forma, contrariar o posicionamento que o TJUE tem dado à conformidade dos impostos de saída com a liberdade de estabelecimento, como *infra* veremos.

Neste propósito e, atendendo a que o presente estudo se insere no seio do direito da UE, faremos especial referência à jurisprudência do TJUE relativamente a estas questões, à Diretiva das fusões, salientando a sua importância no que concerne à SE e à SCE e ainda a relevância da Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu e ao Comité Económico e Social Europeu sobre a tributação à saída e necessidade de coordenação das políticas fiscais dos Estados-Membros – (COM 2006) 825 final.

As alíneas b) e c) não são aplicáveis aos países terceiros que são partes no Acordo EEE se tiverem celebrado um acordo com o Estado-Membro do contribuinte ou com a União Europeia sobre assistência mútua em matéria de cobrança de créditos fiscais, equivalente à assistência mútua prevista na Diretiva 2010/24/UE.

5. Caso a transferência de ativos, da residência fiscal ou de atividades exercidas por um estabelecimento estável seja efetuada para outro Estado-Membro, esse Estado-Membro aceita o valor estabelecido pelo Estado-Membro do contribuinte ou do estabelecimento estável como valor inicial dos ativos para efeitos fiscais, exceto se esse valor não refletir o valor de mercado.

6. Para efeitos dos n.ºs 1 a 5, entende-se por «valor de mercado» o montante pelo qual os ativos podem ser trocados ou as obrigações mútuas podem ser regularizadas entre compradores e vendedores não relacionados e interessados numa transação direta.

7. Desde que os ativos revertam para o Estado-Membro do autor da transferência num prazo de 12 meses, o presente artigo não se aplica às transferências de ativos relacionadas com o financiamento através de valores mobiliários, aos ativos constituídos como garantia, ou caso a transferência de ativos seja efetuada a fim de satisfazer requisitos prudenciais em matéria de fundos próprios ou para efeitos de gestão de liquidez."

⁵⁰⁷ Como por exemplo, a já referida COM (2006) 825 final, com vista a coordenar as políticas fiscais dos Estados-Membros.

6.2 Diretiva 2009/133/CE de 19 de outubro de 2009

Apesar desta Diretiva não se referir especificamente à situação da transferência da sede das sociedades, mas sim às operações de reestruturação empresarial, implementadas em razão da construção de um Mercado Único e como verdadeiros instrumentos de planeamento fiscal, a mesma é essencial para o presente estudo, porquanto constitui uma limitação à aplicação dos impostos de saída.

A Diretiva das “fusões” é um instrumento europeu no qual se estabelecem os requisitos mínimos respeitantes à tributação dos rendimentos latentes relativamente a fusões, cisões, cisões parciais, entradas de ativos e permutas de ações entre sociedades de Estados-Membros diferentes⁵⁰⁸, bem como da transferência da sede de uma SE ou de uma SCE para outro Estado-Membro.

Neste sentido, há que distinguir duas situações: as disposições respeitantes à tributação das mais-valias, lucros e rendimentos quando ocorrem operações de reestruturação empresarial, como uma fusão, cisão, permuta de ações e, por outro lado, as regras fiscais aplicáveis aquando da transferência de uma SE ou uma SCE para um Estado-Membro distinto.

De acordo com o artigo 4º, nº1 da referida Diretiva, “*A fusão, a cisão ou a cisão parcial não implicam qualquer tributação das mais-valias determinadas pela diferença entre o valor real dos elementos do activo e do passivo transferidos e o respectivo valor fiscal.*”. Trata-se, portanto, de um instrumento jurídico europeu, que visa evitar os impostos de saída e, de certo modo, restringir as leis comerciais que possam implicar a perda de personalidade jurídica⁵⁰⁹. Assim, a lei aplicável após a fusão, cisão, bem como a permuta de ações⁵¹⁰ é a da sociedade beneficiária com essa fusão, cisão ou permuta.

Face ao exposto, é possível que uma empresa altere a sua residência fiscal para outro país distinto sem sofrer quaisquer consequências fiscais, como por exemplo a partir da criação de uma subsidiária num determinado Estado-Membro, após a realização do chamado *downstream merger*, isto é da absorção da sociedade-mãe pela referida subsidiária⁵¹¹.

⁵⁰⁸ Mediante o tratamento desigual conferido a situações internas e transfronteiriças no seio das operações de reestruturação empresarial, houve necessidade de estabelecer condições análogas para ambos os casos, por forma a garantir a neutralidade fiscal dessas operações, vide FILIPE LOBO SILVA, *As Operações de Reestruturação Empresarial como Instrumento de Planeamento Fiscal*, Coimbra, Almedina, 2016, p. 110.

⁵⁰⁹ JOÃO SÉRGIO RIBEIRO, «Implicações Fiscais...», *cit.*, p. 100.

⁵¹⁰ V. artigo 8º, nº1 da Diretiva em questão.

⁵¹¹ Neste sentido, v. *ibidem* e CHRISTIANA HJI PANAYI, *Exit Taxation...*, *cit.*, p. 266 . Tendo ao mesmo tempo de ser necessário contornar possíveis regras anti abuso.

Por outro lado, esta mesma Diretiva permite a eliminação de obstáculos fiscais aquando a transferência de uma SE ou de uma SCE. Como já referido anteriormente, existem países como o Reino Unido e a Finlândia, que adotam a teoria da constituição, como critério delimitador da lei pessoal aplicável e, ao mesmo tempo, como critério único para aferir da qualidade de residência fiscal das sociedades. Enquanto existem outros, como a Bélgica, Luxemburgo e Holanda que combinam a teoria da constituição e a da sede real. Isto gera consequências adversas na tributação sobre a emigração. Ora, para resolver esta falta de transparência e incoerência face à transferência das sociedades, criaram-se os dois tipos societários supracitados, nos quais se permite a transferência da sede de um Estado-Membro para outro, sem que para tal a mesma tenha de sofrer as limitações resultantes do direito das sociedades, nomeadamente a dissolução da sociedade e a constituição de uma nova no país de acolhimento⁵¹².

Com efeito, os artigos 12º a 14º da Diretiva das fusões estabelecem as regras aplicáveis à transferência da sede de uma SE ou de uma SCE. O artigo 12º vem expor que a transferência da sede ou a cessação da residência fiscal de uma destas figuras societárias não implica a tributação das mais-valias, calculadas pela *“...diferença entre o valor real dos elementos do activo e do passivo transferidos e o respectivo valor fiscal”*⁵¹³. Isto se os ativos e passivos da sociedade continuarem afetos a um estabelecimento estável situado no país de emigração. Além disso, os Estados-Membros têm de tomar as medidas necessárias para assegurar que as provisões ou reservas regularmente constituídas pela SE ou pela SCE, antes da transferência da sede, são parcial ou totalmente isentas de imposto (artigo 13º)⁵¹⁴.

No entanto, a eliminação dos impostos de saída inerente à Diretiva das fusões aquando da transferência da sede de uma SE ou de uma SCE, desde que a mesma mantenha os seus ativos e passivos afetos a um estabelecimento estável no Estado de saída, tem sido também aplicável a outras sociedades reguladas pelo direito interno⁵¹⁵. Razão pela qual se entende que,

⁵¹² V. artigos 8º do Regulamento relativo ao estatuto da sociedade europeia (SE) e 7º do Regulamento relativo ao Estatuto da Sociedade Cooperativa Europeia (SCE).

⁵¹³ Cfr. artigo 4º, nº1 da Diretiva das fusões.

⁵¹⁴ Note-se que esta norma não foi corretamente transposta para o nosso ordenamento jurídico, uma vez que o artigo 83º, nº1 do CIRC, refere que *“Para a determinação do lucro tributável do período de tributação em que ocorra a cessação de atividade de entidade com sede ou direção efetiva em território português, incluindo a Sociedade Europeia e a Sociedade Cooperativa Europeia, em resultado da transferência da respetiva residência para fora desse território, constituem componentes positivas ou negativas as diferenças, à data da cessação, entre os valores de mercado e os valores fiscalmente relevantes dos elementos patrimoniais dessa entidade, ainda que não expressos na contabilidade.”*

⁵¹⁵ Por via da ação da jurisprudência do TJUE, v. Ac. *Cartesio...*, cit., § 116, ou pela legislação de certos Estados-Membros, como por exemplo Portugal, conforme o disposto no artigo 83º, nº10 do CIRC, onde se estabelece o pagamento diferido do imposto, no caso de a sociedade

cada vez mais, a Diretiva das fusões não surte vantagens consideráveis no seio dos impostos de saída.

Por outro lado, a Diretiva vem ainda determinar o diferimento de imposto quando os ativos de uma SE ou SCE não se encontrem conectados com o estabelecimento estável situado no país de emigração⁵¹⁶.

A assim ser, conclui-se que, atualmente, o recurso a este tipo de sociedades conjuntamente com as disposições fiscais da Diretiva das fusões sobre a alteração da sua sede, não acarta vantagens substancialmente relevantes, continuando a persistir a desconformidade do pagamento imediato do imposto de saída com o direito europeu.

6.3 Da coordenação das políticas fiscais dos Estados-Membros no âmbito da tributação, à saída– COM (2006) 825 final, de 19 de Dezembro de 2006

A ideologia de um Mercado Único/Comum, a fim de incentivar a permanência das empresas em território europeu e, conseqüentemente, o crescimento dos seus investimentos e da sua economia, provocou sérios entraves ao nível da tributação direta transfronteiriça. A competência exclusiva dos Estados-Membros, aliada à completa desordem das suas políticas fiscais no âmbito da tributação direta, cria barreiras tributárias internas à livre circulação de pessoas, bens e serviços e, é em face desta circunstância, que a Comissão tem vindo a desenvolver projetos de coordenação, com vista à remoção desses obstáculos fiscais nacionais⁵¹⁷. O objetivo com esta política de coordenação seria colmatar as falhas resultantes da ausência de um conjunto unitário de normas sobre a tributação direta, para que a soberania tributária de cada Estado fosse compatível com as normas e princípios da UE, mas que ao mesmo tempo não interferisse demasiado com as regras fiscais nacionais.

continuar a manter o seu estabelecimento estável em Portugal. Este adiamento do pagamento de imposto ocorre no momento em que os ganhos sejam realisticamente determinados, *vide* João Sérgio RIBEIRO, «Implicações Fiscais...*op. cit.*, p. 99.

⁵¹⁶ REKA VILAGI, «Exit Taxes...», *cit.*, p. 348. Com efeito, o sistema tributário alemão alterou certas disposições legais inerentes à tributação à saída à luz da Diretiva das fusões, especialmente no que concerne às regras respeitantes à transferência do estabelecimento permanente da sociedade, cfr. GREGOR FÜHRICH, «Exit Taxation...», *cit.*, p. 11.

⁵¹⁷ A partir de 2001, com a COM (2001) 1681 - «*Company Taxation in the Internal Market*», a Comissão começou a debruçar-se sobre as políticas fiscais desenvolvidas pelos Estados-Membros no âmbito da tributação direta transfronteiriça, perante a impossibilidade de unificação/harmonização desta matéria.

Com efeito, esta estratégia de cooperação permitiria aos Estados-Membros proteger o seu sistema tributário, compatibilizar as suas normas com o direito europeu, assim como evitaria a dupla tributação⁵¹⁸.

Perante o exposto, é de salientar a Comunicação [COM (2006) 825], que coordena a tributação de saída. Este documento, além de realçar a relevância dos princípios abordados pela jurisprudência do TJUE (cfr. *Ac. Lasteyrie du Saillant e M*) quanto a esta matéria, vem ainda alargar a jurisprudência europeia sobre a tributação à saída das pessoas coletivas e sobre a transmissão de ativos de um estabelecimento estável. Além disso, a Comissão evidencia a sua preocupação em eliminar a dupla tributação, assim como a dupla não tributação, resultantes da deslocalização da residência fiscal.

No entendimento da Comissão, a tributação à saída pode ser justificada pelo princípio da territorialidade aliado a uma componente temporal, ou seja, a tributação das mais-valias não realizadas pelo Estado de origem é permitida, desde que esses ganhos tenham sido gerados durante o período de residência nesse Estado. Porém, esta tributação à saída deve ser condicionada aos limites impostos pelo TJUE, mais precisamente aos princípios estabelecidos nos *Ac. supracitados*⁵¹⁹. Ora, isto significa que essa forma de tributação não deve ser imediata, mas adiada até ao momento da realização do rendimento⁵²⁰. No entanto, este diferimento do pagamento de imposto tem de ser permitido sem a existência de qualquer garantia de pagamento, sendo este realizado de forma voluntária e imparcial⁵²¹.

Não obstante, uma forma assumida pela Comissão para combater o fenómeno da dupla tributação seria o Estado de destino aceitar o valor de mercado das mais-valias, calculado pelo Estado de emigração no momento da transferência, bem como o seu valor contabilístico fiscalmente relevante. Neste sentido, pode dizer-se que a Comissão defende o reconhecimento mútuo dos Estados envolventes quanto à determinação das mais-valias sujeitas a tributação aquando a transferência⁵²².

⁵¹⁸ DIANA ISABEL FERNANDES DA SILVA, *Impostos...*, *cit.*, p. 115.

⁵¹⁹ *Ac. Lasteyrie...*, *cit.*, § 56 e *N...*, *cit.*, §§ 50 e 51.

⁵²⁰ Claro está que o pagamento diferido do imposto pode acarretar encargos administrativos para o Estado de saída. Neste sentido, veio a Comissão salientar que se o Estado de emigração suportar demasiados custos com o diferimento do imposto, pode o mesmo propor ao contribuinte o seu pagamento imediato, isto sem qualquer coação ou exigência, v. ponto 3.1 da COM (2006) 825.

⁵²¹ Esta exigência apenas se aplica aos impostos de saída sobre pessoas singulares, pois como se verá mais à frente, a jurisprudência do TJUE entende que a prestação de juros e de garantias pelos Estados-Membros resultante da opção do diferimento de imposto não é contrária à liberdade de estabelecimento, *vide Ac. Lasteyrie...*, *cit.*, § 47 e *N...*, *cit.*, § 55.

⁵²² Porém, a Comissão alerta para o facto de que esta medida poderá, simultaneamente, conduzir à arbitragem fiscal, porquanto os contribuintes podem procurar explorar as diferenças nas práticas de avaliação entre os Estados-Membros para maximizar o valor dos ganhos tributados no

Por outro lado, é de destacar que, segundo a Comissão, as situações fácticas subjacentes às decisões *Lasteyrie du Saillant* e *N* podem aplicar-se às pessoas coletivas. Esta analogia realçou a importância do desenvolvimento do limite europeu sobre os impostos de saída em matéria das pessoas coletivas. Aliás, foi precisamente a partir destes casos que se começaram a desenvolver os primeiros trabalhos sobre a conformidade dos impostos de saída em matéria societária com o direito europeu.

Atendendo ao exposto pelo TJUE⁵²³, bem como pela doutrina⁵²⁴, a principal incongruência do regime dos impostos de saída advém da discriminação do seu âmbito de aplicação em situações internas e transfronteiriças. Razão pela qual se defende afincadamente a escolha voluntária do contribuinte pelo pagamento imediato ou diferido do imposto.

De notar que no mesmo dia em que a Comissão apresentou esta Comunicação de coordenação, foi também apresentada uma Comunicação à imprensa (*press release*) - IP/06/1829, a qual teve como escopo salientar a necessidade de uma coordenação⁵²⁵ face às regras fiscais nacionais concebidas unicamente, as quais podem dar origem a um tratamento fiscal incoerente quando aplicado em contexto transfronteiriço.

Desta forma, podemos verificar que o principal intuito da criação desta Comunicação foi encaminhar os Estados-Membros a orientarem as suas políticas de tributação direta conforme as restrições impostas pela jurisprudência do TJUE, pois segundo a Comissão, só assim se alcançará uma verdadeira harmonização legislativa neste campo.

Neste seguimento, surgiu em 2 de Dezembro de 2008, uma Resolução do Conselho⁵²⁶, relativa à coordenação dos impostos de saída, a qual veio salientar a importância da sua conformidade com as regras gerais de tributação defendidas pela jurisprudência do TJUE.

Deste modo, a Resolução começa por referir o que se entende por "*transferência de actividades económicas*", para num segundo momento, expor uma panóplia de situações transfronteiriças e as consequências daí advenientes. O Conselho entende que quando ocorrem

Estado com uma taxa de imposto mais baixa. No seio da tributação à saída em matéria das pessoas singulares, a Comissão apela à técnica da isenção, do crédito do tributo liquidado ou à repartição dos poderes tributários em consonância com o período de residência em cada Estado-Membro.

⁵²³ Ac. *Avoir Fiscal*, processo nº C-270/83, de 28.01.1986; Ac. *Marks and...*, *cit.*; Ac. *Cadbury...*, *cit.*

⁵²⁴ Cfr. GREGOR FÜHRICH, «Exit Taxation...», *cit.*, p. 12; RÉKA VILÁGI, «Exit Taxes...», *cit.*, p. 352; REINOUT KOK, «Compatibility...», *cit.*, p. 66.

⁵²⁵ Coordenação que visa essencialmente harmonizar o regime dos impostos de saída com o direito da UE.

⁵²⁶ Note-se que esta Resolução é emitida no seguimento da Comunicação COM (2006)825 relativa à Tributação de Saída e à necessidade de coordenação das políticas fiscais dos Estados-Membros e à Comunicação COM (2006)824 referente ao Tratamento das Perdas em Situações transfronteiriças.

transferências de bens provenientes de atividades económicas, o Estado de acolhimento pode prever a constituição de reservas ou provisões correspondentes a montantes idênticos ou diferentes das reservas e provisões, tidas em consideração na tributação do Estado de saída, sendo que, esse montante será descontado ao valor tributável no ano da sua constituição.

Além disso, determina que quando o Estado de saída tributa os rendimentos latentes, aquando da transferência das atividades económicas, tendo por base a diferença entre o valor de mercado desses ativos na data da transferência e o seu valor contabilístico, o Estado de acolhimento deve ter em atenção esse valor *“para calcular a mais-valia que venha a ser gerada em caso de cessão.”*⁵²⁷. Nesta senda, o Estado de acolhimento pode exigir ao contribuinte (neste caso, à sociedade) que prove que o Estado de saída tributou essas mais-valias potenciais, tendo para o efeito de juntar comprovativos do valor de mercado estabelecido por aquele.

Finalmente, a Resolução - tal como na Comunicação da Comissão - incentiva o uso das Diretivas de Assistência Mútua e Cobrança⁵²⁸, pois entende que só a partir destas é que se atinge um quadro de assistência a prestar pelo Estado de saída e de acolhimento na determinação do momento/data da cessão.

Tanto a Resolução, como a Comunicação assumem um papel imprescindível ao combate à dupla tributação, resultante da falta de harmonização fiscal dos Estados-Membros, no seio da tributação direta transfronteiriça. A Resolução debruça-se sobre a remoção de barreiras tributárias, por parte dos Estados-Membros, face à transferência de bens provenientes de atividades económicas desenvolvidas num Estado-Membro para outro. Enquanto a Comissão analisa a forma como a soberania tributária de cada Estado-Membro nesta matéria, pode compatibilizar-se com os princípios e as regras estipuladas pela jurisprudência do TJUE, destacando neste ponto o período em que deve o tributo (imposto de saída) ser cobrado – diferimento do imposto. Por conseguinte, incentiva igualmente os Estados-Membros, a fazer melhor uso dos meios à sua disposição para melhorar o intercâmbio de informações e assistência na cobrança entre as administrações fiscais em causa. Da mesma forma que mostra

⁵²⁷ Vide Resolução do Conselho Europeu de 02.12.2008 sobre coordenação em matéria tributária, 2008/C-323/01, in JOUE, C-323/01 de 18.12.2008.

⁵²⁸ Diretiva 2011/16/UE, de 15.02.2011, relativa à cooperação administrativa no domínio da fiscalidade e que revoga a Diretiva 77/799/CE, de 19.12.1977, relativa à assistência mútua das autoridades competentes dos Estados Membros no domínio dos impostos diretos e a Diretiva 2010/24/UE, de 16.05.2010, relativa à assistência mútua em matéria de cobrança de créditos respeitantes a impostos, direitos e outras medidas.

estar preparada para ajudar os Estados-Membros a examinar a possibilidade de troca automática de informações nesta área⁵²⁹.

Contudo, ambas têm um único fim: a coordenação/cooperação das políticas fiscais dos Estados-Membros, no âmbito da transferência transfronteiriça da direção efetiva.

6.4 Jurisprudência do TJUE⁵³⁰

A competência exclusiva dos Estados-Membros em matéria dos impostos diretos deve respeitar as disposições e liberdades fundamentais inerentes ao direito da UE⁵³¹. Ora, isto cria uma certa tensão ao nível da tributação direta, porquanto os sistemas tributários nacionais apenas têm em consideração a relação jurídico-tributária interna, olvidando a exigência europeia, quanto ao tratamento tributário idêntico entre situações internas e transnacionais. É por esta razão que o TJUE tem vindo a analisar a compatibilidade das normas tributárias internas com o direito europeu.

Como resultado da ausência de um conjunto normativo estático e estável no âmbito desta temática, recorreu-se à integração negativa a fim de assegurar a aplicação do direito da UE, mais precisamente a liberdade de estabelecimento⁵³². Nestes termos, nem o Estado de saída, nem o Estado de acolhimento podem criar obstáculos - através das suas políticas fiscais - que restrinjam a livre circulação de pessoas, neste caso de pessoas coletivas.

Por sua via, têm os Estados avançado com uma série de argumentos face aos processos que contra eles têm sido instaurados, apontando como justificações da tributação à saída, o princípio da territorialidade aliado a uma componente temporal, a coerência fiscal, o combate à

⁵²⁹ COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, «Exit taxation...», *cit.*, p. 6.

⁵³⁰ Neste ponto apenas serão analisadas decisões europeias respeitantes aos impostos de saída em matéria das pessoas coletivas, por ser sobre estas que versa o objeto de estudo em causa. No entanto, far-se-á uma breve referência a certos acordãos que versam sobre os impostos de saída aplicados a pessoas singulares, por se entender que existem regras neles impostas relevantes para uma melhor compreensão dos mesmos no âmbito das pessoas coletivas (sociedades).

⁵³¹ “*No âmbito das liberdades fundamentais protegidas pelos Tratados encontra-se a faculdade de circular livremente entre Estados-Membros e de estabelecer-se em qualquer deles, do que resulta que um não nacional não pode ser tratado de modo menos favorável que um nacional.*”, *cf.* JOÃO FÉLIX PINTO NOGUEIRA, *Direito Fiscal...*, *cit.*, p. 203.

⁵³² OTMAR THÖMMES/ALEXANDER LINN, «Deferment of Exit Taxes after National Grid Indus: Is the Requirement to Provide a Bank Guarantee and the Charge of Interest Proportionate? », *in Intertax*, vol. 40, nºs 8/9, 2012, p. 487.

evasão fiscal, a luta contra a concorrência fiscal internacional e a preservação da receita tributária⁵³³.

O primeiro acórdão a debruçar-se sobre os impostos de saída em matéria societária foi o *National Grid Indus*⁵³⁴. Neste discutia-se se a tributação das mais-valias, latentes no momento da transferência não restringiria o direito à liberdade de estabelecimento previsto nos artigos 49º e ss. TFUE. Tratava-se de uma situação em que uma sociedade holandesa decidiu transferir a sua sede de administração efetiva para o Reino Unido. A questão residia no facto de que, no Estado Holandês vigorava a teoria da incorporação, o que pressuponha que mesmo que esta sociedade transferisse a sede de administração efetiva para o Reino Unido, considerar-se-ia residente no Estado de saída, isto é, a personalidade jurídica da mesma mantinha-se. Ora, esta situação colidiria com as liberdades fundamentais, por comparação com as sociedades que transferem os seus ativos dentro do mesmo território, uma vez que em situações transfronteiriças, o Estado neerlandês exigia um imposto de saída, cobrado no momento imediatamente anterior a essa transferência, o que já não sucedia em situações puramente internas⁵³⁵. O TJUE entendeu que esta situação não justificava o combate à evasão fiscal, muito menos garantia a coesão fiscal, tal como decidido em *Lasteyrie du Saillant*⁵³⁶. “*De igual modo entendia a AG Kokott, ao afirmar que se a Holanda perdia a legitimidade de tributar as mais-valias não realizadas da National Grid Indus, então a justificação da “coerência” não poderia ser aceite.*”⁵³⁷.

No entanto, o TJUE considerou que esse imposto de saída, ainda que seja uma restrição à liberdade de estabelecimento⁵³⁸, poderia ser justificado por razões de interesse geral, como a

⁵³³ JOÃO SÉRGIO RIBEIRO, «Implicações Fiscais...», *cit.*, p. 100.

⁵³⁴ O qual veio a estabelecer uma série de princípios distintos relativamente às decisões sobre os impostos de saída em matéria de pessoas singulares, designadamente no caso *Lasteyrie du Saillant e N*, além de que foi de encontro com o que foi decidido em *Cartesio*, pese embora neste último apenas se tenha discutido a compatibilidade da transferência da direção efetiva no âmbito do direito das sociedades comerciais, e já não, a sua influência no contexto dos impostos de saída.

⁵³⁵ Exigiu-se esse imposto por força da convenção bilateral estabelecida entre a Holanda e o Reino Unido, a qual determinava que a residência fiscal da sociedade, aquando a sua transferência, correspondia ao local onde a sede efetiva da administração se situava, o que significa que a transferência da sede da administração, implicaria a transferência da residência fiscal e, desta forma, o Estado holandês perderia o direito de tributar os lucros dessa sociedade, bem como as mais-valias auferidas pela mesma, no período anterior a essa transferência.

⁵³⁶ *Ac. National...*, *cit.*, § 67.

⁵³⁷ JORGE MANUEL OSÓRIO ALVES, *Impostos...*, *cit.*, p. 15. A coerência fiscal não tem sido considerada como verdadeira justificação para os Estados-Membros imporem impostos de saída, porque estes quando os impõem não têm em consideração o elemento de residência, mas sim o rendimento em si e, neste sentido, não atendem ao mesmo cálculo de imposto nas várias situações de transferência que ocorrem.

⁵³⁸ *Ac. National...*, *cit.*, § 41. Com o mesmo entendimento, veja-se REINOUT KOK, «Exit Taxes for Companies in the European Union After National Grid Indus», in *EC Tax Review*, vol. 21, n° 4, 2012, p. 206, afirmando ao mesmo tempo que o pagamento imediato de imposto é desproporcional.

alocação equilibrada de poderes tributários entre os Estados-Membros⁵³⁹, e assim sendo, o mesmo defendeu a opção de que a sociedade poderia escolher entre o pagamento imediato do imposto ou então, o seu diferimento até ao momento da realização⁵⁴⁰. Assim, considerou-se que a sociedade que pretenda deslocar-se para um país distinto tem duas opções: a possibilidade de pagamento de imposto imediato na sua totalidade, sem quaisquer custos adicionais; ou o pagamento diferido do imposto, mediante o acréscimo de juros moratórios e custos administrativos com a avaliação das mais-valias realizadas durante o período da transferência. Quanto a este ponto, podemos afirmar que o TJUE não levou em consideração as observações da AG *KOKOTT*⁵⁴¹, designadamente a distinção apresentada pela mesma, de bens de fácil ou de difícil controlo fiscal. De acordo com a visão de *KOKOTT*, quando os bens transferidos são de fiscalização simples e imediata, deve existir diferimento de imposto, conquanto não será demasiado oneroso para as autoridades fiscais aferir desse controlo e rastreamento. Por sua via, no caso dos bens de difícil avaliação e controlo fiscais, já se deve dar a oportunidade de escolha entre o pagamento do imposto imediato ou diferido⁵⁴². Concordamos com a posição defendida por *KOKOTT*, ainda que se entenda que a mesma não tenha definido devidamente o que se entende por bens de fácil ou difícil fiscalização⁵⁴³. Na realidade, o TJUE limita-se a conceder a liberdade de escolha entre o pagamento imediato e diferido do imposto de saída, tendo a sociedade de decidir se está disposta a suportar os custos administrativos adicionais respeitantes ao rastreamento dos ativos transferidos, ou pagar o imposto imediatamente⁵⁴⁴.

Ao mesmo tempo, deixa uma “porta aberta” à permissividade dos Estados para cobrarem juros, no caso do pagamento desse imposto ser adiado⁵⁴⁵. O consentimento da cobrança de juros em matéria de impostos de saída sobre pessoas coletivas é extremamente interessante, visto que tal não foi autorizado nos Ac. *Lasteyrie* e *N*⁵⁴⁶. A justificação da cobrança de juros pelos Estados-Membros assenta na compensação do seu *cash flow*, ou seja, os juros funcionam como uma forma de recuperação do montante de imposto devido. Pese embora se

⁵³⁹ Cfr. Ac. *N...*, cit., §§ 41 a 47; Ac. *Marks and...*, cit., § 45; Ac. *Oy AA*, processo n.º 0231/05, de 18.07.2007, § 54.

⁵⁴⁰ Ac. *National...*, cit., § 73.

⁵⁴¹ Conclusões da Advogada Geral *Juliane Kokott* a este mesmo Ac. *National...*, cit., §§ 66 a 69.

⁵⁴² OTMAR THÖMMES/ALEXANDER LINN, «Deferment...», cit., p. 488.

⁵⁴³ Esta indeterminação coloca sérios problemas de interpretação, o que pode causar alguma discricionariedade quanto à sua aplicação, pois cada Estado aplica o critério que ache mais conveniente à sua situação.

⁵⁴⁴ Ac. *National...*, cit., § 73.

⁵⁴⁵ *Ibidem*.

⁵⁴⁶ OTMAR THÖMMES/ALEXANDER LINN, «Deferment...», cit., p. 489.

entenda a necessidade dos Estados-Membros em assegurar o pagamento desse imposto, a verdade é que o TJUE permitiu essa cobrança com base no direito nacional aplicável. Ora, não nos parece que esta medida vá de encontro ao princípio da proporcionalidade⁵⁴⁷, uma vez que, no direito interno, os juros resultantes do pagamento diferido são apenas exigidos para sancionar aqueles que optem pelo pagamento diferido, em prol daqueles que pagam o imposto no momento imediatamente anterior à saída. Além disso, o TJUE não explicita em que momento podem os juros ser cobrados, se no momento da saída, se no momento da realização efetiva desses ativos. De facto, se se entende que o imposto de saída imediato sobre as mais-valias não realizadas restringe a liberdade de estabelecimento, porque razão deve aceitar-se a cobrança de juros no caso de diferimento desse imposto? Claro está que não somos indiferentes ao facto de que os Estados-Membros têm de acautelar o risco de não cobrança do crédito tributário resultante dessa transferência, e por isso, se compreende essa exigência nacional. No entanto, também temos de ter em consideração os princípios do direito da UE, como a proporcionalidade e a coerência fiscal.

Face ao exposto, entendemos que a cobrança dos juros resultantes do diferimento do imposto de saída pode ser justificável se esta cobrança não exceder o valor necessário para a repartição equilibrada dos poderes tributários dos Estados-Membros⁵⁴⁸. Por outro lado, entendemos também que a cobrança dos juros seria aceitável se o contribuinte não pagasse o imposto no devido tempo ou quando a avaliação dos ativos sobre os quais recai esse imposto se alterasse com o decorrer do tempo. Para *KOKOTT*, os juros seriam admissíveis, em situações transfronteiriças, se fossem também calculados numa situação interna de diferimento de tributação⁵⁴⁹.

Mais, neste acórdão o TJUE entendeu que em caso de diferimento do pagamento do imposto, “*o risco de não pagamento da dívida pode ser resolvido através da exigência da prestação de uma garantia bancária.*”⁵⁵⁰. Esta medida foi, de facto, uma surpresa, porquanto em casos como o *Lateyrie du Saillant*⁵⁵¹ e *N*⁵⁵², o TJUE discordou desta medida de segurança como

⁵⁴⁷ Sob uma perspetiva económica, a cobrança de juros resultante do diferimento de imposto à saída é desproporcional, uma vez que desta forma não se está a oferecer ao contribuinte a escolha efetiva entre o pagamento imediato de imposto ou o seu diferimento, *cfr. idem*, p. 491.

⁵⁴⁸ *Idem*, p. 490.

⁵⁴⁹ DIANA ISABEL FERNANDES DA SILVA, *Impostos...*, *cit.*, p. 129.

⁵⁵⁰ Conclusões da Advogada...*op. cit.*, § 74 e JORGE MANUEL OSÓRIO ALVES, *Impostos...*, *cit.*, p. 15. Isto sem prejuízo de não descurar o recurso às Diretivas de Assistência Mútua e Cobrança, como formas de combater o receio de não cobrança do crédito tributário, *cfr. consta do § 78 do referido acórdão.*

⁵⁵¹ *Ac. Lateyrie...*, *cit.*, § 47.

⁵⁵² *Ac. N...*, *cit.*, §§ 51 a 53.

forma de ultrapassar o risco de não cobrança do crédito tributário. Em todo o caso, o TJUE também não determina em que circunstâncias pode ser utilizada esta garantia⁵⁵³. No caso *N*⁵⁵⁴, aquele salientou que uma garantia era uma medida que ultrapassava o estritamente necessário para assegurar o bom funcionamento do sistema tributário, baseado no princípio da territorialidade, enquanto em *National Grid Indus*⁵⁵⁵ considerou que a prestação de garantia funcionava como exceção a esse princípio. Na opinião de alguns autores, tanto a possibilidade de cobrança de juros de acordo com a lei nacional aplicável, como a prestação de uma garantia bancária, dão a possibilidade aos Estados-Membros de sustentar medidas tributárias restritivas, no âmbito da transferência das sociedades comerciais⁵⁵⁶.

Outra questão que foi resolvida de modo distinto da jurisprudência anterior⁵⁵⁷ foi o facto de que, em *National Grid Indus* se admitiu que o Estado de acolhimento deve ter em consideração as menos-valias no cálculo do tributo do rendimento, até ao momento da sua realização. Esta destrição, face ao que foi decidido no caso *N* foi justificada pela “...*simetria entre o direito de tributar os lucros e a faculdade de deduzir os prejuízos...*”⁵⁵⁸. Na verdade, o objetivo de toda e qualquer sociedade é a obtenção do lucro, através da atividade que desenvolve. Se essa atividade se desloca para um país diferente, irão surgir “...*flutuações do valor dos activos da sociedade em causa ocorridas desde o momento em que o Estado-Membro de origem perdeu todo e qualquer vínculo de conexão tributária com a referida sociedade.*”⁵⁵⁹. Pelo que, parece-nos aceitável a dedução das menos-valias pelo Estado de destino, no caso dos impostos de saída sobre as pessoas coletivas. Essa diferenciação é perfeitamente lógica, pois a transferência de residência de todo e qualquer cidadão para um Estado-Membro distinto não opera por fins lucrativos, ao contrário do que acontece nas sociedades, onde existe uma atividade comercial.

Mediante o exposto, facilmente se constata que o TJUE consagrou um regime de impostos de saída mais ténue para as pessoas coletivas relativamente ao que recai sobre as

⁵⁵³ Além de que não explica devidamente a razão pela qual admite essa garantia em *National Grid Indus*, e não admite em *N*, cfr. REINOUT KOK, «Exit Taxes...», *cit.*, p. 206.

⁵⁵⁴ Ac. *N...*, *cit.*, §§ 36 e 51.

⁵⁵⁵ Ac. *Lasteyrie...*, *cit.*, § 74.

⁵⁵⁶ OTMAR THÖMMES/ALEXANDER LINN, «Deferment...», *cit.*, p. 493. Contudo, admitem que a exigência de uma garantia pode ser justificável em determinados casos, desde que obedeça aos requisitos de proporcionalidade, como por exemplo, quando se verifique um plausível risco de não recuperação do crédito.

⁵⁵⁷ Ac. *N...*, *cit.*, § 54.

⁵⁵⁸ Ac. *National...*, *cit.*, § 58.

⁵⁵⁹ *Ibidem*.

peessoas singulares nos *Ac. Lasteyrie* e *N*. Uma diferença considerável denota-se na admissibilidade dos juros resultantes do pagamento diferido do imposto aplicável às pessoas coletivas, na medida que no caso das pessoas singulares tal não é aceitável, sendo de aplicar outras medidas menos restritivas, como o recurso à Diretiva da Assistência Mútua e Cobrança. É precisamente sobre esta questão e a questão da prestação de garantias, por forma a acautelar o risco de não recuperação do crédito, que nos levam a concluir que tem sido dada uma proteção maior às pessoas singulares face às sociedades.

Por conseguinte, é necessário refletir se é possível ou não, criar-se um sistema verdadeiramente proporcional para a tributação à saída, ou seja, um sistema que funcione na prática sem criar uma “selva administrativa”⁵⁶⁰ tanto para as autoridades fiscais, como para os contribuintes e sem dissuadir o princípio da territorialidade sobre o qual os Estados soberanos são, em bom rigor, construídos. Em termos práticos, a integração dos sistemas tributários nacionais no contexto europeu, não tem sido tarefa fácil. Ainda que se tenham desenvolvido trabalhos pela Comissão, assim como pela jurisprudência europeia, a verdade é que os mesmos são, ainda hoje, insuficientes. Tanto pela integração positiva, como pela integração negativa, as soluções apresentadas para combater a falta de harmonização entre o direito europeu e as normas fiscais nacionais, conferem determinadas vantagens em determinados setores, mas criam obstáculos noutros.

Não obstante o exposto, após estas decisões jurisprudenciais e o Comunicado da Comissão (2006) 825 final, a Comissão Europeia instaurou processos de infração contra diversos países, como Portugal⁵⁶¹, Espanha⁵⁶², Holanda⁵⁶³ e Dinamarca⁵⁶⁴.

Destarte é de salientar a ação de incumprimento por violação do direito da UE apresentada pela Comissão contra Portugal, relativamente às disposições vertidas nos artigos 76º-A, 76º-B e 76º-C CIRC (atuais artigos 83º e 84º do CIRC⁵⁶⁵), porquanto se entendia que as mesmas violavam a liberdade de estabelecimento prevista no TFUE. Segundo a Comissão, a exigência de um imposto imediato sobre as mais-valias potenciais aquando a transferência da direção efetiva ou do estabelecimento estável para outro Estado distinto, violava a liberdade de estabelecimento, no sentido de que esta norma conferia um tratamento mais favorável aos

⁵⁶⁰ REKA VILAGI, «Exit Taxes...», *cit.*, p. 354.

⁵⁶¹ *Ac. Comissão Europeia contra República Portuguesa*, processo n° C-38/10, de 06.09.2012.

⁵⁶² *Ac. Comissão Europeia contra Espanha*, processo n° C-64/11, de 25.04.2013.

⁵⁶³ *Ac. Comissão Europeia contra Holanda*, processo n° C-301/11, de 31.01.2013.

⁵⁶⁴ *Ac. Comissão Europeia contra Dinamarca*, processo n° C-261/11, de 18.07.2013.

⁵⁶⁵ Note-se que o artigo 85º do referido diploma já foi revogado pela Lei n.º 2/2014, de 16 de janeiro.

residentes que se deslocassem dentro do mesmo território, face aos residentes que transferissem a sua residência para um país distinto. Além disso, criticou veemente o facto de o imposto de saída português não consagrar qualquer possibilidade de diferimento.

Com efeito, o Estado português argumentava que o regime dos impostos de saída vigente no CIRC, justificava-se por razões de prevenção da evasão fiscal e, por outro lado, pela justa repartição dos poderes tributários entre os Estados-Membros.

Neste sentido, o TJUE veio entender que a tributação das mais-valias no momento imediato da transferência da residência, violava a liberdade de estabelecimento e que, o fundamento da aplicabilidade deste tipo de regime por parte do Estado português não justificava o combate à evasão e fraude fiscal, uma vez que a simples transferência não poderia constituir uma presunção de fraude fiscal.⁵⁶⁶ Assim, segundo o TJUE, o regime fiscal português era incompatível com as liberdades fundamentais inerentes ao direito da UE, uma vez que também em Portugal se exigia o pagamento imediato do imposto. Porém, entendemos que, atualmente, já existe uma “porta aberta” face a esta situação, nomeadamente o preceito legal do art.º 83, n.º2, alínea b) do CIRC.

Quanto à questão das menos-valias, pode dizer-se que o TJUE adotou a mesma posição que em *National Grid Indus*, o que permite afirmar que este pretende desenvolver uma política tendencialmente uniforme, no que concerne aos impostos de saída sobre as pessoas coletivas, porquanto corrobora os princípios gerais aplicáveis naquele, sem prejuízo da questão da garantia bancária, a qual não foi apreciada face às circunstâncias do caso em concreto.

Na opinião de BRUNO SANTIAGO e ANTÓNIO QUEIRÓS MARTINS⁵⁶⁷, o caminho que está sendo seguido pelo legislador português a fim de tornar a lei compatível com o direito da UE, pode continuar a criar situações de injustiça. Por exemplo, quanto tempo é razoável para uma empresa continuar a apresentação do formulário anual de declaração do estado atual de seus ativos? Além disso, a empresa de saída, defrontando-se com a opção entre o pagamento imediato, o diferimento ou o pagamento em parcelas anuais⁵⁶⁸, certamente vai optar pelo pagamento imediato porque não terá de pagar juros e fornecer algum tipo de garantia, como no caso do pagamento diferido. Isto significa que, na prática, a nova redação dada ao artigo 83º do

⁵⁶⁶ JORGE MANUEL OSÓRIO ALVES, *Impostos...*, cit., p. 17.

⁵⁶⁷ ANTÓNIO QUEIRÓS MARTINS/BRUNO SANTIAGO, «Recent ECJ Judgment Regarding Portuguese Exit Tax Provisions», in *International Transfer Pricing Journal*, IBFD, vol. 20, n.º1, 2013, p. 33.

⁵⁶⁸ Estas três possibilidades de pagamento do imposto encontram-se reguladas no n.º 2 do artigo 83º do CIRC e foram introduzidas face ao que foi decidido pelo TJUE, no caso Comissão contra Portugal, já supramencionado.

CIRC será equivalente ao regime existente que foi proferido incompatível com o direito europeu pelo Tribunal de Justiça.

É interessante denotar que, no seguimento da liberdade conferida ao contribuinte quanto à opção entre uma cobrança imediata ou diferida do imposto de saída, veio o TJUE, em matéria da liberdade de circulação de capitais, alargar esse raciocínio, quando admitiu que esse diferimento possa ser pago em prestações, como se pode verificar no caso *DMC*⁵⁶⁹ e *Verder*⁵⁷⁰.

Assim, feita uma análise sobre a harmonia entre os impostos de saída com o direito da UE, contata-se que os mesmos constituem uma restrição aos princípios inerentes ao TFUE. Ainda que a Comissão e o TJUE tenham desenvolvido uma série de trabalhos a fim de combater esta falta de harmonização, a mesma continua a existir, mantendo-se a ideia de que os impostos de saída não obedecem aos requisitos de proporcionalidade e coerência fiscal.

Será a sua total destruição, uma possível via para resolver esta situação? Obviamente que não, uma vez que se os impostos de saída fossem liminarmente proibidos, incentivar-se-ia a perda de personalidade jurídica das sociedades por parte dos Estados-Membros, no momento da transferência⁵⁷¹. Como consequência, estar-se-ia a dar guarida à teoria da sede real em prol da teoria da constituição, além de que os Estados iriam cobrar impostos sobre essa deslocalização da mesma forma, através de impostos sobre a liquidação e dissolução da sociedade. É por via deste raciocínio que se entende que os princípios inerentes ao *National Grid Indus* se deveriam aplicar aos países que adotem a teoria da sede real, pois só dessa forma se evitariam os contornos às exigências europeias em razão da liberdade de estabelecimento.

7. Da (in) compatibilidade dos impostos de saída com o Direito Internacional⁵⁷²

7.1 Nota prévia

É uma realidade que o direito internacional coloca escassos limites sobre a soberania fiscal dos Estados. Como resultado desta débil intromissão, há evidentemente consequências

⁵⁶⁹ Processo n° C-164/12, de 23.01.2014, § 64.

⁵⁷⁰ Processo C-657/13, de 21.05.2015, § 52.

⁵⁷¹ JOÃO SÉRGIO RIBEIRO, «Implicações Fiscais...», *cit.*, p. 103.

⁵⁷² Tal como no ponto 6, apenas se fará referência às limitações impostas aos impostos de saída imediatos/puros.

que prejudicam veemente a estabilidade económica internacional, circunstância que pode mesmo acartar prejuízos ao nível dos sistemas tributários nacionais.

Com já referido anteriormente, um dos efeitos dos impostos de saída sobre o direito internacional é precisamente a dupla tributação, uma vez que o Estado de saída poderá exigir a cobrança de mais-valias realizadas até ao termo da residência e, conseqüentemente, o Estado de acolhimento poderá pretender tributar as mais-valias realizadas, desde o momento da transferência até à efetiva alienação. A ocorrência da tributação dupla sobre a mesma entidade societária acarreta nefastas conseqüências ao nível do comércio internacional e da própria economia, tendo também repercussões na atual ideologia de um mercado sem fronteiras.

Com o ensejo de evitar esses efeitos, os Estados recorrem a medidas unilaterais, que não são mais do que alterações à legislação interna⁵⁷³ ou a medidas bilaterais, que consistem na celebração de convenções internacionais entre os Estados envolventes a fim de combater o fenómeno da dupla tributação. Além disso, as mesmas exercem um papel fundamental na alocação equilibrada entre os poderes tributários dos Estados⁵⁷⁴.

Não obstante, estas convenções internacionais seguem, normalmente, a Convenção-Modelo desenvolvida pela OCDE⁵⁷⁵, já salientada por diversas vezes no presente estudo. Aliás, os limites impostos pelo direito internacional sobre a aplicabilidade dos impostos de saída inserem-se precisamente sobre os trabalhos desenvolvidos pela OCDE a fim de eliminar a dupla tributação internacional⁵⁷⁶.

Ainda que os Estados possam estabelecer as suas próprias convenções internacionais, aprofundaremos a CMOCDE, pela sua relevância no plano internacional como forma de evitar a dupla tributação.

⁵⁷³ Exemplos: critério da isenção e critério do crédito do tributo liquidado.

⁵⁷⁴ DIANA ISABEL FERNANDES DA SILVA, *Impostos...*, cit., p. 145.

⁵⁷⁵ Note-se que o objeto primordial desta Convenção é determinar qual o Estado competente para tributar o rendimento, podendo aplicar-se tanto às pessoas singulares, como às pessoas coletivas.

⁵⁷⁶ A ONU é outra das organizações que também tem dado atenção a este problema resultante da tributação à saída, como se pode verificar através da Convenção Modelo da ONU sobre Dupla Tributação entre Países Desenvolvidos e em Desenvolvimento, publicada no dia 15.03.2012, onde segue as tendências da CMOCDE, mas apresenta outros objetivos de política fiscal internacional, salientando uma preocupação acrescida com a tributação na fonte.

7.2 O papel da OCDE no combate à dupla tributação internacional

Antes de se tecer qualquer consideração sobre as disposições legais da Convenção que poderão aplicar-se em matéria de impostos de saída, é necessário atender à incidência objetiva e subjetiva que a comporta, para uma melhor compreensão da relação existente entre aqueles e esta. O artigo 1º da Convenção estabelece a incidência subjetiva, ou seja, quais as entidades que poderão estar abrangidas por este instrumento legal, indicando para tal, aquelas que são efetivamente residentes num determinado Estado contratante⁵⁷⁷. A incidência objetiva encontra-se regulada no artigo 2º da Convenção, onde se indica quais os impostos que estão abrangidos pela mesma. De acordo com este preceito legal, os impostos sobre os quais incide a Convenção, dizem respeito aos impostos sobre o rendimento e património, nomeadamente os rendimentos totais ou parciais, os ganhos derivados da alienação de bens mobiliários ou imobiliários, o montante global dos salários pagos pelas empresas, assim como as mais-valias.

Uma vez que o presente estudo apenas reflete a incompatibilidade dos impostos de saída imediatos/puros com o direito internacional, cumpre dizer, face ao exposto, que este tipo de impostos se coaduna com a incidência objetiva e subjetiva da Convenção. Em boa verdade, a sociedade que pretende transferir-se de um país para outro, considera-se que foi residente em ambos os Estados, isto porque, no momento anterior à saída, era residente no Estado de origem e, no momento da transferência da sua residência, passa a ser residente no Estado de acolhimento. Assim, o pressuposto do artigo 1º da Convenção está preenchido, pese embora a sociedade seja residente em ambos os Estados em momentos distintos.

Por outro lado, sendo que o presente estudo versa unicamente sobre os impostos de saída imediatos, teremos apenas em vista a dupla tributação sob a perspetiva do rendimento latente, isto é do rendimento não realizado. Nestes termos, a dupla tributação ocorre pelo facto de o imposto incidir sobre o mesmo período temporal, e já não, pelo facto do imposto se exigir ao mesmo tempo⁵⁷⁸. Como já salientado, no caso de uma sociedade decidir transferir a sua sede para um país distinto, é certo e seguro afirmar que existirá um período (momento da transferência) de realização de ganhos indeterminados dessa sociedade. Essa indeterminação

⁵⁷⁷ Sendo a expressão “residente” desenvolvida pelo artigo 4º, nº1 do referido diploma, o qual por sua vez faz remissão para “qualquer pessoa”, sendo que o termo “pessoas” designa qualquer pessoa singular, coletiva, entidade ou agrupamento de pessoas (v. artigo 3º, nº1, alínea a) da Convenção).

⁵⁷⁸ KATIA CEJJE, «Emigration...», *cit.*, p. 385. Aliás, a Autora prossegue ainda, afirmando que a dupla tributação corresponde a um “desajuste temporário” de tributação.

associada à perda de receita tributária resultante da transferência, faz com que o Estado de emigração exija um imposto de saída imediato sobre as mais-valias geradas durante o período de residência dessa sociedade até ao momento da sua transferência, sendo o rendimento a tributar obtido através de uma ficção. Ao invés, o Estado de imigração exige a cobrança de imposto no momento da alienação das mais-valias realizadas nesse território. Assim sendo, parece-nos que os impostos de saída recaem sobre a valorização de um dado bem, mais precisamente sobre as mais-valias geradas pela sociedade durante o período de transferência num dado território, o que significa que a incidência objetiva estabelecida no artigo 2º da Convenção também se encontra preenchida.

Todavia, como já foi dito e redito, a tributação dessas mais-valias é realizada através de uma ficção, pelo que torna-se necessário verificar se os impostos fictícios se inserem no âmbito de aplicação da CMOCDE.

A aplicabilidade da CMOCDE quanto aos impostos de saída é um tema controverso na doutrina, conquanto existem autores que defendem que esta convenção internacional deve ser aplicável⁵⁷⁹, mas existem outros que entendem que não deve ser aplicável, pois defendem que esta apenas se refere a rendimentos realizados e que a tributação à saída é da competência exclusiva dos Estados⁵⁸⁰. Esta disparidade ocorre face à ausência, por parte da Convenção, de uma norma especial que regule a competência da tributação à saída.

Nesta senda, aqueles que consideram que a CMOCDE tem aplicabilidade em matéria de impostos de saída, entendem que as normas vulgarmente utilizadas para regular esta matéria são os artigos 13º e 21º da Convenção⁵⁸¹. Neste sentido, analisar-se-á o conteúdo de cada um deles, com vista a compreender se, de facto, têm alguma aplicabilidade no seio dos impostos de saída.

⁵⁷⁹ Cfr. *idem*, p. 386; ANTÓNIO PEDRO BRAGA, *The Corporate...*, *cit.*, p. 10.

⁵⁸⁰ Vide J. W. J. KORT, «Levy upon emigration of a substantial participation holder: an infringement of article 13 of the OECD Model Convention?», *in Intertax*, vol. 31, nº3, pp. 105 e 106 *apud* DIANA ISABEL FERNANDES DA SILVA, *Impostos...*, *cit.*, p. 149.

⁵⁸¹ Com este entendimento, veja-SE AURORA RIBES RIBES, «Taxation of Capital Gains in Spanish Tax Treaties: The Belgium-Spain Double Taxation Convention on Income and Capital», *in Intertax*, vol. 32, nº 10, 2004, pp. 486 a 488 e KATIA CEJIE, «Emigration...», *cit.*, p. 386; PETER J. WATTEL/OTTO MARRS, «Characterizations of Fictitious Income under OECD-Patterned Tax Treaties», *in European Taxation*, vol. 43, nº 3, 2003, p. 66 e 67.

7.2.1 Artigos 13º e 21º da CMOCD

O artigo 13º da Convenção tem sido o dispositivo legal utilizado pelos defensores da aplicabilidade da CMOCD aos impostos de saída. Ainda que esta norma não regule especificamente este género de impostos, entende-se que a mesma é a que mais se concilia com estes, pois estabelece as regras gerais de tributação das mais-valias⁵⁸².

De entre as disposições normativas inerentes a esta norma, apenas se fará referência ao nº 5, pois é aquela que, eventualmente, poderá ter como facto tributário a alteração da residência, única circunstância geradora dos impostos de saída⁵⁸³.

O nº 5 do artigo 23º da Convenção vem expor o seguinte: *“Os ganhos provenientes da alienação de quaisquer outros bens diferentes dos mencionados nos n.ºs 1, 2 e 3 só podem ser tributados no Estado contratante de que o alienante é residente.”*

Logo à primeira vista se levanta uma questão, que é a de saber qual o Estado em que o “alienante” é residente. Será no Estado de origem ou no Estado de acolhimento? No entendimento de KATIA CEJIE⁵⁸⁴, existem autores que defendem que o Estado de residência corresponde ao Estado de origem, uma vez que se o rendimento sobre o qual recai o imposto é ficcionado, é porque se atende ao momento em que o rendimento ainda não foi realizado e, como tal, considera-se o momento anterior à transferência.

Por outro lado, se olharmos para os comentários⁵⁸⁵ apresentados à CMOCD, verifica-se que, em momento algum, se coloca a hipótese da transferência da residência, facto que nos leva a concluir que a OCDE estabeleceu esta Convenção apenas para os casos em que a tributação não tem como facto tributário a alteração da residência.

É de facto uma norma de difícil interpretação, podendo gerar opiniões distintas. Contudo, sob um ponto de vista geral, a CMOCD aponta, claramente, para a tributação de rendimentos realizados, - ou pelo menos utiliza expressões que conduzem a tal⁵⁸⁶ - e, por isso, entendemos que o Estado de residência a que se alude no nº 5 do artigo 13º da Convenção é o

⁵⁸² Sendo que, normalmente, os impostos de saída imediatos recaem sobre mais-valias geradas durante a transferência de residência.

⁵⁸³ Os nºs 1, 2, 3 e 4 do referido artigo não se aplicam, porquanto dizem respeito à alienação de bens imóveis, à alienação de bens mobiliários pertencentes a um estabelecimento estável situado noutro país distinto, à alienação de naves ou aeronaves e aos ganhos resultantes da alienação de ações provenientes de bens imobiliários situados noutro país distinto do Estado de origem, respetivamente.

⁵⁸⁴ KATIA CEJIE, «Emigration...», *cit.*, p. 386.

⁵⁸⁵ BRUNO MACORIN, CARRAMASCHI, «Exit Taxes on the OECD Model Convention: Compatibility and Double Taxation Issues», *in Tax Notes International*, vol. 49, nº3, 2008, p. 284 *apud* DIANA ISABEL FERNANDES DA SILVA, *Impostos...*, *cit.*, p.155.

⁵⁸⁶ Como por exemplo “alienação”, “ganhos”, “pagas”, conforme constam dos artigos 13º e 12º, respetivamente.

Estado correspondente ao momento da disposição do rendimento, ou seja, o Estado de acolhimento.

Além disso, esta disposição legal ao determinar que apenas um Estado pode tributar a alienação desses bens está a proibir que o outro Estado não tribute aquele rendimento. Ora, isto significa que se considerarmos a aplicação desta norma no seio dos impostos de saída, estes não são permitidos, pois a sua eficácia depende da tributação de ambos os Estados (origem e acolhimento). Nestes termos, se o Estado de origem exigisse a tributação das mais-valias geradas no momento anterior à transferência, estaria a violar impiedosamente a lei internacional⁵⁸⁷. Esta seria efetivamente uma forma de contornar as disposições estabelecidas na Convenção Internacional, o que corresponderia a uma violação do princípio da boa-fé, inerente ao Direito dos Contratos.

Mas mais, essa imposição da competência exclusiva do Estado de residência quanto à tributação, destruiria o verdadeiro sentido dos impostos de saída, visto que a sua função é evitar a perda de receita tributária pelo Estado de origem. Por outro lado, com o recurso à CMOCDE não se pretende a eliminação dos impostos de saída, mas sim encontrar uma solução para a eliminação da dupla tributação resultante da sua aplicação.

Por fim, é de salientar que esta norma, além de se debruçar sobre incrementos patrimoniais e aumentos da capacidade económica do contribuinte, faz referência à alienação de ganhos, o que pressupõe, uma vez mais, que trata das mais-valias realizadas. Ora, esta circunstância, vem rebater, por completo, a aplicabilidade desta norma aos impostos de saída imediatos, porquanto estes incidem sobre rendimentos/mais-valias latentes⁵⁸⁸. Além disso, vem demonstrar que esta disposição não atende a uma verdadeira situação de transferência de residência, na medida em que, quando o Estado de origem impõe um imposto de saída, ainda não é espectável qualquer “ganho” ou “alienação”⁵⁸⁹.

Desta forma, entendemos que o artigo 13º, nº 5 da CMOCDE não se aplica em matéria de impostos de saída, um vez que a tributação nele estabelecida diz respeito aos rendimentos realizados pelo Estado de residência, no momento em que são colocados à disposição, não

⁵⁸⁷ Isto se se considerasse que o Estado de acolhimento corresponderia à residência, para efeitos do nº5 do artigo 13º da Convenção, neste sentido v. *idem*, p. 152.

⁵⁸⁸ Com o mesmo entendimento, v. KATIA CEJIE, «Emigration...», *cit.*, p. 386. Porém, a mesma defende que esta norma deve ser aplicada aos impostos de saída que estendem o âmbito de incidência tributária.

⁵⁸⁹ Confirmando a ideia de que o Estado de residência tem de corresponder efetivamente ao Estado de imigração.

tendo qualquer conexão com os impostos sobre a transferência da residência, os quais recaem sobre mais-valias fictícias.

Os factos e argumentos apresentados permitiriam concluir que, a CMOCDE não tem qualquer aplicabilidade no seio dos impostos de saída. No entanto, deve analisar-se o disposto no artigo 21º da Convenção, visto ser defendido pela doutrina como forma de regulação dos impostos em causa.

O artigo 21º é uma norma geral e de carácter residual, vulgarmente utilizado na falta de respostas por parte das normas especiais com vista a tributar determinado rendimento. Neste sentido, dispõe o seu nº1, o seguinte: *“Os elementos do rendimento de um residente de um Estado contratante e donde quer que provenham não tratados nos Artigos anteriores desta Convenção só podem ser tributados nesse Estado.”*

Ora, tal como no artigo 13º, nº5, defrontamo-nos com a imprecisão do termo “residente”, mantendo-se a dúvida quanto ao Estado em que o contribuinte reside. Aliás, neste caso, a incerteza é ainda maior, porquanto no nº 5 do artigo 13º ainda se expõe que a competência para tributar é a do Estado onde o alienante reside, enquanto nesta norma não se faz qualquer alusão a nenhum elemento que nos permita retirar qualquer ilação sobre em qual dos Estados (origem ou acolhimento) se situa a residência. Poderia argumentar-se no sentido de que esta situação seria resolvida pelo disposto no artigo 4º, nº2 da Convenção. No entanto, deve ter-se em atenção que esta norma apenas regula os casos em que existe um conflito de residências, isto é, no caso em que o contribuinte seja residente em ambos os Estados, o que não sucede no seio dos impostos de saída.

Assim, uma vez mais se verifica que a CMOCDE não especifica qual o Estado de residência a observar neste género de situações, o que significa que não tem em consideração os impostos de saída. Razão pela qual se entende que também este artigo não se deve aplicar a este tipo de tributação⁵⁹⁰.

⁵⁹⁰ Em posição contrária, veja-se PETER J. WATTEL/OTTO MARRES, «Characterizations...», *cit.*, p. 69, onde defendem que o artigo 21º da CMOCDE se aplica aos impostos de saída. Nestes termos, justificam a sua visão no sentido de que, ao contrário das disposições vertidas nos artigos 6º a 20º, esta norma não contém expressões que permitam concluir que os rendimentos a tributar são rendimentos reais/realizados, podendo o mesmo aplicar-se como critério residual.

7.2.2 Outros argumentos

Como tivemos oportunidade de demonstrar, a integração analógica de certas disposições normativas da CMOCDE, em virtude da falta de uma norma especial internacional que regule a tributação à saída, não é uma solução que vise harmonizar a legislação tributária dos Estados aquando do fenómeno da transferência transfronteiriça da residência. No entanto, existem outros argumentos que nos permitem verificar que a CMODE não se aplica aos impostos de saída.

Se atentarmos bem no cálculo deste tipo de impostos, facilmente se constata que os mesmos são inconstitucionais. E isto porquê? Porque o rendimento sobre o qual se debruçam é um rendimento fictício⁵⁹¹ e não real. Isto significa que os impostos de saída inserem-se no seio das normas de tributação de rendimentos fictícios e, como tal, geram situações de desigualdade relativamente aos impostos cobrados sobre rendimentos reais/verificados. Um exemplo de uma situação em que são cobrados impostos sobre o rendimento real é precisamente a mobilidade societária interna, porquanto o facto tributário não dá origem a um período de ganhos indeterminados e inqualificáveis, gerados pela sociedade.

Esta antecipação do rendimento funciona como uma exceção ao princípio da capacidade contributiva do contribuinte⁵⁹², e como tal, manifesta a inaplicabilidade do artigo 2º da CMOCDE aos impostos de saída⁵⁹³.

Neste sentido, tendo em consideração as características inerentes aos impostos de saída imediatos, no que concerne à tributação de rendimentos puramente artificiais, os quais têm como consequência a violação de princípios gerais do direito, como o princípio constitucional da igualdade e da capacidade contributiva, pode concluir-se que este tipo de tributo não se insere na incidência objetiva da Convenção. A assim ser, esta não seria convocada para resolver situações de dupla tributação resultantes da exigência de impostos de saída pelos Estados.

Outro argumento vulgarmente defendido pela doutrina, diz respeito ao momento em que os impostos de saída são exigíveis. Como *supra* referido, os impostos de saída imediatos são exigidos pelo Estado de origem, no momento imediatamente anterior à saída, não tendo o

⁵⁹¹ Um rendimento puramente artificial.

⁵⁹² DIANA ISABEL FERNANDES DA SILVA, *Impostos...*, cit., p. 158.

⁵⁹³ Note-se que a não aplicação da incidência objetiva da Convenção aos impostos de saída é justificada no plano constitucional.

Estado de imigração qualquer intervenção neste âmbito. Neste seguimento, vários autores⁵⁹⁴ entendem que este tipo de tributo é da competência exclusiva do Estado de origem, não tendo qualquer ingerência de outros Estados. Facto que exclui a aplicação da Convenção, uma vez que esta circunstância não conduziria a um verdadeiro conflito interestadual, no qual fosse necessário determinar o âmbito espacial do imposto.

Com efeito, não se aplicando a Convenção neste género de tributo, não será a mesma violada, nem competente para a resolução de qualquer litígio que os envolva.

Não sufragamos este entendimento, segundo o qual a Convenção é inaplicável aos impostos de saída por se tratar de um tributo da competência exclusiva do Estado de origem. A razão desta discórdia assenta no facto de que os impostos de saída também se encontram no domínio do Estado de acolhimento. Na verdade, estão em causa dois direitos quando uma sociedade pretende transferir a sua sede para um país distinto. Por um lado, o direito do Estado de origem de tributar os rendimentos latentes até ao momento dessa transferência e, por outro lado, o direito do Estado de acolhimento em tributar os rendimentos quando colocados à disposição nesse território.

Ora, este duplo poder de tributar é que faz com que surja o fenómeno da dupla tributação internacional, pois caso se considerasse que apenas o Estado de origem seria competente para tributar os rendimentos gerados durante essa transferência, não seria necessário apelar para possíveis vias de eliminar a dupla tributação, pois esta seria inexistente.

Mediante o exposto, é evidente que os impostos de saída não estão regulados pela CMOCDE, o que significa que não existem limites impostos pelo direito internacional quanto aos impostos de saída.

7.3 Possíveis soluções para evitar a dupla tributação

Por conseguinte, os impostos de saída são uma realidade que acarreta consequências ao nível da alocação equilibrada entre os poderes tributários dos Estados e, assim sendo, apela-se à necessidade de estabelecimento de mais e melhores convenções sobre dupla tributação internacional a fim de combater o fenómeno da dupla tributação. Outra solução que nos parece viável para fazer face a esta descoordenação fiscal dos Estados seria o reconhecimento mútuo

⁵⁹⁴ Cfr. KATIA CEJIE, «Emigration...», *cit.*, p.386 e J. W. J., KORT, «Levy upon emigration of a substantial participation holder: an infringement of article 13 of the OECD Model Convention? », in *Intertax*, vol. 31, n°3, 2003, pp. 102 a 106.

entre o Estado de origem e o Estado de acolhimento (uma espécie de acordo) da repartição da receita tributária, estabelecendo, através de uma convenção bilateral, o momento e o local no qual cada um dos Estados teria o poder de tributar esses rendimentos⁵⁹⁵.

Não obstante, os Estados podem adotar medidas unilaterais para combater o fenómeno da dupla tributação, mediante a imposição do método da isenção ou da imputação do crédito.

O método da isenção consiste na isenção pelo Estado de residência, do aumento de valor do bem, sujeito a tributação. Já o método da imputação caracteriza-se pela dedução do valor do imposto, isto é, o sujeito passivo é tributado pelo Estado de origem e esse montante, já pago, irá ser deduzido ao resultado final⁵⁹⁶.

8. Reflexão sobre o estudo em causa

Após uma análise intensiva dos vários fatores, sectores, critérios, condições e implicações que envolvem esta matéria, estamos em condições de tecer certos comentários sobre o real propósito do presente estudo, que é nomeadamente a comparação entre as razões mais pertinentes que levam uma sociedade a transferir a sua sede para um país distinto. Serão mais relevantes as vantagens fiscais ou, por sua via, as vantagens comerciais? Será que os efeitos fiscais dessa transferência se subordinam aos efeitos comerciais? Ou, ao invés, se sobrepõem a eles?

Na verdade, com a realização do presente estudo pretendeu-se levar a cabo a análise da influência da mobilidade internacional das sociedades comerciais no Direito Comercial e no Direito Fiscal. Mas não só. O objetivo primordial desta investigação sempre residiu na ponderação de qual dos ramos jurídicos seria mais afetado por essa transferência. O aprofundamento destas duas áreas jurídicas no seio do fenómeno da transferência da sede societária permitiria, assim, compreender quais as razões que mais justificam essa mudança, assim como permitiria verificar em qual dos Direitos (Comercial e Fiscal) a mesma teria mais impacto.

No que concerne às motivações que levam uma sociedade a alterar a sua sede para um país distinto, parece-nos que as razões fiscais se sobrepõem às razões comerciais. Isto porque o maior benefício para toda e qualquer sociedade é, incontestavelmente, o benefício fiscal e, em

⁵⁹⁵ Cfr. J. W. J. KORT, «Levy upon...», *cit.*, pp. 105 e 106.

⁵⁹⁶ DIANA ISABEL FERNANDES DA SILVA, *Impostos...*, *cit.*, p. 164.

consequência, vem o benefício comercial. De facto, toda e qualquer empresa para gerar lucros necessita de obter capital para investir. Se um determinado Estado apresenta um sistema fiscal mais favorável, isto é, que ofereça mais benefícios fiscais e a redução ou mesmo isenção de impostos sobre um determinado facto tributário, comparativamente a outro Estado, é certo e seguro afirmar que as sociedades que aí investirem terão, obviamente, uma maior margem bruta de comercialização. Ou seja, parece-nos que os motivos jurídico-comerciais acompanham sempre os motivos jurídico-fiscais dessa transferência. Por mais que as condições de comercialização sejam melhores no Estado para o qual a sociedade pretende transferir-se, bem como os subsídios financeiros ao investimento, a disponibilidade de matérias-primas, a quantidade e qualidade da mão-de-obra a preços mais baixos, a verdade é que todas estas motivações comerciais, se encontram interligadas ao interesse principal, designadamente o planeamento fiscal da empresa.

Se uma sociedade paga mais impostos sobre os lucros que gera, através da sua atividade comercial, ou sobre as mais-valias inerentes ao seu património, de que lhe adianta ter melhores condições de comercialização, ou ter vantagens ao nível do registo e da constituição de sucursais e filiais da sociedade? Se o sistema financeiro de toda e qualquer sociedade não se encontrar estável, a mesma entrará numa situação de insolvência, o que significa que quando uma sociedade decide alterar a sua sede para um Estado distinto do Estado onde se constituiu olha sempre, em primeiro plano, para as vantagens fiscais daí advenientes e, só depois analisa as vantagens comerciais.

Um caso paradigmático neste campo foi a transferência das partes sociais de uma *holding* portuguesa da Jerónimo Martins, SGPS⁵⁹⁷ para uma *holding* holandesa, a qual transferiu, em 2012, 56.1% do seu capital à subsidiária do Grupo situada Holanda⁵⁹⁸. Entende-se que esta transferência da participação pelo sócio maioritário do Grupo para a Holanda, foi a forma que a sociedade Soares dos Santos encontrou para obter vantagens fiscais, visto que a Holanda é um país que tem um regime muitíssimo mais favorável, que se destina única e exclusivamente a captar investimento estrangeiro, isto é, a Holanda não tributa os juros, as mais-valias, bem como os dividendos respeitantes a entidades não residentes. Circunstância que já não acontece em Portugal.

⁵⁹⁷ Sociedade gestora de participações sociais.

⁵⁹⁸ Tais como outras multinacionais, cotadas na bolsa portuguesa, como a Motaengil, a Galp Energia, a Sonae e a Portugal Telecom, as quais têm também subsidiárias na Holanda, por este país apresentar condições fiscais mais favoráveis.

Ainda que este caso verídico não se reporte propriamente a uma situação de transferência da sede de uma sociedade comercial, é mais comum a transferência das participações sociais dos administradores/sócios da empresa para um Estado que apresente um regime fiscal mais favorável. Normalmente, os grandes grupos societários tendem a constituir *holdings* em Estados como a Holanda ou Luxemburgo, isto é, Estados que apresentam sistemas fiscais mais favoráveis, principalmente para os não residentes, mantendo a sua sede no país onde a sociedade foi constituída. E isto porquê? Por questões de estratégia fiscal. Na verdade, a transferência da sede de toda e qualquer sociedade para um país distinto pode implicar a mudança da sua residência fiscal, caso se trate da sede real e efetiva da mesma, ou seja, a sociedade passa a ser residente fiscal no Estado de acolhimento. Ora, é precisamente esta situação que as grandes empresas pretendem evitar, porquanto se a sociedade passar a ser considerada residente fiscal no Estado para onde se transferiu, certamente que deixará de poder usufruir do regime de isenção dos juros e das mais-valias estabelecido para as entidades não residentes. Daí ser mais usual a transferência das partes sociais dos sócios para as *holdings* localizadas em outros países, do que propriamente a transferência da sede da sociedade.

Não obstante, reconhecemos que as razões comerciais são também relevantes para as sociedades se movimentarem, mas defendemos a posição de que estas estão intimamente ligadas às razões fiscais.

Por conseguinte, a transferência da sede das sociedades fará com que o Estado de origem perca o direito de tributar os rendimentos gerados por essa sociedade, ou seja prejudica o poder económico do país, assim como reduz o comércio aí vigente.

Quanto aos efeitos que essa transferência provoca, somos da opinião de que as consequências fiscais dependem de um problema inerente ao Direito das Sociedades Comerciais. No seio do Direito Comercial⁵⁹⁹, o maior obstáculo que advém dessa transferência da sede societária é nomeadamente a alteração da lei pessoal aplicável, uma vez que os Estados adotam critérios distintos para a determinação do estatuto das sociedades. Essa discrepância de conexões internas quanto à jurisdição nacional aplicável aquando dessa deslocalização, conduz a uma situação de que dependem esses efeitos fiscais, que é a manutenção da personalidade jurídica da sociedade transferida. Se a sociedade conservar a sua personalidade jurídica após a transferência da sua sede, as consequências fiscais daí advenientes serão os impostos de saída. Se a sociedade se extinguir com essa transferência, o Estado de origem irá cobrar impostos

⁵⁹⁹ Associado às regras de DIP dos Estados.

sobre essa liquidação e dissolução da sociedade⁶⁰⁰. Não obstante se ter a noção de que só ocorrem implicações fiscais se a sociedade alterar a sua sede conjuntamente com a direção efetiva da mesma.

Ao nível do direito europeu, confrontamo-nos com o problema da restrição à liberdade de estabelecimento consagrada no artigo 49º do TFUE. As medidas nacionais restritivas dos Estados-Membros, como sejam a imposição da extinção da sociedade aquando dessa transferência ou a recusa do averbamento no registo comercial dessa sociedade (obstáculos comerciais) e a exigência de impostos de saída (obstáculos fiscais) impedem a livre circulação das empresas⁶⁰¹. Face a esta situação, entendemos que uma possível solução seria a criação de um instrumento legal europeu que uniformizasse a legislação dos Estados-Membros relativamente a esta matéria, como a que foi desenvolvida pela 14ª proposta de Diretiva, mas que ao mesmo tempo apresentasse um sistema unitário quanto ao regime de tributação dos Estados, a fim de eliminar os obstáculos jurídicos impostos pelas legislações internas. A base da resolução assentaria na mitigação de ambas as teorias que delimitam o estatuto pessoal das sociedades, com a previsão de conexões específicas para as várias situações que norteiam essa mobilidade. Porquanto entendemos que a falta de harmonização desta temática incide na concorrência comercial e fiscal entre os diversos países, bem como da não interferência, tanto a nível europeu, como internacional, nas políticas económicas, comerciais e fiscais inerentes em cada Estado. A diversidade de critérios de conexão impostos pelos Estados, quer relativos ao estatuto pessoal das sociedades, quer ao nível tributário, gera evidentemente conflitos que só poderão ser resolvidos pelo Direito Europeu e Internacional.

No plano internacional, entendemos que uma possível solução seria a adoção de um critério de direção efetiva que atendesse à substância da realidade da sociedade, isto é, que a sua determinação não tivesse somente em atenção indicadores objetivos, mas também subjetivos. Esse critério seria determinado segundo a aplicação de uma hierarquia de critérios, complementares entre si, pois só assim se conseguiria aferir da residência societária, determinando-se qual o Estado que teria legitimidade para tributar a sociedade após a transferência, se o Estado de origem ou o Estado de acolhimento. Existindo essa certeza, eliminar-se-ia o fenómeno da dupla tributação internacional.

⁶⁰⁰ Facto que não consideramos como um verdadeiro efeito à saída da sociedade.

⁶⁰¹ Isto se não forem justificáveis por razões de interesse geral, como firmado pela jurisprudência do TJUE.

Assim, apela-se a uma maior intervenção europeia (legislação e jurisprudência da UE) e internacional (OCDE) sobre a transferência da sede das sociedades comerciais, visto que até hoje as soluções apresentadas não foram suficientes para resolver esta problemática.

CONCLUSÕES

A transferência da sede das sociedades comerciais é uma realidade que advém da construção de um Mercado Único e da internacionalização da economia, apresentando uma série de implicações no seio de várias áreas do Direito, principalmente no âmbito comercial e fiscal.

Quando ocorre uma transferência da sede societária para fora do país é evidente que há uma alteração da localização dos centros de atividade da sociedade, mas há também o contacto com um novo sistema jurídico-societário. Cada Estado assume uma posição jurídico-societária quanto à determinação da lei pessoal aplicável, onde se salientam duas teorias: a teoria da constituição e a teoria da sede real. Esta última teoria é a que apresenta mais obstáculos a essa transferência, porquanto pressupõe uma “sucessão do estatuto pessoal societário”, uma vez que a sociedade comercial passará a ser regida pela lei onde tenha efetivamente a sede, isto é, passará a ser regida pela lei do Estado para onde se deslocou. Em consequência, há a extinção dessa sociedade no Estado de origem, a não ser que a sede de constituição coincida com a sede de administração efetiva. Por sua via, a teoria da constituição favorece a liberdade de escolha das sociedades de se constituírem em Estados que mais vantagens lhes ofereçam, estimulando situações de fraude fiscal.

Portugal defende a teoria da sede real mitigada, o que significa que ainda que se defenda a teoria da sede real, como critério delimitador do estatuto pessoal da sociedade, a mesma deixa uma “porta aberta” à teoria da constituição, (cfr. artigo 3º, nº 1, 2ª parte do CSC).

A nosso ver, a mitigação de ambas as teorias é a forma que mais se adequa aos interesses em causa, uma vez que acautela os interesses e a confiança de terceiros (de boa-fé), defendendo-se, assim, a tutela da aparência, uma vez que o facto de a sociedade ter a sua sede estatutária fixada num determinado país, poderá gerar nos mesmos a convicção de que a sede efetiva da mesma se situe nesse país.

A fusão e coligação internacional das sociedades são outras das figuras que resultam da globalização da economia, pese embora não se confundam com a transferência da sede das sociedades comerciais.

No contexto europeu, a mobilidade internacional da sede societária acarreta obstáculos à liberdade de estabelecimento consagrado no artigo 49º do TFUE, conquanto os Estados

tendem a impor certos obstáculos jurídicos internos face a essa transferência, que inibem a livre circulação de pessoas.

Face à análise do acervo jurisprudencial em torno deste assunto, a única conclusão possível a reter é a de que o TJUE não adota um comportamento coerente, nem esclarecido, uma vez que inicialmente começa por manifestar que a liberdade de estabelecimento não interfere com as condições internas exigidas pelos Estados-Membros face a essa transferência, para em determinados casos, como no Ac. *Centros*, impedir o Estado de acolhimento de impor as suas medidas. Além disso, trata de forma desigual o Estado de origem e o Estado de acolhimento, parecendo ser mais solidário com os Estados que defendem a teoria da constituição do que os Estados que defendem a teoria da sede real. No entanto, o Ac. *Cartesio* veio assumir uma viragem jurisprudencial quanto a esta tendência. Não obstante, até outubro de 2017, o TJUE apenas tinha contactado com as implicações que advêm da transferência da sede real de uma sociedade. O Ac. *Polbud* veio alterar esta situação, tendo sido um processo que se referia à transferência da sede social de uma sociedade de um Estado-Membro para outro. A única conclusão possível a retirar desta decisão é a de que a liberdade de estabelecimento, prevista nos artigos 49º e 54º do TFUE, é aplicável nas situações de transferência da sede social de um Estado-Membro para outro, sendo que a única restrição a essa liberdade são as medidas nacionais restritivas do Estado de origem, nomeadamente a dissolução da sociedade aquando dessa transferência, porquanto essa exigência afeta os interesses dos sócios, credores minoritários e trabalhadores dessa sociedade.

Regra geral, a jurisprudência do TJUE quanto à transferência da sede das sociedades, praticamente, em nada influenciou o direito material de conflitos português, mais precisamente o disposto no artigo 3º do CSC.

Por conseguinte, a transferência da sede estatutária da sociedade é a que implica mais consequências a nível europeu, porquanto se exige a dissolução e extinção da sociedade e a constituição de uma nova no Estado de acolhimento. Para resolver este problema, criaram-se tipos societários, como a sociedade anónima europeia, a sociedade cooperativa europeia e o agrupamento de interesse económico europeu. Conclui-se, neste âmbito, que a sociedade anónima europeia é o tipo societário mais relevante neste contexto, sem prejuízo da morosidade, complexidade e onerosidade que contempla o processo de transferência da sua sede. Ainda que a mesma conduza uma nova oportunidade para as sociedades comerciais europeias, pois por esta via podem estabelecer-se em qualquer Estado-Membro sem que se deparem com mais do

que uma forma de regulamentação, deve ponderar-se se as suas vantagens se sobrepõem aos seus custos.

Mediante a desarmonização dos Estados quanto à lei aplicável face à transferência da sede das sociedades comerciais, houve uma série de trabalhos desenvolvidos pela Comissão, Parlamento e TJUE, a fim de se encontrar uma solução que harmonizasse os conflitos resultantes dessa transferência, quer no seio interno, como no seio europeu. No entanto, nada foi devidamente apresentado, por razões que nos são alheias.

Assim, no que concerne à Parte I do presente trabalho, podemos concluir que o problema da transferência internacional da sede das sociedades ainda persiste, tanto no seio do DIP, como no seio do Direito Europeu das Sociedades.

Quanto às implicações fiscais resultantes da transferência da sede das sociedades comerciais, retira-se, *a priori*, que a sede societária não pode ser equiparável à sede fiscal, o que evidencia que a transferência da sede societária poderá não implicar a transferência da sede fiscal. A sede fiscal corresponde à residência fiscal, elemento de conexão que permite determinar a incidência espacial do imposto. A qual, por sua vez, apresenta uma panóplia de sentidos, consoante o sistema jurídico que esteja em causa.

Esta diversidade de critérios adotados pelos Estados para determinar o fator de conexão tributário – residência – provoca situações de conflito de residências, podendo ocorrer o fenómeno da dupla tributação internacional. Face a isto, têm os Estados celebrado CDT, a fim de eliminar a dupla tributação associada à dupla residência, socorrendo-se, à regra de desempate, estabelecida pela CMODE (cfr. artigo 4º, nº3).

A alteração que foi dada à redação do nº 3 do artigo 4º da Convenção, com a atualização de 2017 à CMOCDE, teve como objetivo implementar uma regra de “desempate” tendo em consideração a harmonização das convenções bilaterais estabelecidas entre os Estados, o que não nos parece ter sido a melhor opção. A liberdade e a responsabilidade conferida aos Estados Contratantes para determinar a residência de uma pessoa coletiva aquando um conflito de residência pode gerar situações de verdadeiro abuso. Além disso, a restrição da pessoa coletiva a qualquer isenção prevista na Convenção, no caso de os Estados não chegarem a qualquer entendimento, consubstancia uma medida bastante severa, chegando mesmo a ser injusta, demonstrando somente a supremacia e desigualdade de tratamento dos Estados relativamente à pessoa residente. Não obstante, o problema da indeterminação do conceito de direção efetiva continua a subsistir, o que significa que o critério da sede de direção

efetiva, determinado na CMOCDE (versão de 2014), quando ocorre um conflito de residência entre pessoas coletivas, ainda que com inúmeras desvantagens, parece-nos mais aceitável do que o que foi introduzido recentemente.

Neste seguimento, pôde também constatar-se que esta Convenção não apresenta uma norma que vise determinar se um determinado sujeito passivo é ou não residente num certo e determinado Estado, para efeitos de tributação. O conceito de residência previsto no artigo 4º serve apenas para resolver situações de conflitos de residência. O mesmo se passa com o conceito de residente no seio do Direito Fiscal Europeu, concluindo-se, assim, que ambos têm apenas a função de limitar o âmbito de aplicação da verificação dos factos tributários no domínio interno. Ainda que a Comissão Europeia tenha tido a preocupação de criar novas propostas relativas à Base Comum consolidada, em 2016, nomeadamente a Proposta de Diretiva do Conselho sobre a Base Comum Consolidada de Impostos sobre Sociedades – COM (2016) 683 final e a Proposta de Diretiva do Conselho sobre a Base Comum de tributação das sociedades – COM (2016) 685 final, com vista a combater a falta de harmonização ao nível da tributação das sociedades, a verdade é que a questão da delimitação do conceito de residência fiscal não foi assegurada pelas mesmas.

Assim sendo, a indeterminação do conceito de residência, como critério delimitador da jurisdição competente para tributar, continua a gerar um clima de desarmonização entre os diversos Estados, o que poderá desencadear efeitos nocivos para a sociedade que pretende alterar a sua residência fiscal. Um dos elementos de conexão que tem vindo a ser utilizado para aferir da residência fiscal de uma sociedade é o critério de direção efetiva. Porém, também este conceito não apresenta um sentido estático e uniforme. Após uma análise das várias interpretações que o conceito de direção efetiva enceta, pôde constatar-se que a indefinição do critério de direção efetiva, como possível elemento de conexão para aferir da residência fiscal de uma sociedade, apresenta uma relação evidente com a teoria da sede real, na medida em que os sentidos utilizados para determinar, quer a sede real, quer a direção efetiva de uma sociedade são praticamente os mesmos.

Destarte, uma das implicações fiscais face à transferência da residência fiscal de uma sociedade para um país distinto é a criação pelos mesmos de impostos de saída. Este tipo de tributo tanto pode incidir sobre pessoas coletivas, como pessoas singulares. Na verdade, por forma a acautelar a perda de receita tributária resultante dessa transferência, exigem os Estados um imposto, cobrado imediatamente à saída e que incide sobre rendimentos latentes, isto é

rendimentos ainda não verificados. Ainda que o legislador apresente diferentes tipos de impostos à saída, consideramos que apenas os impostos de saída imediatos se caracterizam como verdadeiros impostos de saída, porquanto são os únicos que têm como facto tributário a alteração da residência fiscal da sociedade.

Face a esta preocupação, por parte dos governos, em querer assegurar a todo o custo a receita fiscal, crescem outras preocupações, nomeadamente a violação do Direito à Liberdade de Estabelecimento e o Direito à Emigração, sendo estes direitos fundamentais inerentes ao Direito da União Europeia. Segundo o Primado da União Europeia, os Estados-Membros não podem aplicar uma regra nacional contrária ao direito europeu, pelo que a aplicabilidade dos impostos de saída pelos diversos Estados-Membros acarreta incompatibilidades.

Assim, a exigência da cobrança de mais-valias acumuladas mas ainda não realizadas no momento imediatamente anterior à saída gera uma incompatibilidade quanto à liberdade de estabelecimento das próprias empresas. O facto de uma empresa ser tributada à saída quando pretende transferir a sua residência fiscal para outro Estado, e já não, se pretender transferir a sua residência fiscal para território que pertença ao mesmo Estado, configura uma situação de verdadeira discriminação. Este entendimento não é aceitável, na medida em que não se entende o porquê de existirem tributações distintas, sendo que o facto tributário é o mesmo, a transferência da residência.

Todavia, a Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho, de 12 de julho de 2016 que estabelece regras contra as práticas de elisão fiscal que tenham incidência direta no funcionamento do mercado interno vem, de certo modo, impor impostos de saída aos Estados-Membros, através do disposto no seu artigo 5º. Porém, tal permissão não se coaduna com o que vem sido estabelecido até então pela jurisprudência do TJUE acerca da compatibilidade dos impostos de saída com a liberdade de estabelecimento.

O Ac. *National Grid Indus* foi a primeira decisão do TJUE a respeito dos impostos de saída das pessoas coletivas, o qual veio introduzir alterações à disciplina aplicável aos impostos de saída em matéria das pessoas singulares, como por exemplo o facto de para as pessoas coletivas se admitir a possibilidade do pagamento de juros e de prestação de garantia bancária quando o sujeito passivo opte pelo diferimento do pagamento do imposto. Ao contrário do que se expõe para as pessoas singulares, em que esse pagamento diferido não exige a prestação de qualquer garantia. Significa isto que parece o TJUE ser mais tolerante com as pessoas singulares do que com as pessoas coletivas.

Ainda que os Estados tenham avançado com a ideia de um possível diferimento do imposto, como por exemplo Portugal, pelo estatuído no artigo 83º, nº10 do CIRC, tal parece acarretar consequências. Assim, uma cooperação administrativa eficaz será um fator determinante para a proteção da matéria coletável do Estado de saída, o mesmo entendimento foi preterido com Resolução do Conselho de 2 de Dezembro de 2008 sobre a coordenação em matéria de tributação à saída.

Por último, não podemos olvidar que os impostos de saída acartam efeitos ao nível do Direito Internacional, pois geram situações de dupla tributação internacional. Para combater este fenómeno, os Estados recorrem a medidas unilaterais, como a adoção do critério da isenção de imposto ou o critério do crédito de imputação. Além disso, podem estabelecer convenções bilaterais para eliminar essa dupla tributação.

Perante uma análise do regime previsto na CMOCDE, concluiu-se que a mesma não tem qualquer aplicabilidade quanto aos impostos de saída imediatos. Em primeiro lugar, os mesmos violam princípios constitucionais, como o princípio da igualdade e não discriminação, assim como não estão considerados na mesma, o que significa que não se enquadram na incidência objetiva da Convenção. Por outro lado, através de uma análise de determinadas disposições específicas da mesma, como os artigos 13º e 21º da Convenção, constatou-se que esta apenas abarca a tributação de rendimentos realizados, e já não, rendimentos latentes e fictícios. Assim, a CMOCDE não constitui um verdadeiro limite aos impostos de saída puros e imediatos.

Todavia, é necessário que exista uma cooperação e ação urgente entre o Direito da UE e o Direito Internacional face à ausência de harmonização quanto à mobilidade transfronteiriça das sociedades comerciais. Se se continuar a permitir a total liberdade dos Estados em determinar medidas jurídico-societárias e fiscais que impeçam essa transferência, nunca se alcançará uma verdadeira harmonização, quer entre os sistemas internos de cada Estado, quer entre estes com o Direito Europeu e Internacional.

BIBLIOGRAFIA

ALVES, Jorge Manuel Osório,

Impostos de Saída em Matéria Societária: em busca de uma solução para um problema doméstico e europeu, Dissertação de Mestrado, Universidade Católica Portuguesa, Porto, Portugal, 2013, *in* <http://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/15467/1/Tese%20Jorge%20Alves%2c%20n.%C2%BA%20340107057%20-%2030.04.13.pdf> consulta *online* [10.12.2017].

ANTUNES, José A. Engrácia,

- *Os grupos de sociedades – estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária*, 2ª edição revista e atualizada, Coimbra, Almedina, 2002.

- «Novos rumos do direito societário europeu – O «Report of the Reflection Group on the Future of EU Company Law», *in II Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 347-353.

AUTENNE, Alexia/ WOLF, Michel de,

«La Mobilité Transfrontalière des Sociétés en Droit Européen: le cas particulier du Transfert de Siège Social», *in Cahiers de Droit Européen*, Ano XLIII, n°s 5/6, Bruyant, Bruxelas, 2007, pp. 657-694.

AUTENNE, Alexia/ NAVEZ, Edouard-Jean,

«Cartesio – Les contours incertains de La Mobilité Transfrontalière des Sociétés Revisités», *in Cahiers de Droit Européen*, Ano XLV, n°s 1/2, Bruyant, Bruxelas, 2009, pp. 91-125.

BATIFFOL, Henry/ LAGARDE, Paul,

Droit international privé, Tome 1, Sources, Nationalité, Condition des étrangers, Conflits de lois (théorie générale), 8ème édition, L.G.D.J., 1993.

BETTEN, Rijkele,

Income tax Aspects of Emigration and Immigration of Individuals, Groningen, DISGRO
1998 NR 134 Publications, 1998.

BLANQUET, Françoise,

«Les fusions transfrontalières et la mobilité des sociétés», in *Revue des Sociétés*, n° 1,
Daloz, Paris, 2000, pp. 115-128.

BRAGA, António Pedro,

The Corporate Exit Taxes and the EU. A Special reference to the Portuguese regime,
Londres, *Institute of Advanced Legal Studies*, University of London, 2010/2011, in
http://sasspace.sas.ac.uk/4719/1/Antonio_Pedro_Braga_MA_Taxation_dissertation.pdf
f, consulta *online* [16.12.2017]

CALSTER, Geert van,

European Private International Law, Second Edition, Hart Publishing, USA, 2016.

CÂMARA, Francisco Sousa da,

«A dupla residência das sociedades à luz das Convenções de Dupla Tributação», in
Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, n° 403, 2001, pp. 35 e ss.

CÂMARA, Pablo Chico de la,

*Residencia Fiscal y otros aspectos Conflictivos – La Armonización de la Imposición
Directa, Primera edición*, Cizur Menor (Navarra), Editorial Aranzadi, S.A., 2013.

CARVALHO, Maria Miguel,

- «O Novo Regime Jurídico do Capital Social das Sociedades por Quotas», in *Capital
Social Livre e Acções sem Valor Nominal*, (Coords. Paulo de Tarso Domingues, Maria
Miguel Carvalho), Coimbra, Almedina, 2011, pp. 9-35.

- «Quem não está bem que se mude? – A transferência da sede das sociedades
comerciais na União Europeia» in *A Transferência da Sede Societária no Espaço da*

União Europeia, (Coords. Paulo de Tarso Domingues/Maria Miguel Carvalho), Coimbra, Almedina, 2016, pp. 7-31.

CEJIE, Katia,

«Emigration Taxes – Several Questions, Few Answers: From Lasteyrie to National Grid Indus and beyond», *in Intertax*, vol. 40, n° 6/7, 2012, pp. 382-399.

COLAÇO, Isabel de Magalhães,

Direito Internacional Privado, parte II – “Sistema de normas de conflitos portuguesas”, t. I – “Direito das pessoas. § 2º Pessoas Coletivas”, (Lições proferidas ao 5º ano jurídico de 1970-1971. Apontamentos de Alunos), Lisboa, 1971.

CORDEIRO, António Menezes,

- *Direito Europeu das Sociedades*, Coimbra, Almedina, 2005.

- *Manual de Direito das Sociedades I – Das Sociedades em Geral*, 2ª edição, Coimbra, Almedina, 2007.

- *Direito das Sociedades I - Parte Geral*, 3ª edição Ampliada e Atualizada, Coimbra, Almedina, 2011.

- *Direito Comercial*, 3ª edição Revista, Atualizada e Aumentada, Coimbra, Almedina, 2012.

- *Código das Sociedades Comerciais Anotado, (Coord. António Menezes Cordeiro), 2ª edição, Coimbra, Almedina, 2014.*

CORREIA, A. Ferrer,

Lições de Direito Internacional Privado I, Coimbra, Almedina, 2013.

COURINHA, Gustavo Lopes,

A Residência no Direito Internacional Fiscal: do abuso subjectivo de convenções, Coimbra, Almedina, 2015.

COUZIN, Robert,

Corporate Residence and International Taxation, IBFD, Amsterdam, 2002.

D'AVOUT, Louis/ BOLLEE, Sylvian,

«Droit du commerce international», in *Recueil Dalloz*, Ano 192, n° 34/7703, Dalloz, Paris, 2016, pp. 2025-2042.

DAELE, Jan Van,

«Tax Residence and the Mobility of Companies: Bordeline Cases under Private International Law and Tax Law», in *European Taxation*, vol. 5, n° 5, 2011, pp. 190-200.

DIAS, Rui Pereira,

- «artigo 3º», in *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, (Coord. Jorge M. Coutinho de Abreu), Volume I (Artigos 1º a 84º), Coimbra, Almedina, 2013, pp. 69-84.

- «artigo 481º», in *Código das Sociedades Comerciais em Comentário* (Coord. Jorge Manuel Coutinho de Abreu), Volume VII (Artigos 481.º a 545.º), Coimbra, Almedina, 2013, pp. 15-41.

Dinis, José Pedro,

O Critério da Direcção Efectiva na Convenção Modelo da OCDE sobre o Rendimento e o Património, Dissertação de Mestrado em Direito Fiscal, Universidade Católica Portuguesa, Porto, Portugal, 2011, in <http://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/8307/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o.pdf>, consulta *online* [03.11.2017].

DOURADO, Ana Paula,

Lições de Direito Fiscal Europeu – Tributação Directa, 1ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2010.

FERREIRA, Ana Elisabete Fernandes da Silva,

A Insolvência no Contexto dos Grupos de Sociedades, Dissertação de Mestrado em Direito dos Contratos e das Empresas, Universidade do Minho, Braga, Portugal, 2015, in <https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/40903/1/Ana%20Elisabete%20Fernandes%20da%20Silva%20Ferreira.pdf>

FÜHRICH, Gregor,

«Exit Taxation and ECJ Case Law», in *European Taxation*, vol. 48, nº1, 2008, pp. 10-19.

GONÇALVES, Anabela Susana de Sousa,

«A influência da Jurisprudência no TJUE sobre a Lei Pessoal das Sociedades Comerciais», in *A Transferência da Sede Societária no Espaço da União Europeia (Coords. Paulo de Tarso Domingues/Maria Miguel Carvalho)*, Coimbra, Almedina, 2016, pp. 49-75.

GONÇALVES, Diogo Costa,

- *Fusão, Cisão e Transformação de Sociedades Comerciais - A Posição Jurídica dos Sócios e a Delimitação do Statuo Viae*, Coimbra, Almedina, 2008.

- «Fusões transfronteiriças. A transposição da 10ª Directriz e a Proposta de Lei nº 236/X», in *Revista de Direito das Sociedades*, Ano I, nº2, Coimbra, Almedina, 2009, pp. 339-377.

KOK, Reinout,

- «Compatibility of Exit Taxes and Community Law», in *EC Tax Review*, vol. 20, nº 2, 2011, p. 62-74.

- «Exit Taxes for Companies in the European Union After National Grid Indus», in *EC Tax Review*, vol. 21, nº 4, 2012, pp. 200-206.

KORT, J. W. J.,

«Levy upon emigration of a substantial participation holder: an infringement of article 13 of the OECD Model Convention? », in *Intertax*, vol. 31, nº3, 2003, pp. 102-106, in <http://heinonline.org> , consulta *online* [06.12.2017]

KOVÁCS, László,

«European Commission Policy on Exit Taxation», in *European Tax Studies*, nº 4, 2009, pp. 4-19, in <http://heinonline.org> , consulta *online* [05.04.2016].

LEHIS, Lasse/KLAUSON, Inga/ PAHAPILL, Helen/ UUSTALU, Erki,

«Compatibility of the Estonian Corporate Income Tax System with the Community Law»,
in Intertax, vol. 36, n.ºs 8/9, 2008, pp. 389-399.

LIMONES, Pilar Blanco-Morales,

«Direito Internacional: Privado. Portugal», *in Jurisimat: Revista Jurídica*, Portimão, n.º especial, 2014, pp. 33-49.

MACHADO, João Baptista,

Lições de Direito Internacional Privado, 3ª edição Actualizada (Reimpressão), Coimbra, Almedina, 2015.

MARTINS, António Queirós/SANTIAGO, Bruno,

«Recent ECJ Judgment Regarding Portuguese Exit Tax Provisions», *in International Transfer Pricing Journal*, IBFD, vol. 20, n.º1, 2013, pp. 32-34.

MARTINS, António,

«A internacionalização das empresas e a tributação dos lucros: Uma análise preliminar para o caso português», *in Homenagem a José Guilherme Xavier de Basto*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, pp. 71-81.

MOTA, Helena,

«A lei pessoal das sociedades comerciais na jurisprudência da União Europeia», *in A Transferência da Sede Societária no Espaço da União Europeia (Coords. Paulo de Tarso Domingues/Maria Miguel Carvalho)*, Coimbra, Almedina, 2016, pp. 76-92.

NOGUEIRA, João Félix Pinto,

- *Direito Fiscal Europeu – o Paradigma da Proporcionalidade. A Proporcionalidade como Critério Central da Compatibilidade de Normas Tributárias Internas Fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora/Wolters Kluwer, 2010.

- «Exit taxation of companies in Portugal», *in European Tax Studies*, n.º 1, 2010, pp. 9-28, *in* <http://heinonline.org> , consulta *online* [05.04.2016].

OCDE,

- «Place of effective management concept: suggestions for changes to the OECD Model Tax Convention», 2003, in www.oecd.org.
- «The impact of the communications revolution on the application of place of effective management as a tie-breaker rule», 2001, in www.oecd.org
- «The 2008 Update to the Model Tax Convention: Part I – Changes that have not already been released», 2008, in www.oecd.org.

OFFERMANN, René,

«German Exit Tax Provisions, Substantial Shareholdings and Incompatibility with EC Law», in *European Taxation*, vol. 45, n° 12, 2005, pp. 579-580.

OLIVEIRA, Ana Perestrelo de,

- «Artigo 481º», in *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, (Coord. António Menezes Cordeiro), 2ª edição, Coimbra, Almedina, 2014, pp. 1209-1213.
- *Manual de Grupos de Sociedades*, Coimbra, Almedina, 2017.

PANAYI, Christiana Hji,

Exit Taxation as an Obstacle to Corporate Emigration from the Spectre of EU Tax Law, Cambridge Yearbook of European Legal Studies, vol. 13, 2010-2011, in https://www.researchgate.net/publication/228122978_Exit_Taxation_as_an_Obstacle_to_Corporate_Emigration_from_the_Spectre_of_EU_Tax_Law, consulta *online* [02.12.2017].

PALMA, Clotilde Celorico,

«Planeamento Fiscal Internacional», in *Lições de Fiscalidade – Gestão e Planeamento Fiscal Internacional*, vol. II, Coimbra, Almedina, 2015.

PEREIRA, Manuel Henrique de Freitas,

Fiscalidade, Coimbra, Almedina, 2013.

PEREIRA, Paula Rosado,

Princípios do Direito Fiscal Internacional - Do Paradigma Clássico ao Direito Fiscal Europeu, Coimbra, Almedina, 2010.

PEREIRA, Ricardo Gosau da Mota Veiga,

O sistema de cogestão na Lei das sociedades anónimas alemãs – Desafios e virtualidades da sua transposição para o Direito português, Dissertação de Mestrado em Direito das Empresas, Instituto Universitário de Lisboa (ISCTE), Lisboa, Portugal, 2015, in https://repositorio.iscte-iul.pt/bitstream/10071/11010/1/2015_ECSH_DEP_Disserta%C3%A7%C3%A3o_Ricardo%20Pereira.pdf, consulta *online* [23.01.2018]

PIMENTA, Clarinda Patrícia de Sousa,

A deslocalização das empresas como forma de Planeamento Fiscal: Uma análise à operação realizada pelo grupo Jerónimo Martins, Dissertação de Mestrado em Contabilidade e Finanças, Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal, 2016, in <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/30723/4/A%20deslocaliza%C3%A7%C3%A3o%20das%20empresas%20como%20forma%20de%20planeamento%20fiscal%20.pdf>, consulta *online* [01.11.2016].

PINHEIRO, Luís de Lima,

- *O Direito aplicável às Sociedades. Contributo para o Direito Internacional Privado das Sociedades*, in *ROA*, vol. II, Ano 58, julho de 1998, pp. 673-777.
- *Direito Internacional Privado – Direito dos Conflitos – Parte Especial*, vol. II, 4ª edição Refundida, Coimbra, Almedina, 2015.

PINTO, Alexandre Mota,

«Apontamentos sobre a liberdade de estabelecimento das sociedades», in *Temas de integração*, n.ºs 17/18, 2004, pp. 59-156.

PIRES, César Manuel Ferreira,

«A Transferência (inter)nacional da Sede da Sociedade Anónima Europeia», *in Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 4, febrero 2016, pp. 166-197.

PIRES, Rita Calçada,

Tributação Internacional do Rendimento Empresarial gerado através do Comércio Electrónico – Desvendar mitos e construir realidades, Coimbra, Almedina, 2011.

PÖTGENS, Frank P.G./ OS, Pieter van/ DURAND, Pierre-Henri/ ROBERT, Anne/ DONY, Aliénor/ SCHEIFELE, Matthias/ WAGNER, Gunther/ SILVESTRI, Andrea/ LANCELLOTTI, Lucia/ ROMÃO, Filipe/ CALDAS, António Castro/ PICHEL, Paulo/ LASARTE, Guillermo Canalejo/ POMBO, David López/ BEARE, Tony,

«The Compatibility of Exit Tax Legislation Applicable to Corporate Taxpayers in France, Germany, Italy, The Netherlands, Portugal, Spain and The United Kingdom with the EU Freedom of Establishment – Part 1», *in Intertax*, vol. 44, n° 1, 2016, pp. 40-62.

RIBAS, Aurora Ribas,

- «Taxation of Capital Gains in Spanish Tax Treaties: The Belgium-Spain Double Taxation Convention on Income and Capital», *in Intertax*, vol. 32, n° 10, 2004, pp. 486-493.
- «Tax Residence and the Mobility of Companies in the European Union: The Desirable Harmonization of the Tax Connecting Factors», *in Intertax*, vol. 40, n° 11, 2012, pp. 606-615.

RIBEIRO, João Sérgio,

- «Tributação das Sociedades de Acordo com uma Base Comum Consolidada na União Europeia», *in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Alberto Xavier*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2013, pp. 725-742.
- «Direito Fiscal da União Europeia: O Caso Especial da Tributação Directa», *in Estudos de Direito Fiscal da União Europeia (Tributação Directa)*, 2ª edição, ELSA Uminho, Braga, 2015.

- «Implicações Fiscais da Transferência da Sede Societária: Os Impostos de Saida», *in A Transferência da Sede Societária no Espaço da União Europeia*, (Coord. Paulo de Tarso Domingues/Maria Miguel Carvalho), Coimbra, Almedina, 2016, pp. 93-108.
- *Estudos de Direito Fiscal Internacional*, 1ª edição, ELSA UMinho, Braga, fevereiro de 2017.
- *Estudos de Direito Fiscal da União Europeia*, 3ª edição, ELSA Uminho, Braga, abril de 2017.

SÁ, Nuno Filipe Rodrigues de,

A Tributação dos Grupos de Sociedades na mais recente reforma do IRC, Dissertação de Mestrado em Direito Fiscal, Universidade Católica, Porto, Portugal, 2014, *in* <http://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/16044/1/A%20Tributa%C3%A7%C3%A3o%20dos%20Grupos%20de%20Sociedades%20na%20mais%20recente%20Reforma%20do%20IRC.pdf>, consulta *online* [03.08.2017].

SANTOS, António Marques dos,

- *Direito Internacional Privado*, Sumários, AAFDL, 1987.
- *Direito Internacional Privado. Colectânea de textos legislativos de fonte interna e internacional*, 2ª edição, Coimbra, Almedina, 2002.

SCHNEEWEISS, Hermann,

«Exit Taxation after Cartesio: The European Fundamental Freedom's Impact on Taxing Migrating Companies», *in Intertax*, vol. 37, n° 6/7, 2009, pp. 363-374.

SIEMS, Mathias M.,

«Sevic: Beyond Cross-Border-Mergers», *in European Business Organization Law Review (EBOR)*, vol. 8, n°2, 2007, pp. 307-316 *in* https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1012613##, consulta *online* [29.08.2017]

SILVA, Filipe Lobo,

As Operações de Reestruturação Empresarial como Instrumento de Planeamento Fiscal, Coimbra, Almedina, 2016.

SILVA, Diana Isabel Fernandes da,

Impostos de Saída: Fundamento e Limites, Dissertação de Mestrado em Direito Tributário e Fiscal, Universidade do Minho, Braga, Portugal, 2013, disponível in <http://repositorium.sdum.uminho.pt>

SOARES, Maria Ângela Coelho Botelho,

- «A Liberdade de Estabelecimento das Sociedades na União Europeia», in *Temas de Integração*, n.ºs 15/16, 2003, pp. 283-321.

- «O Acórdão Inspire Art Ltd: Novo Incentivo Jurisprudencial à Mobilidade das Sociedades na União Europeia», in *Temas de Integração*, n.º 17, 2004, pp. 123-159.

- «A Transferência Internacional da Sede Social no Âmbito Comunitário», in *Temas Societários*, n.º2, Coimbra, Almedina, 2006, pp. 45-78.

TEIXEIRA, Manuel Duro,

A Determinação do Lucro Tributável dos Estabelecimentos Estáveis de Não Residentes, Coimbra, Almedina, 2007.

THÖMMES, Otmar/ LINN, Alexander,

«Deferment of Exit Taxes after National Grid Indus: Is the Requirement to Provide a Bank Guarantee and the Charge of Interest Proportionate? », in *Intertax*, vol. 40, n.ºs 8/9, 2012, pp. 485-493.

TÔRRES, Heleno,

Direito Tributário Internacional. Planejamento Tributário e Operações Transnacionais, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais LTDA., 2001.

VENTURA, Raúl,

«A sede da sociedade no direito interno e no direito internacional português», in *Scientia Iuridica*, Tomo XXVI, 1977, pp. 344-509.

VICENTE, Dário Moura,

- «Liberdade de Estabelecimento, lei pessoal e reconhecimento das sociedades comerciais», in *Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 94-160.

- «Liberdades Comunitárias e Direito Internacional Privado», in *ROA*, Ano 69 III/IV, 2009, pp. 729-813.

VILÁGI, Réka,

«Exit Taxes on Various Types of Corporate Reorganizations in Light of EU Law», in *European Taxation*, vol. 52, n° 7, 2012, pp. 346-354.

VILLELA, Álvaro da Costa Machado,

Tratado Elementar (Teórico e Prático) de Direito Internacional Privado: Livro I - Princípios Gerais, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 1921.

WATTEL, Peter J./MARRES, Otto,

«Characterizations of Fictitious Income under OECD-Patterned Tax Treaties», in *European Taxation*, vol. 43, n° 3, 2003, pp. 66-79.

WEBER, Dennis,

«Exit Taxes on the Transfer of Seat and the Applicability of the Freedom of Establishment after “Überseering”», in *European Taxation*, vol. 43, n° 10, 2003, pp. 350-354.

XAVIER, Alberto,

Direito Tributário Internacional, 2ª edição atualizada, Coimbra, Almedina, 2017.