

A propósito da proposta de 14.^a directiva das sociedades comerciais: a transferência internacional da sede

Nuno Cunha Rodrigues¹

RESUMO

O presente artigo procura, no momento em que se discute a proposta de 14.^a directiva das sociedades comerciais sobre a transferência de sede, desenhar o quadro jurídico vigente no direito português sabendo-se que os elementos de conexão previstos no CSC e no CIRC não são coincidentes, uma vez que a aplicação espacial do direito fiscal internacional se relaciona com o princípio da territorialidade e que, nesta medida, se autonomizam dos elementos de conexão de Direito Internacional Privado.

Neste contexto o estudo assenta em duas perspectivas complementares: a primeira respeita ao enquadramento jus-comercial da transferência internacional da sede. A segunda procura recortar a transferência internacional da sede, *maxime* a transferência intra-comunitária da sede, face ao direito fiscal.

Termina-se com uma breve análise da proposta de 14.^a directiva e sobre o respectivo impacto no direito português à luz desta dupla perspectiva.

¹ Mestre em Direito. Docente da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

ABSTRACT

In this article the author tries to sketch the legal regime in force in Portugal, though knowing that the connections elements foreseen in the Portuguese Companies Code and in the Corporate Income Tax Code do not coincide – which is due to the application of international tax law being connected to the territoriality principle – and that they are therefore distinguished from the connection elements of International Private Law. This is done as the Fourteenth Companies Directive proposal on seat transfer is discussed. Within this context, the study is based on two complementary perspectives: the first, concerning the legal and commercial frame of international transfer of seat; the second where the international seat transfer is analysed within the context of tax law, namely the intra-european transfer seat. This article ends with a brief analysis of the Fourteenth Directive proposal and of its impact on Portuguese law as considered from these two perspectives.



1. Introdução:
 - 1.1. Enquadramento da transferência internacional da sede
 - 1.2. Delimitação do objecto

2. Critérios de determinação do estatuto pessoal da sociedade
 - 2.1. Aspectos gerais;
 - 2.2. A teoria da sede e a teoria da constituição;
 - 2.3. A transferência da sede em direito internacional privado;
 - 2.4. Os países anglo-saxónicos;
 - 2.5. Europa continental

3. A transferência internacional da sede no direito das sociedades comerciais portuguêsas
 - 3.1. Breve enquadramento;
 - 3.2. A sede : âmbito do conceito no CSC;
 - 3.3. A determinação da *lex societatis* face ao direito internacional privado português;
 - 3.4. A transferência internacional da sede da administração e transferência internacional da sede estatutária
 - 3.4.1. Breve enquadramento
 - 3.4.2. A transferência internacional da sede da administração;
 - 3.4.2.1. Aspectos gerais
 - 3.4.2.2. A transferência de Portugal para o estrangeiro;
 - 3.4.2.3. A transferência do estrangeiro para Portugal;
 - 3.4.3. A transferência internacional da sede estatutária;
 - 3.4.3.1. Aspectos gerais;
 - 3.4.3.2. A transferência de Portugal para o estrangeiro;
 - 3.4.3.3. A transferência do estrangeiro para Portugal;
 - 3.5. As normas de direito material português aplicáveis à transferência internacional da sede de Portugal para o estrangeiro
 - 3.6. A adaptação da sociedade;
 - 3.7. A efectivação da transferência da sede;

4. A transferência intra-comunitária da sede

4.1. Enquadramento

4.2. A relação entre os artigos 43.º, 48.º e 293.º do tratado da comunidade europeia

4.3. O elemento de conexão de residência no CIRC

4.4. Custos fiscais da transferência da sede no direito português

5. A proposta de 14.ª directiva

6. Conclusões finais



Introdução

1.1. Enquadramento da transferência internacional da sede

O fenómeno da globalização eliminou ou reduziu drasticamente as fronteiras nas relações políticas, económicas ou socioculturais. As transformações que acarretou foram dinamizadas por economias neoliberais, atentas às centenas de milhões de novos consumidores.

Nesta vaga, em que as sociedades comerciais rapidamente se viram envolvidas, surgiram exigências interestaduais de circulação que não se compadeceram com teias jurídicas oriundas de épocas de elevado proteccionismo.

Efectivamente, com a crescente circulação de pessoas, de mercadorias e de capitais, nenhum Estado poderia ficar indiferente às necessidades de sociedades comerciais que, por motivos económicos, fiscais, de mercado ou outros, se propuseram alterar a respectiva sede.

Estas necessidades constituíram, durante muito tempo, uma imposição do comércio jurídico e transformaram-se, depois, quantitativa e qualitativamente, por imperativo do crescente fenómeno da globalização.

Pode afirmar-se que o problema da transferência internacional da sede coloca-se, com particular acuidade, nas sociedades multinacionais.

De facto, uma das principais preocupações destas sociedades reside na estabilidade económica e política dos Estados onde se encontram instaladas a sede e as respectivas filiais que diversos acontecimentos poderão pôr em causa.²

Basta recordar a invasão, pelos Estados Unidos, do Panamá – uma das praças *off-shore* mais conhecidas a nível internacional – que levou ao receio (infundado, viu-se depois) da nacionalização das sociedades instaladas neste país.

São também relatadas situações em que, após o termo de regimes fiscais de complacência, nomeadamente por caducidade de tratados de natureza fiscal, houve sociedades que, instaladas num

² Entende-se por sociedade multinacional a sociedade com sede num determinado Estado que dispõe simultaneamente de filiais num ou mais Estados. Sobre sociedades multinacionais v. VICENZO ALLEGRI, *Note giuridiche sulle c.d. società multinazionali*, in Revista delle Società, ano XX, fasc. V, Settembre – Ottobre 1975, pp. 876-923; RICARDO BALESTRA; ANTÓNIO BOGGIANO e MARIA UZAL, *Las sociedades en el Derecho Internacional Privado*, in Revista del Notariado, Out. – Nov. – Dez. 1990, n.º 823, pp. 960 e segs. e TITO BALLARINO, *Diritto Internazionale Privato*, 2ª edizione, CEDAM, Padova, 1996, pp. 370 e segs.

determinado Estado, foram, posteriormente, compelidas a transferir as respectivas sedes para outros países que lhes permitiam auferir de idênticas vantagens.³

Nestes casos, a transferência da sede (ou a fusão internacional, que não será aqui tratada), parece ser o mecanismo mais eficaz para fazer face a evoluções ou convulsões no interior de determinado Estado.

São portanto razões de índole política e fiscal e de serem as que mais frequentemente determinam o processo de transferência internacional da sede.

Emergiu deste contexto o Regulamento n.º 2.157/2001, do Conselho, de 8 de Outubro, em vigor desde 8 de Outubro de 2004, que criou um novo tipo de pessoa colectiva designada pelo nome “*societas europaea*” ou sociedade anónima europeia. Este novo tipo societário, sendo transnacional, procurou acorrer às necessidades do mercado comum sendo relativamente imune às diferenças de ordenamento jurídico dos Estados-membros. A relatividade decorre da circunstância de o regulamento prever que, em tudo quanto não esteja regulado directamente, seja aplicável a lei do Estado onde a sociedade anónima europeia seja constituída.⁴

Com os exemplos supra indicados, confirma-se que a análise dos problemas jurídicos suscitados pela transferência internacional da sede deve partir da separação entre questões de natureza conflitual e questões de natureza material. É a forma como cada ordenamento jurídico soluciona as questões conflituais (*maxime* a determinação do estatuto pessoal das sociedades comerciais) que irá permitir identificar o enquadramento material da transferência internacional da sede.

1.2. Delimitação do objecto

A pedra de toque que permite diferenciar a transferência internacional da sede de figuras jurídicas⁵ afins reside na circunstância de a transferência internacional da sede só existir em sentido

³ V., a este propósito, NEDIM PETER VOGT, *Transfer of Corporate Domicile*, The Comparative Law Yearbook of International Business, vol. 14, 1992, pp. 85 – 111; PILAR BLANCO-MORALES LIMONES, *La Transferencia Internacional de Sede Social*, Aranzadi Editorial, Pamplona, 1997 e FAUSTO CAPELLI, *Trasferimento della sede amministrativa di società nella CEE: diritto di stabilimento e problematiche fiscali*, in Revista di Diritto Comunitario e Degli Scambi Internazionali, Gennaio – Giugno 1990, anno XXIX, n.º 12, p. 50–54.

⁴ V. Decreto-Lei n.º 2/2005, de 4 de Janeiro.

⁵ A transferência internacional da sede é, de certa forma, semelhante à fusão internacional de sociedades porque se desenvolvem na esfera de mais de um ordenamento jurídico e acarretam consequências importantes para os sócios, trabalhadores e terceiros.

Porém, a fusão de sociedades dará lugar à extinção e ao nascimento de um novo sujeito, enquanto a transferência

próprio se implicar uma mudança do estatuto pessoal, ocorrendo simultaneamente a imutabilidade da personalidade jurídica da sociedade. A lei do país de domicílio – país de origem - deve possibilitar a transferência e a lei do país para onde a sociedade pretende transferir a sede – país de acolhimento – deve permitir a sua concretização, sem que haja interrupção da personalidade jurídica da sociedade⁶.

Por outras palavras, a aplicação cumulativa dos ordenamentos jurídicos envolvidos é um requisito essencial para a delimitação do conceito.

Se a sociedade estiver obrigada a um processo de liquidação e/ou dissolução e, conseqüentemente, a constituir-se, de novo, no Estado de destino, a contribuição do Direito Internacional Privado ou do Direito Fiscal Internacional será muito escassa, não podendo falar-se, neste caso, em transferência internacional da sede.

Neste pressuposto, pode dizer-se que as sociedades sem personalidade jurídica se encontram excluídas da problemática da transferência internacional da sede.

Com uma ressalva para o caso de se entender que as normas de conflitos reguladoras das pessoas colectivas são aplicáveis analogicamente, em Portugal, a certos entes organizados sem personalidade jurídica. É que, para parte da doutrina portuguesa, as normas de conflitos reguladoras das pessoas colectivas são aplicáveis a certos entes organizados.⁷ A atribuição de um estatuto institucional a estes

internacional de sede pressupõe – quando os Estados envolvidos estão de acordo - a continuidade da identidade do sujeito migrante. Não obstante, por vezes sucede que a sociedade que deseja transferir a sua sede para outro país adquire uma sociedade ou constitui uma filial no país de destino e, posteriormente, a sociedade matriz funde-se com ela.

⁶ No âmbito do direito internacional privado especial das sociedades comerciais (artigo 3.º do CSC), o conceito de sociedade comercial não é idêntico ao do direito material português. A não se entender assim, a aplicação do conceito de direito material poderia afastar todas as relações que, não sendo enquadradas na definição típica de sociedade comercial do CSC, levantam problemas idênticos. Ora devemos analisar o direito de conflitos especial das sociedades comerciais aplicável às relações “privadas” internacionais que, pelo conteúdo e função que lhe é atribuído pelo direito ou direitos potencialmente aplicáveis sejam reconduzidos ao conceito de sociedade comercial (cf. artigo 15.º do CC).

Segundo ALBERTO SANTA MARIA, *Comentario al artículo 25.º del nuevo derecho internacional privado*, in *Commentario del nuovo diritto internazionale privato*, CEDAM, Padova, 1996, p. 155: “*la norma di diritto internazionale privato è espressamente formulata in modo tale da tener conto della funzione “internazionale” svolta dalle norme di conflitto. La categoria è, dunque, la più ampia ed è idonea a ricomprendere anche quegli istituti del diritto straniero disciplinati in modo diverso nel diritto materiale*”.

Partimos do conceito de sociedade utilizado por LIMA PINHEIRO, in *O direito aplicável às sociedades*, Revista da Ordem dos Advogados, ano 58, Julho - 1998, p. 766, (“*o contrato por que duas ou mais pessoas se obrigam a colaborar na prossecução de um fim económico comum*”) para definirmos as sociedades comerciais para efeitos de aplicação do Direito Internacional Privado Português como “*as sociedades que sendo constituídas, como pessoas colectivas, com a intervenção de órgãos públicos, realizam uma actividade económica*”. Sobre o conceito de sociedade comercial em direitos estrangeiros v. LIMA PINHEIRO, *ibidem*, p. 675.

⁷ V. LIMA PINHEIRO, *Joint-venture - Contrato de Empreendimento Comum em Direito Internacional Privado*, Cosmos, Lisboa, 1998, p. 743 e 744. Para alguns autores – ao contrário da aplicação analógica do artigo 33.º do CC - seriam aplicáveis os artigos 41.º do CC e 9.º da Convenção de Roma sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais.

entes pressupõe uma organização externa que envolve a existência de um órgão de administração e um mecanismo de relação que permita imputar, ao ente, os actos praticados em seu nome.⁸ Desta forma, o artigo 33.º, n.º 3 do CC - respeitante à transferência internacional da sede - seria aplicável a sociedades sem personalidade jurídica quando esteja definido o seu estatuto institucional, se os ordenamentos jurídicos envolvidos aceitarem a aplicação analógica das normas de conflitos respeitantes a sociedades⁹ ou as aplicarem de forma comum.¹⁰

De igual modo, não nos referiremos, ao longo do trabalho, à sociedade que, não tendo o seu estatuto pessoal regido pelo direito português, estabeleça uma representação permanente (estabelecimento estável) em Portugal, pois aqui, não se verifica transferência internacional da sede.

Finalmente, não será abordada a questão doutrinariamente controvertida da nacionalidade das pessoas colectivas.

O objecto do estudo encontra-se delimitado pelos critérios de determinação da *lex societatis*¹¹ do Estado de origem e do Estado de acolhimento e, subsequentemente, pela manutenção da personalidade jurídica da sociedade, em caso de transferência internacional da sede. Como é reconhecido, a atribuição (ou não) de nacionalidade às pessoas colectivas não está (directamente)

⁸ V. LIMA PINHEIRO, *O direito aplicável...*, p. 704 : “A atribuição de um estatuto institucional deve basear-se na conformação concreta e global do ente e, no mínimo, há-de pressupor uma unidade que actua no tráfico jurídico como ente individualizado, graças a mecanismos jurídicos que permitem a formação de uma vontade colectiva e a imputabilidade de actos praticados em seu nome. De entre os traços caracterizadores a ter em conta são de salientar o grau de estruturação orgânica, a existência de um património autónomo, a fixação de uma sede e o emprego de uma denominação social”

⁹ Como parece ser o caso do Direito Alemão, cf. LIMA PINHEIRO, *Joint-venture ...*, p. 743.

¹⁰ Cf. artigo 25.º, n.º 1 da LDIPI. Desta forma, o consórcio externo poderá transferir a sua sede entre Portugal e a Itália sendo aplicável analogicamente o artigo 33.º, n.º 3 do CC.

¹¹ E, nesta medida, pelo problema do reconhecimento das sociedades estrangeiras que se liga ao da determinação da lei aplicável à pessoa colectiva estrangeira. Neste sentido, v. ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO, *Lições de Direito Internacional Privado ao 5º ano jurídico de 1958-59*, AAFDL, Lisboa, 1963, p. 33: “*tem de admitir-se que em rigor o reconhecimento internacional da pessoa colectiva não pode ser algo de independente da determinação do estatuto desse mesmo ente colectivo, da referência à lei (estrangeira) que se considera ser-lhe aplicável.*” V. ainda JOSÉ MARIA BLANCO FERNÁNDEZ, *La nacionalidad de la sociedad en la Ley de Sociedades Anónimas*, in *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 203-204, Enero - Junio 1992, p. 272: “*La que en la actualidad parece ser opinión mayoritaria, sin embargo, estima que la cuestión del reconocimiento carece de sentido en sede societaria (...) la única cuestión que, a fin de cuentas, presentarán las sociedades extranjerías consiste en la determinación de la ley que les es aplicable, esto es, la fijación de su estatuto personal. Desde este punto de vista, no hay inconveniente en hablar de reconocimiento, mas su único objeto será entonces la determinación de la ley aplicable a la persona jurídica extranjera.*”

No mesmo sentido, LIMA PINHEIRO, *O direito aplicável ...*, p. 675 : “*o reconhecimento da personalidade jurídica mais não é que uma consequência da aplicação da lei pessoal da sociedade.*”

condicionada à determinação do estatuto pessoal da sociedade e à possibilidade de proceder à transferência da sede.¹²

O que é consensual é que, a ser admitida, a transferência da sede deverá efectuar-se salvaguardando a adequada protecção dos sócios e dos interesses dos credores e de terceiros, uma vez que terá reflexos ao nível das relações internas¹³ e externas da sociedade.¹⁴ Daí a relevância da aplicação cumulativa das leis do Estado de origem e do Estado de destino que conduziu à versão actual da proposta de 14.^a Directiva, como veremos no final deste texto.

Historicamente, o problema da transferência internacional da sede implicou, para a doutrina, consequências diversas que podem agrupar-se, tendencialmente, em três:

A primeira, consistiu na anulabilidade da decisão de transferência. Foi a decisão adoptada pelos tribunais alemães, em 1881, e pelos tribunais franceses, em 1894 e 1898.¹⁵

A segunda consequência, mais drástica, foi a da dissolução automática da sociedade.¹⁶

A terceira, residiu na cessação da personalidade jurídica da sociedade que iria transferir a sede no Estado de origem, constituindo-se *ab initio* uma sociedade no local da nova sede desde que

¹² Na primeira metade do século XX, a distinção entre nacionalidade e estatuto pessoal não resultava clara para a doutrina. Esta diferenciação deve-se a NIBOYET. A este respeito v. ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, *Estudos de Direito da Nacionalidade*, Almedina, Coimbra, 1998, p. 46 e segs. que distingue a nacionalidade da pessoa colectiva do seu estatuto pessoal porque “*o facto de uma norma de conflitos mandar aplicar a lei da sede, em matéria de estatuto pessoal, nada nos diz – nem pode dizer – acerca da nacionalidade das pessoas colectivas, nem das nacionais do Estado do foro, nem, a fortiori, das que tenham uma nacionalidade estrangeira, ou não tenham nacionalidade. Por um lado, será sempre necessária uma norma de direito da nacionalidade, de origem legislativa ou jurisprudencial, para definir o critério, ou os critérios, de atribuição da nacionalidade do Estado do foro às pessoas colectivas; por outro lado, para saber se uma pessoa colectiva tem uma nacionalidade estrangeira, é necessário e indispensável consultar o direito do Estado cuja nacionalidade está em causa (a lex causae)*”.

No mesmo sentido, cf. TITO BALLARINO, *Diritto Internazionale* ...,p. 359: “*Comme avviene anche in altri ordinamenti, il legislatore privilegiava quindi il profilo della nazionalità della società. Questa, tuttavia, è cosa diversa dallo statuto personale perché lo statuto personale esprime la ricerca di una legge regolatrice che è anteriore alla stessa qualificazione della nazionalità, mentre la nazionalità costituisce essenzialmente un dato rilevante per le norme del foro che distinguono tra cittadini e stranieri*” e JOSÉ MARIA BLANCO FERNANDEZ, *La nacionalidad* ...,p. 273

Questionando a nacionalidade das pessoas colectivas, v. NEDIM PETER VOGT, *Transfer* ...,p. 87, “*Legal scholars, in particular those of Argentina, have come to the conclusion that the concept of nationality does not apply in relation to corporations and that “juridical persons are neither national nor foreign*”.

Sobre a atribuição de nacionalidade às sociedades noutros direitos v., nomeadamente, CHESHIRE & NORTH’S, *Private International Law*, 11th edition, Butterworths, Londres, 1987, p. 177.

¹³ O artigo 33.º, n.º 2 do CC refere que “*à lei pessoal compete especialmente*” regular, no âmbito das relações internas, a constituição, funcionamento e competência dos órgãos, modos de aquisição e perda da qualidade de associado e correspondentes direitos e deveres, fazendo um elenco exemplificativo das matérias a regular pela lei pessoal da sociedade.

¹⁴ As relações externas da sociedade abrangem, nomeadamente, nos termos do artigo 33.º, n.º 2 do CC, a responsabilidade da pessoa colectiva, bem como a dos respectivos órgãos e membros perante terceiros.

¹⁵ V., a este propósito, NEDIM PETER VOGT, *Transfer* ...,p. 88 e segs.;

¹⁶ Cf. NEDIM PETER VOGT, *Transfer* ...,p. 89;

respeitadas as normas referentes à constituição de sociedades. Esta consequência foi admitida, na doutrina portuguesa, por MACHADO VILELA¹⁷ e por JOSÉ TAVARES e, a nível internacional, por NIBOYET.¹⁸

É, hoje, comumente aceite pela doutrina que a transferência internacional da sede apenas se verificará caso haja alteração do estatuto pessoal da sociedade, com manutenção da personalidade jurídica à luz de qualquer dos ordenamentos envolvidos.

É sobre esta hipótese que incidirá o presente estudo.

Metodologicamente, começar-se-á por analisar os critérios de determinação da *lex societatis*, adoptando-se posição a respeito destes para, depois, se fazer uma breve exposição sobre os critérios perfilhados, no direito estrangeiro, quanto à determinação da *lex societatis* e à transferência internacional da sede.

De seguida, precisar-se-á o conceito de sede no direito interno português e explanar-se-á o regime vigente quanto à determinação da *lex societatis* para, a final, se identificar o regime estabelecido pelo ordenamento jurídico português relativamente à transferência internacional da sede.

Posteriormente estudar-se-á o direito comunitário, tendo em conta a sua natureza harmonizatória que se afigura ser a única que permite compatibilizar, no futuro, as diferentes opções legislativas que têm sido adoptadas pelos Estados-membros.

Por último analisar-se-á o impacto fiscal que a transferência internacional da sede provoca à luz do ordenamento jurídico português e a proposta de 14.^a Directiva das Sociedades Comerciais.

¹⁷ Para MACHADO VILELA *apud* MARQUES DOS SANTOS, *Estudos ...*, p. 48, o estatuto pessoal da pessoa colectiva seria determinado pela nacionalidade. Desta forma, “*a pessoa colectiva é um sujeito de direitos, precisando por isso de ter uma lei que determine as condições da sua existência e a medida da sua capacidade jurídica, e tendo consequentemente de integrar-se na ordem jurídica de um determinado Estado. Esta dependência entre a pessoa colectiva e a lei de um determinado Estado é a sua nacionalidade*”. Conforme RAÚL VENTURA, *A sede da sociedade, no direito interno e no direito internacional português*, in *Scientia Iuridica – Revista Bimestral Portuguesa e Brasileira*, Jan./Abril 1977, tomo XXVI, n.º 144-145, p. 494, “*(...) foi muito generalizada a opinião de que a mudança da nacionalidade de uma sociedade constituía um impossível jurídico (entre nós Machado Vilela) (...)*”. V. a este respeito LIMA PINHEIRO, *O direito aplicável ...*, p. 752 e segs e ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO, *Lições ...*, p. 55.

¹⁸ V., a este propósito, NEDIM PETER VOGT, *Transfer ...*, p. 89. Esta teoria foi aceite pela jurisprudência belga em 1965, numa decisão sobre a transferência para a Bélgica de uma sociedade inglesa. Esta consequência pode ser aplicada, ainda hoje, à transferência da sede estatutária à luz da teoria da constituição. Neste sentido, TITO BALLARINO, *Diritto Internazionale ...*, p. 358 : “*Il trasferimento del domicilio avrebbe (...) come conseguenza l’estinzione della società nel diritto inglese e la sua ricostituzione all’estero.*” V. ainda DICEY AND MORRIS, *The Conflict of Laws*, 11th edition, Stevens, 1987, p. 1104 “*A company incorporated under the Companies Act 1985 cannot be reincorporated elsewhere so as to have more than one domicile. Should shareholders in such company wish to re-incorporate in France and do so, then, as a matter of English law, two distinct corporations (one French and one English) are created.*”

CRITÉRIOS DE DETERMINAÇÃO DO ESTATUTO PESSOAL DA SOCIEDADE

2.1. Aspectos gerais;

A *lex societatis* condiciona a admissibilidade e os requisitos da transferência internacional de sede.

É dela que deve partir-se para a análise do problema da transferência.

Cada Estado age livremente na escolha do elemento de conexão relevante para determinar o estatuto pessoal da sociedade.¹⁹

A reserva do princípio da efectividade é, no entanto, essencial, traduzida na exigência de um “*genuine link*”, como definido no caso *Nottebohm*, de um vínculo efectivo entre a sociedade e o Estado a cujo ordenamento jurídico está submetida, no momento em que se constitui.²⁰

Existem diversos critérios para determinar o estatuto pessoal da pessoa colectiva. A sua formulação deu lugar a uma pluralidade de correntes doutrinárias, das quais indicaremos, a título exemplificativo²¹, a teoria do lugar da constituição, a teoria da nacionalidade, a teoria do controlo, a teoria do centro de exploração, a teoria da sede real ou efectiva, a *incorporation theory* ou teoria da constituição.

¹⁹ A doutrina e a jurisprudência internacionais são unânimes em reconhecer a competência da *lex fori* para definir o critério determinante da *lex societatis*. V. a este propósito PILAR BLANCO-MORALES LIMONES, in *La transferencia* ...,p. 40 e RICARDO BALESTRA *et alli*, *Las sociedades* ...,p. 955.

A determinação da *lex societatis* não deve ser confundida com a aplicação de normas obrigacionais ao contrato de sociedade. A este propósito, v. LIMA PINHEIRO, *O direito aplicável* ...,p. 725 e segs. O contrato de sociedade será regido, no ordenamento jurídico português, pelos artigos 41.º e 42.º do CC, conjugados com os artigos 3.º e 4.º da Convenção de Roma sobre a lei aplicável às obrigações contratuais de 19 de Junho de 1980. Sobre a lei aplicável à forma do contrato de sociedade, v. LIMA PINHEIRO, *O direito aplicável* ...,p. 733. Sobre as fontes de regulação das obrigações voluntárias, v. LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado – Parte Especial (direito de conflitos)*, Almedina, Coimbra, 1999, pp. 167 e segs. Sobre o âmbito de aplicação da Convenção de Roma relativamente a obrigações contratuais, v. CATERINA AZZOLINI, *Problemi relativi alle persone giuridiche nella riforma del diritto internazionale privato*, in *Rivista di diritto internazionale privato processuale*, anno XXIX, n.º 4, Ottobre – Dicembre 1993, pp. 921 e segs. e ALBERTO SANTA MARIA, *Commentario* ...,p. 138 : “*La disposizione contenuta nella lettera e dell’articolo 1 par. 2 della convenzione di Roma dispone l’esclusione dall’applicazione della lex contractus (...) confermando così, a contrariis, l’ampio ambito di applicazione della lex societatis.*”

Neste sentido pronunciou-se também o TJCE, ao considerar, no acórdão *Daily Mail*, que cada Estado determina de modo livre e independente o critério de conexão que considera mais oportuno para determinar a *lex societatis*.

²⁰ V., a este propósito, PILAR BLANCO-MORALES LIMONES, *La transferencia* ...,p. 38: “*En la experiencia más reciente nos encontramos con ejemplos que elevan a la categoría de principio general del Derecho Internacional o de norma consuetudinaria del Derecho Internacional la exigencia de un vínculo actual e efectivo entre la sociedad y el Estado al amparo de cuya ley se constituye.*”

²¹ Com plúrimas referencias a critérios aferidores da *lex societatis*, v. RAÚL VENTURA, *A sede* ...,p. 360.

A teoria do lugar da constituição aplica à determinação do estatuto pessoal da sociedade o princípio *locus regit actum*. Ocorre, porém, como refere LIMA PINHEIRO²², que não se conhece ordenamento jurídico que admita a constituição de pessoas colectivas, com a intervenção dos seus órgãos, segundo um direito estrangeiro. Sendo assim, será irrelevante a distinção entre teoria da constituição e teoria do “lugar da constituição”.

O critério da nacionalidade foi utilizado como forma de determinar a *lex societatis*, cabendo ao direito do foro definir se a sociedade é nacional ou estrangeira. A evolução registada na identificação do estatuto pessoal da sociedade aponta, todavia, para a necessidade de um vínculo de ligação efectiva da sociedade ao Estado. Por esta razão, o critério da nacionalidade tem vindo a ser abandonado, em detrimento de outros que proporcionem, de forma imediata, a detecção desse vínculo e, consequentemente, da *lex societatis*.²³

A determinação da *lex societatis*, de acordo com a teoria do controlo, far-se-á em função da nacionalidade dos sócios. Esta teoria foi criada pela jurisprudência norte-americana, em 1812, em resultado da guerra anglo-americana.²⁴ A sua *ratio* baseava-se na necessidade de, em períodos de conflitos bélicos, legitimar o levantamento da personalidade jurídica da sociedade, com a finalidade de atingir interesses económicos de países inimigos ocultados na nacionalidade dos sócios que controlavam a sociedade.²⁵

A verdade é que esta teoria veio a aplicar-se em tempo de paz.

²² In *O direito aplicável* ..., p. 683.

²³ V. MARQUES DOS SANTOS, *Estudos* ..., pp. 46 e segs.

²⁴ Cf. refere CALVO CARAVACA *et alli*, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, Editorial Comares, Granada, 1998, p. 292.

²⁵ Cf. RICARDO BALLESTRA *et alli*, *Las sociedades* ..., p. 956: “la acepción del control significa el que se há originado com motivo de las guerras mundiales respecto a la propiedad enemiga, que há dado lugar a la teoría del descorrimiento del velo de la personalidad jurídica y que há permitido penetrar en la esencia de personas que formalmente respondían o responderían a una supuesta nacionalidad, pero que encubrían o encubrirían a titulares de una nacionalidad distinta y que por tanto podían verse sometidas – caso de las sociedades alemanas en la segunda guerra mundial – a medidas de vigilancia o de confiscación de sus bienes, según dos grados e enemistad o de disposición económica que hubiera respecto a estas sociedades.

En tiempos de paz, esta expresión del control se traduce en la supervisión o en la superintendencia por parte de organismos específicos del Estado de actuación de las sociedades para conocer, en mayor o menor medida a través del registro o de la publicación de sus estatutos u otras medidas análogas, el desenvolvimiento de las personas jurídicas o sociedades en su teritório.”

Ergueram-se, contra ela, justificadas críticas e, desde logo, a de que ela ultrapassa aspectos fundamentais da estrutura societária, nomeadamente o do reconhecimento da sua personalidade jurídica.²⁶

De acordo com os defensores da teoria do centro de exploração, a sociedade veria o seu estatuto pessoal definido pela lei do Estado onde se situasse o seu centro principal de exploração, o que permitiria acompanhar as sucessivas mutações da sociedade comercial e assegurar a efectividade da ligação da sociedade ao Estado onde se encontrasse.

É fácil ver que este critério pode, de acordo com a evolução do interesse empresarial, revelar-se instável e de difícil determinação.²⁷

Restam duas teorias a que daremos atenção especial: a teoria da sede real ou efectiva ou sede da administração e a teoria da constituição ou *incorporation theory*.

De facto, como refere LIMA PINHEIRO, “a evolução que entretanto se verificou levou a centrar o debate na teoria da constituição e na teoria da sede (da administração)”.²⁸

Para a teoria da sede real ou efectiva ou sede da administração, a *lex societatis* será a do Estado onde se encontra situada a sede da administração.²⁹

A teoria da constituição³⁰ ou *incorporation theory* sustenta que o estatuto pessoal da sociedade é regulado pela lei do Estado onde esta se constituiu.

2.2. A teoria da sede e a teoria da constituição

A teoria da constituição tem sido apontada como a que mais favorece a estabilidade e permanência do estatuto da sociedade. Como explica LIMA PINHEIRO, a sociedade constituída de acordo

²⁶ O que não tem impedido a sua utilização face a situações *injustas* para a *lex fori*. Neste sentido, v. a decisão respeitante à transferência da sede da *Caisse Agricoles* da Argélia para França que veio a considerar a sociedade francesa, de acordo com o critério da nacionalidade, cf. PILAR BLANCO-MORALES LIMONES, *La transferencia ...*, p. 42.

²⁷ Como se analisará, este critério veio a ser consagrado em alguns Estados Norte-americanos (v.g. Califórnia a Nova Iorque como forma de solucionar o problema das sociedades pseudo-estrangeiras) e na Itália e Espanha (como forma de determinar a aplicação do direito desses Estados quando fosse detectado o vínculo de efectividade proporcionado pelo critério do centro de exploração).

²⁸ In LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional ...*, p. 74. No mesmo sentido, v. CALVO CARAVACA, *Derecho ...*, p. 291: “*En el momento presente, los criterios más utilizados para determinar la sujeción de una sociedad al derecho de un Estado, derecho que debe decidir sobre su existencia, organización y posición jurídica son el principio de la sede real y el principio de la constitución.*”

²⁹ Adoptando a concepção de LIMA PINHEIRO, *ibidem*, p. 687, entendemos por sede da administração “o lugar onde as decisões fundamentais da direcção da empresa são convertidas em actos de administração corrente.”

³⁰ Cf. LIMA PINHEIRO, *ibidem*, p. 679, preferimos a expressão “constituição” em detrimento da expressão “incorporação”.

com esta teoria “*pode deslocar internacionalmente não só os seus centros de actividade mas também o seu centro de direcção sem que isso implique uma mudança do direito aplicável*”.³¹

A teoria da constituição consagra o princípio da autonomia privada,³² ao assegurar que os sócios da sociedade verão o estatuto desta regido pela lei do Estado onde foi constituída, independentemente do local onde venha a exercer a actividade. Permite-se, por esta forma, uma maior circulabilidade das sociedades e a conseqüente possibilidade de transferir a sede da administração, acompanhada de objectividade na determinação do respectivo estatuto pessoal que se manterá constante, sendo simultaneamente assegurada uma maior *validade* das sociedades na esfera do comércio internacional.

Em sentido oposto, poder-se-á dizer que o princípio da autonomia privada não é credor de tutela superior à que é justificada pela defesa dos interesses de terceiros e do comércio jurídico em geral.

Acresce que a teoria da constituição privilegia a criação de sociedades em locais com os quais não apresentam qualquer laço efectivo, nomeadamente paraísos fiscais.

Veremos, no entanto, que a legislação internacional-privatística dos Estados que adoptaram a teoria da constituição tem evoluído, acompanhando a doutrina, no sentido de mitigar aquela teoria, de modo dissipar os elementos susceptíveis de crítica – v.g. a probabilidade de criação de sedes *fictícias*.

Para os defensores do direito da sede da administração, será este que melhor defende os interesses da sociedade, dos trabalhadores e de terceiros.

Será o direito mais facilmente localizável no tráfego jurídico internacional e aquele que assegura a defesa dos interesses públicos no controlo das empresas, por via da sua sujeição às leis do Estado onde se encontra a sede da administração.

Afasta-se, por esta via, o postulado da validade da sociedade, inerente à teoria da constituição, privilegiando-se a efectividade com o Estado onde a sociedade se situa.

Mas esta teoria parte de um pressuposto que parece ser, por um lado, demasiado amplo e, por outro, dificilmente determinável, desde logo porque pode prestar-se a dúvidas e a dificuldades, designadamente face a sociedades plurilocalizadas: o da localização da sede da administração.

³¹ Cf. LIMA PINHEIRO, *O direito aplicável* ...,p. 738. Excepcionalmente, o direito suíço é invocado como paradigma de um sistema que, adoptando a teoria da constituição, admite a mudança da lei pessoal ao permitir a transferência da sede estatutária.

³² Apesar de impor que a sede estatutária coincida com o Estado onde a sociedade se constitui, dada a intervenção dos órgãos públicos que deverão aplicar o direito local.

Para esta teoria, a transferência da sede da administração dá lugar à mudança do estatuto pessoal da sociedade e do direito aplicável, o que prejudica a mobilidade internacional das sociedades.

Por outro lado, ela desfavorece a consistência das sociedades. A sociedade que estabeleça a sede da administração num Estado diferente daquele em que se constituiu verá a sua personalidade jurídica posta em causa por não reunir os pressupostos exigidos pelo Estado onde instalou a sede. Estará frequentemente sujeita à aplicação das regras que regulam as sociedades irregularmente constituídas.

Por isso, pode afirmar-se que a teoria da sede é – relativamente às sociedades com personalidade jurídica que se constituem com a intervenção de órgãos públicos - uma “*qualificação da teoria da constituição*”.³³ É que, na medida em que os órgãos públicos aplicam o direito local e a constituição da sociedade é apreciada segundo o direito da sede da administração, a sociedade deve estabelecer a sede da administração no Estado em que se constituiu. Isto porque a teoria da sede da administração exige que a sociedade se forme segundo o direito do país da constituição mas reclama adicionalmente que, nesse momento, tenha a sua sede efectiva no país da constituição.

Compreendidas as razões que conduziram à conceptualização das teorias da sede e da constituição, cabe tomar posição.

As divergências doutrinárias a respeito da opção pela teoria da constituição encontram o seu elemento genético no grau de *efectividade* proporcionado que, em certas circunstâncias, se pode revelar inexistente (*maxime* no caso de transferência internacional da sede). Neste contexto, seria à luz da teoria da sede da administração que se proporcionaria a interpenetração da sociedade com o ordenamento jurídico do local onde se encontrasse *efectivamente* instalada, evitando-se situações de fraude e assegurando-se uma efectiva protecção de terceiros, de importância primordial para a segurança jurídica do comércio internacional.

Mas o argumento suscita reservas.

De facto, é difícil materializar as vantagens que a *efectividade* oferecida pela teoria da sede - quando entendida de forma absoluta - proporciona face à teoria da constituição.

A sociedade poderá sempre optar por transferir a sua sede para local onde possa extrair maiores vantagens jurídicas – caso os ordenamentos jurídicos envolvidos a manutenção da personalidade

³³ Cf. a expressão de LIMA PINHEIRO, *O direito aplicável* ...,p. 690.

jurídica da sociedade -, o que não impede, à luz da teoria da sede, que a lei pessoal da sociedade seja a do Estado onde existe uma *sede da administração* que, na realidade, se venha a revelar *fictícia*.

Foi com o objectivo de solucionar este problema que se propôs a conjugação da teoria da sede da administração com diversos critérios que permitam o melhor apuramento da sede da administração – v.g. critério do controlo, do centro de exploração ou do lugar onde a sociedade desenvolve a sua actividade principal.

Mas a opção pela teoria da sede, de forma cumulativa com alguns dos critérios expostos, denuncia, afinal, o seu insuficiente valor explicativo.

O Direito Internacional Privado procura soluções (e segurança) na determinação da lei aplicável no emaranhado jurídico internacional em que as pessoas, singulares ou colectivas, cada vez mais, se encontram envolvidas.

Ora, não se vê que, com a teoria da sede, se contribua para a determinação objectiva da *lex societatis*. Pelo contrário, a sua aplicação seria susceptível de obscurecer (ainda mais) a determinação da *lex societatis*, face à criação de sedes aparentes, de sedes plurilocalizadas, da dispersão da sede ou da sua frequente rotatividade.³⁴

Por outro lado, não se diga que a teoria da sede garante melhor a protecção de terceiros – pela *ligação efectiva* que representa, que tornaria mais facilmente apreensível a *lex societatis* – pois, como se sabe, a localização da sede da sociedade pode ser sempre *desvirtuada*.

Como se referiu, a transferência internacional da sede pressupõe a manutenção da personalidade jurídica à luz dos ordenamentos jurídicos envolvidos.

Nestas condições, a teoria que melhor salvaguarda a manutenção da personalidade jurídica da sociedade é a da constituição, desde que da transferência não resultem *distúrbios* na determinação da lei pessoal da sociedade – v.g. pelo país de acolhimento abraçar a teoria da sede da administração - ou situações de fraude à lei.

De resto, a teoria da constituição tem vindo a sofrer *atenuações* que visam, nomeadamente, evitar a criação de sedes fictícias, superando as críticas à falta de ligação efectiva ao Estado onde a sociedade se encontra que um entendimento *puro* daquela teoria sugeriria.

³⁴ Que, v.g. no caso de sociedades multinacionais, pode funcionar numa base de rotatividade entre Estados (*maxime* na União Europeia, são conhecidos casos de sociedades que, consoante a nacionalidade do Presidente do Conselho de Administração, alteram a sede do mesmo). Os terceiros seriam assim confrontados com a mudança anual da *lex societatis*...

Assim, nos EUA, a denominada doutrina das sociedades pseudo-estrangeiras veio considerar que nenhum Estado que adopte a teoria da constituição está obrigado a aplicar exclusivamente o direito da constituição às sociedades que realizam a actividade principal no seu território. Com esta doutrina, pretende proteger-se interesses de sócios e de terceiros, o que a aproxima da teoria da sede da administração na medida em que busca a aplicação do direito do local onde a sociedade exerce a actividade. Apresenta-se, pois, como mitigação da teoria da constituição.³⁵

A opção pela teoria da constituição levará à apreensão imediata da *lex societatis*.

A falta de vínculo *efectivo* a que esta teoria pode conduzir, será colmatada pela aplicação da doutrina das sociedades pseudo-estrangeiras.

De forma idêntica, a protecção dos interesses de terceiros pode ser realizada por conexões especiais com o Estado onde a sociedade desenvolve a sua actividade.³⁶

Em último caso, a *reserva de ordem pública internacional* “*pode afastar o resultado a que conduz o Direito da constituição, quando esta se mostrar manifestamente incompatível com normas e princípios fundamentais*”³⁷ do Estado de acolhimento.

Podemos concluir que uma teoria mitigada da constituição seria aquela que, *de iure condendo*, melhor respeitaria os interesses envolvidos na transferência internacional da sede. Com LIMA PINHEIRO, poderíamos então falar de uma *teoria atenuada da constituição que exclui a aplicação do Direito da constituição às sociedades pseudoestrangeiras e admite conexões especiais bem delimitadas com o*

³⁵ Esta doutrina foi adoptada na resolução sobre sociedades anónimas em Direito Internacional Privado do Instituto de Direito Internacional Privado. Nos termos do artigo 3.º, as sociedades constituídas num Estado mas que tenham o objecto principal noutro Estado poderão ver o seu reconhecimento recusado se a sua constituição não for conforme ao Direito onde se encontra o seu objecto principal (cf. preconiza a teoria da sede). Por outro lado, nos termos do artigo 4.º, se a sociedade se encontra fora do Estado onde foi constituída mas não apresenta qualquer laço efectivo com esse local (nos termos da 2ª parte do artigo 4.º), será aplicado o Direito local. No entanto, a ligação efectiva terá de ser apurada com base noutros factos que não apenas a sede estatutária (sendo nomeadamente, a origem do capital da sociedade, a nacionalidade ou residência habitual dos sócios ou de quem controla a companhia). V. Institut de Droit International, *Tableau des Résolutions adoptées (1957-1991)*, Editions Pedone, Paris, 1992, p. 270 – 277 e LIMA PINHEIRO, *O direito aplicável ...*, p. 711.

³⁶ Cf. LIMA PINHEIRO, *O direito aplicável ...*, p. 749, “*As conexões especiais devem ser limitadas ao mínimo indispensável para a tutela dos interesses de terceiros e do comércio jurídico em geral, mediante uma ponderação dos valores em presença. A protecção de terceiros pode em vasta medida ser assegurada pelas normas de Direito material especial relativas ao estabelecimento de representações das sociedades de estatuto pessoal estrangeiro, e sujeição a registo, nos Estados onde a actividade social é exercida, e por uma conexão especial em matéria de “capacidade” com o Estado onde são celebrados negócios jurídicos*”

LIMA PINHEIRO procura, desta forma, evitar a sobreposição de um vasto conjunto de normas do Estado da actividade social que poderiam criar algumas dificuldades à realização de uma actividade transnacional.

³⁷ Cf. LIMA PINHEIRO, *ibidem*, p. 751.

*Direito do Estado onde a sociedade desenvolve a sua actividade e com o Direito de outros Estados onde a sociedade celebra negócios jurídicos.*³⁸

2.3. A transferência de sede em direito estrangeiro;

A transferência da sede em direito internacional privado coloca problemas quando os Estados assumem posições diversas a respeito da determinação da *lex societatis*.³⁹

No caso de os ordenamentos envolvidos na transferência coincidirem, dificilmente subsistirão questões controvertidas.

Atente-se na teoria da constituição e na teoria da sede que polarizam o debate jurídico internacional a respeito da determinação da *lex societatis*.

Se os dois ordenamentos adoptarem a teoria da constituição, a transferência da sede da administração não envolverá a alteração do estatuto pessoal da sociedade. Porém, a transferência da sede estatutária será inviável por implicar a extinção da sociedade num ordenamento e a sua constituição no novo ordenamento.⁴⁰

A transferência internacional da sede da administração será possível quando os dois Estados tiverem adoptado a teoria da sede da administração, desde que o direito interno de cada um a permita, implicando a transferência a mudança do estatuto pessoal da sociedade.

O problema suscita-se quando há divergência entre a sede estatutária (imbricada à teoria da constituição) e a sede da administração.

Para o resolver, diversos ordenamentos jurídicos têm mitigado as teorias adoptadas, visando a sua compatibilização e a harmonização internacional de soluções quanto à transferência internacional da sede.

É interessante analisar as soluções propostas por alguns desses ordenamentos.

³⁸ In LIMA PINHEIRO, *ibidem*, p. 749. Partilhamos a ideia do Autor, segundo a qual, mesmo nos casos em que a sociedade se constituiu sem a intervenção de órgãos públicos, deve ser regida pelo direito por que, de forma exteriormente visível, se constituiu. Na impossibilidade de se determinar, será aplicável o direito do Estado onde se encontre a sede da administração, conforme, aliás, o artigo 154.º da Lei Federal de Direito Internacional Suíça.

³⁹ Para MARQUES DOS SANTOS, *Estudos ...*, p. 74, os vários critérios de determinação da *lex societatis* são de tal modo critérios únicos e exclusivos que daí poderiam derivar situações, no âmbito da transferência internacional da sede, de binacionalidade ou de apatridia para a sociedade.

⁴⁰ Com excepção das situações atípicas consagradas no direito suíço, dificilmente se vislumbra que um Estado, adoptando a teoria da constituição, permita que uma sociedade transfira a sua sede estatutária para outro Estado.

Começar-se-á por analisar os sistemas onde vigora teoria da constituição - países anglo-saxónicos – para, depois, surpreender os aspectos essenciais do regime da transferência internacional da sede nos Estados em que a teoria da constituição aparece já atenuada – Itália e Suíça.

Por último, apresenta-se o direito francês e espanhol, como exemplos de ordenamentos jurídicos que adoptaram a teoria da sede da administração.

2.4. Os países anglo-saxónicos

O modelo da *incorporation theory* foi adoptado em toda a Grã-Bretanha, nos EUA, na Irlanda e nos Países Baixos.⁴¹

Nestes países, o problema da transferência internacional da sede reveste-se de particular acuidade. De facto, a personalidade jurídica de uma sociedade está intimamente ligada ao Estado onde foi incorporada,⁴² não podendo ser transportada para outro Estado.

A nacionalidade e a lei pessoal mantêm-se enquanto a sociedade existir.

É necessário, no entanto, dissociar duas realidades distintas, respeitantes à transferência internacional da sede. Uma, traduzida na determinação da *lex societatis*. A lei pessoal continua a ser a do ordenamento jurídico onde foi constituída a sociedade.

Outra, relativa à possibilidade de se proceder à transferência internacional da sede da administração ou da sede estatutária da sociedade.

A transferência da sede da administração da sociedade não suscita questões nos países que adoptaram a *incorporation theory*. De facto, o estatuto pessoal da sociedade continuará a ser determinado pelo ordenamento jurídico onde a sociedade foi constituída.

Pode coerentemente dizer-se que a transferência da sede da administração é *facilitada pela teoria da constituição*.⁴³

⁴¹ Cf. MAURICE ROSENBERG, PETER HAY e RUSSEL J. WEINTRAUDE, in *Conflict of laws – cases and materials*, 10th edition, Westbury, New York, 1996, p. 982, “*With rare exceptions, Anglo-american law holds that law of the state of incorporation governs such questions as whether the corporation exists at all, what it is authorized to do, and when it ceases to exist. That state’s law also determines the rights and liabilities of the corporate officers and of the shareholders with respect to the corporation*”.

⁴² Assim, RAÚL VENTURA, *A sede da sociedade* ...,p. 493: “*a incorporação é um facto que, uma vez ocorrido, não pode ser apagado sem extinção da sociedade.*”

⁴³ V. a este propósito PILAR BLANCO-MORALES LIMONES, *La transferencia* ...,p. 59. De facto, apenas a transferência da sede estatutária dará origem à mudança do estatuto pessoal da sociedade. A circunstância do princípio da constituição ser, dos critérios para a determinação da *lex societatis*, aquele que concede maior possibilidade de circulação de sociedades, não afasta – como vimos anteriormente - o risco de fraudes na transferência da sede de sociedades que mudarão a respectiva sede da administração consoante as vantagens ou desvantagens que encontrem no ordenamento jurídico do Estado de acolhimento.

Pelo contrário, o conceito de sede estatutária não corresponde, nos países anglo-saxónicos, ao conceito tradicional dos sistemas romanísticos. Por isso, como veremos, não pode rigorosamente falar-se de transferência de sede estatutária de sociedades constituídas nos países anglo-saxónicos.

Não existindo a definição de sede estatutária, tal como na Europa continental, o direito inglês consagra a figura do “*registered office*”.⁴⁴

O *Companies Act de 1985* exige que, no *memorandum of association*, conste a localização do *registered office*. Este deverá encontrar-se em Inglaterra, Escócia ou País de Gales.⁴⁵

A transferência do *registered office* é admitida, no direito inglês, se for efectuada para a Escócia ou o País de Gales, dado que fazem parte do mesmo Estado - Grã-Bretanha.

Doutra forma, a sociedade terá de se dissolver, sendo constituída *ex novo* no Estado de acolhimento (reincorporada).⁴⁶

Nem o *Companies Act* nem a jurisprudência inglesa consideram que a sede estatutária (*registered office*) deve coincidir com a sede da administração. Esta última apenas prevalecerá para efeitos fiscais.

A mudança da sede da administração – que não implica a alteração dos estatutos - carece, no entanto, da autorização do tesouro inglês, por forma a evitar fraudes fiscais, permanecendo a sociedade sujeita à lei do Estado onde se constituiu.⁴⁷

⁴⁴ Para LIMA PINHEIRO, *O direito aplicável* ...,p. 680, “A sede estatutária, tal como é concebida no Direito Português e sistemas aparentados, não é idêntica ao *registered office* dos sistemas de *Common Law*. Quanto às sociedades constituídas na Inglaterra, País de Gales e Escócia, este *registered office* é estabelecido fundamentalmente para efeitos de correspondência, notificações e inspecção de livros, registos e outra documentação da sociedade. Normalmente o *registered office* não se situa no estabelecimento da sociedade, mas no escritório dos contabilistas ou advogados da sociedade. Dai que a actuação do critério da sede estatutária possa suscitar dúvidas que a *incorporation theory* não suscita.”

Ainda a este propósito, v. RAÚL VENTURA, *A sede* ...,p. 474 e segs. “Como o *registered office* desse sistema não corresponde à sede estatutária do sistema oposto, a sociedade nasce sem uma sede estatutária; se criar uma sede efectiva em país diferente do da incorporação, pode perguntar-se (...) se deve ou não ser aplicado o regime que porventura esteja estabelecido para a transferência internacional da sede. Se a sociedade já criou uma sede efectiva e depois a muda há simplesmente o problema da transferência da sede efectiva, sem interessar saber se houve ou não uma sede estatutária.”

⁴⁵ Cf. NEDIM PETER VOGT, *Transfer* ...,p. 88.

⁴⁶ Segundo CHESHIRE & NORTH’S, *Private International Law* ...,pp. 177 e 901 e segs., uma sociedade tem o seu estatuto pessoal definido pela lei do seu domicílio. Este corresponderá sempre à lei do Estado onde foi incorporada. Acrescentam ainda CHESHIRE & NORTH’S que uma sociedade não pode mudar o seu domicílio. “(...) a corporation it is domiciled where it is incorporated. But the domicil of a corporation has this peculiarity, that it cannot be changed. It cannot be converted into a domicil of choice. The domicil of origin, or the domicil of birth, using with respect to a company a familiar metaphor, clings to it through its existence.”

⁴⁷ Cf. NEDIM PETER VOGT, *Transfer* ...,p. 88. A detecção pelas autoridades inglesas de uma eventual fraude fiscal foi suscitada nos factos que deram origem ao acórdão *Daily Mail*.

No caso de a sociedade transferir a sede da administração do estrangeiro (Estado onde se constitui) para Inglaterra, ficará sujeita a determinadas obrigações previstas no *Companies Act 1985*, à semelhança das “*oversea companies*”.

Por outro lado, vigora, de forma geral, em todos os EUA, um sistema similar ao da Inglaterra.

Apesar da teoria da constituição servir para determinar o estatuto pessoal da sociedade, certos Estados admitem receber sociedades estrangeiras que, através de mecanismos de adaptação, passarão a ter o seu estatuto pessoal determinado pelo novo Estado.⁴⁸

Para evitar a *race to the bottom* ou o síndrome de Delaware, (situações em que a sociedade, tendo um vínculo efectivo com um local, estava submetida a outro ordenamento jurídico) surgiu a doutrina das sociedades pseudo-estrangeiras, como forma de atenuar a falta de efectividade legitimada pela teoria da constituição. Segundo aquela teoria, a sociedade que, apesar de ter sido constituída num Estado, tenha transferido a sua sede efectiva para outro Estado, estará submetida a determinadas normas injuntivas⁴⁹ quando determinados pressupostos de efectividade legalmente previstos forem preenchidos.

Porém, a doutrina das sociedades pseudo-estrangeiras tem vindo a ser questionada à luz da Constituição Norte-americana.⁵⁰

A transferência internacional da sede é admitida, de forma geral, por todos os Estados Norte-americanos que excepcionalmente salvaguardam a aplicação do direito do lugar onde a sociedade exerce a actividade como forma de afastar as sociedades pseudo-estrangeiras e proteger os interesses de terceiros e do próprio Estado.⁵¹

2.5. Europa Continental

Em Itália, à semelhança da doutrina portuguesa do início do séc. XX, a jurisprudência inclinou-se, no passado, a considerar que a transferência internacional da sede de e para Itália acarretava

⁴⁸ Entre outros o Estado de Delaware. V. a este propósito NEDIM PETER VOGT, *Transfer* ...,p. 94 e segs.

⁴⁹ Como é o caso do artigo 2115.º do California Corporations Code e do artigo 1320.º do New York Business Corporations Law. A este propósito v. MAURICE ROSENBERG *et alli*, *Conflict of laws* ...,p. 999 e 1003.

⁵⁰ Como informa LIMA PINHEIRO, *O direito aplicável* ...,p. 709-710, algumas decisões entenderam que certas leis aplicáveis aos “assuntos internos” das sociedades estrangeiras violam a Commerce Clause, por constituírem um entrave ao comércio interestadual que não é justificado pelos interesses locais. Sobre as diferentes posições assumidas a este respeito, v. *ibidem*,p. 710-711.

⁵¹ Nesta medida, para ROCIO CARO GANDARA, *La competencia judicial internacional en materia de regimen interno de sociedades en el espacio juridico europeo*, Civitas Ediciones, Madrid, 1999, p. 250, a teoria da sede é a predecessora europeia das mais recentes tentativas de alguns Estados dos EUA de aplicarem determinadas leis internas às sociedades que, estabelecidas num Estado, realizam actividades noutro.

a extinção da personalidade jurídica no Estado da sede originária e a sua eventual constituição *ex novo* no Estado de acolhimento.⁵²

Contudo, a doutrina divergiu desta jurisprudência, considerando que a personalidade jurídica da sociedade se deveria manter, desde que um e outro Estado nisso consentissem, numa clara manifestação do *princípio da reciprocidade*. Esta é também a posição actual da jurisprudência italiana que, desde 1974, vem entendendo ser admissível a transferência internacional da sede com manutenção da personalidade jurídica da sociedade.⁵³

Este entendimento veio a ser consagrado pelo artigoº 25.º, n.º 3 da Lei de Direito Internacional Privado Italiana de 1995 (LDIPI).⁵⁴

Efectivamente, até 1995, o artigo 2505.º do CC Italiano dispunha que as sociedades constituídas no estrangeiro mas com sede da administração ou o objecto principal em Itália estavam sujeitas “*anche per i requisiti di validità dell’atto costitutivo*” à lei italiana. As sociedades constituídas em Itália, mesmo que tivessem o seu objecto principal no estrangeiro, estavam sujeitas à mesma lei. Como normas unilaterais, estas normas visavam a maior aplicação possível da lei nacional.⁵⁵

Após 1995, a lei italiana persiste em partir da teoria da constituição para a determinação da *lex societatis* (cf. artigo 25.º, n.º 1 da LDIPI).

Acrescenta a 2ª parte do artigo 25.º, n.º 1 da LDIPI que estão sujeitas ao direito italiano as sociedades que aí tenham a sede da administração ou o seu objecto principal. O que traduz a manutenção de um regime similar ao vigente antes de 1995.

⁵² Cf. CATARINA AZZOLINI, *Problemi relativi ...*, p. 918.

⁵³ Sobre a evolução doutrinal e jurisprudencial a este respeito, cf. CATARINA AZZOLINI, *ibidem*, pp. 918- 919.

⁵⁴ Artigo 25.º *Società ed altri enti*

n.º 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.*

n.º 2 (...)

n.º 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 Stati interessati.*

⁵⁵ O que levou a duras críticas de TITO BALLARINO, pela falta de efectividade entre a sociedade e a Itália que estas normas poderiam proporcionar, num indício da sua adesão à teoria da sede Assim, refere TITO BALLARINO, in *Direitto Internazionale ...*, p. 352 : “*la norma, presa alla lettera, potrebbe avere una portata decisamente eccessiva (...) conseguentemente sarabbero soggette all’obbligo dell’omologazione le società straniere aventi per oggetto la gestione di partecipazioni azionarie esclusivamente o anche prevalentemente italiane, le società straniere di trasporto che di fatto svolgono la loro attività prevalentemente in Italia e simili (...)* Tutto ciò sembra francamente eccessivo : non si può imporre l’applicazione della legge italiana ad enti che non hanno una relazione effettiva com l’ordinamento italiano.”

Para SANTA MARIA,⁵⁶ a interpretação do novo artigo 25.º deve ter em conta que o estatuto pessoal das sociedades constituídas no estrangeiro que decidam transferir a sede da administração ou objecto principal para Itália continuará a ser regido pela lei do Estado de constituição, com excepção das normas de aplicação obrigatória.⁵⁷ Mas SANTA MARIA adverte que se trata de uma “*soluzione doutrinale*”.

De forma diversa, PAOLO MENGOZZI⁵⁸ entende que, apesar de não se colocar um problema de extinção e reconstituição destas sociedades, por isso que mantêm a personalidade jurídica, elas devem adaptar-se ao ordenamento italiano a cuja disciplina estão, depois da transferência, sujeitas *ex nunc*.

Há um terceiro entendimento: o de TITO BALLARINO. Para este Autor, deve entender-se que a aplicação da lei italiana, nos termos da 2ª parte do artigo 25.º, n.º 1, não exclui a aplicação do estatuto pessoal estrangeiro, havendo um fenómeno de “*applicazione cumulativa di due statuti*.”⁵⁹ TITO BALLARINO dá, a este respeito, o exemplo da responsabilidade do administrador em que poderão ser aplicáveis as normas dos artigos 2392.º e 2394.º do CC Italiano ou as normas correspondentes mais severas do estatuto pessoal estrangeiro.

Neste contexto, não pode equiparar-se a transferência da sede para Itália de uma sociedade estrangeira à constituição *ex novo* dessa sociedade, em Itália, porque a aplicação de dois ordenamentos persistirá durante a vida da sociedade. Apesar de termos por certo que este entendimento se afigura, *de iure condito*, como o mais correcto, estamos convencidos de que poderá suscitar dificuldades na sua concretização, pela natureza indefinida das *normas mais severas* do estatuto pessoal estrangeiro.

A transferência da sede estatutária de Itália para o estrangeiro, mantendo a sociedade a sede da administração ou o seu objecto principal em Itália, acarreta, para SANTA MARIA,⁶⁰ a cessação da

⁵⁶ In ALBERTO SANTA MARIA, *Commentario* ...,p. 157.

⁵⁷ Segundo o artigo 17.º da LDIPI, serão de aplicação obrigatória as “*Norme italiane che, in considerazione del loro oggetto e del loro scopo, devono essere applicate nonostante il richiamo alla legge straniera.*” SANTA MARIA, in *Commentario* ...,p. 157 refere que estas normas corresponderão apenas às normas materiais de ordem pública vigentes no direito societário italiano. De acordo com SANTA MARIA, “*La norma di applicazione necessaria, dunque, non há la funzione negativa di escludere il rinvio alla legge straniera competente a regolare una società, ma há essenzialmente la funzione positiva di ritenere applicabili nei confronti della società in questione, in aggiunta alle norme stranieri richiamate, le norme materiali di ordine pubblico interno vigenti nella legge societaria italiana.*”

⁵⁸ In PAOLO MENGOZZI, *La Riforma del Diritto Internazionale Italiano*, Editoriale Scientifica, Roma, 1996, p. 170.

⁵⁹ In TITO BALLARINO, *Diritto Internazionale* ...,p. 351.

⁶⁰ “*In relazione al primo, nel caso di trasferimento all'estero, da parte di una società costituita in Italia, della sua sede statutaria, in assenza della sede dell'amministrazione, o dell'oggetto principale dell'impresa, che rimanga localizzato, in via alternativa, nel territorio dello Stato italiano, e sempre che la legge del luogo in cui viene trasferita la sede statutaria della società ne diventi la legge regolatrice, il trasferimento della sede statutaria all'estero di tale società, costituita in*

aplicação do direito italiano, solução que nos parece excessiva face à economia do artigo 25.º, n.º 1, 2.ª parte da LDIPI.

Como vimos, nos termos do artigo 25.º, n.º 1, o direito italiano seria aplicável quando a sociedade tivesse uma especial conexão com Itália – por aí se ter constituído – ou cumulativamente com o direito estrangeiro - por ter a sede da administração ou o seu objecto principal em Itália.

Ora, se a sociedade transferir a sede estatutária para o estrangeiro, mantendo a sede da administração ou o objecto principal em Itália, continuará a ter o seu estatuto pessoal determinado pelo direito italiano – e cumulativamente, pelo direito estrangeiro -, pelo que a transferência da sede estatutária não implicará a cessação da aplicação da lei italiana à sociedade, nos termos da 2ª parte do artigo 25.º, n.º 1.⁶¹

Mas coincidimos com SANTA MARIA num aspecto. A transferência da sede estatutária para país estrangeiro afastará a aplicação da 1ª parte do artigo 25.º, n.º 1, porque a localização da sede estatutária *ab initio* é pressuposto da válida constituição da sociedade à luz do direito italiano.

Por outro lado, o modelo suíço é o que melhor compatibiliza a teoria da constituição com a teoria da sede quanto à *lex societatis*.

De facto, o artigo 154.º da Lei Federal de Direito Internacional Privado Suíça de 18 de Dezembro de 1987, estabelece que “*as sociedades estão submetidas ao Direito do Estado em virtude do qual se organizaram sempre que cumpram as condições de publicidade ou de inscrição prescritas por este Direito ou, no caso de essas disposições não existirem, se tenham organizado segundo o Direito deste Estado.*”

Desta norma extrai-se a vigência da teoria da constituição no direito suíço.

Porém, acrescenta a parte final do mesmo artigo que “*Se uma sociedade não cumprir estas condições, ficará submetida ao Direito do Estado em que for efectivamente administrada.*”

Aqui, concede-se à teoria da sede da administração.

Italia, implica la cessazione dell'applicazione alla società in questione della legge italiana.” Para SANTA MARIA, esta opinião fundamenta-se “*(...) nel rilievo in base al quale la localizzazione ab initio della sede, indicata nello statuto, in Italia è, quanto meno, per le società “persone”, il presupposto stesso della valida costituzione della società in Italia*”, in *Commentario ...*, p. 139.

⁶¹ TITO BALLARINO, in *Diritto Internazionale ...*, p. 359, parece adoptar este entendimento quando refere que “*Quando una società italiana si trasferisce in un paese estero e vi viene debitamente “recevuta” per effetto dell’articolo 25.º par. 1, i.f., essa potrà conservare uno statuto personale italiano a condizione che conservi la sede effettiva in Italia*”. Este argumento é reforçado por SANTA MARIA para quem a sociedade que transfira a sede da administração para Itália ou aí tenha o seu objecto principal não necessita de obedecer aos requisitos de constituição estabelecidos pelo Direito Italiano.

No que respeita à transferência internacional da sede para a Suíça – apesar da LDIP se referir apenas à transferência da sociedade, parecendo abarcar desta forma tanto a transferência da sede da administração como a da sede estatutária -, são três os requisitos que os artigos 161.º e 162.º da LDIP estabelecem:⁶² a transferência deve ser permitida pelo direito de origem, devem observar-se as condições aí exigidas e a sociedade deve adaptar-se a alguma das formas jurídico-societárias da lei suíça.

Quanto ao momento em que se concretiza a transferência, há que distinguir dois tipos de sociedades:

No caso de sociedades que devam estar inscritas no registo comercial, a sociedade deve provar que transferiu para a Suíça o seu centro de exploração e que se adaptou ao direito suíço, nomeadamente pela apresentação de um balanço emitido por uma autoridade competente suíça. Só depois se poderão inscrever no registo comercial.

As sociedades que não estiverem obrigadas a registo serão submetidas ao direito suíço, desde que estejam cumpridos três requisitos: a existência de vínculo suficiente com a Suíça, a sua adaptação ao direito suíço e a verificação do momento em que conste a sua vontade de se submeterem ao direito suíço.

Em ambas as hipóteses, exige-se um vínculo efectivo com a Suíça no caso de transferência da sede para este país.

Estes requisitos vêm demonstrar o receio de que a transferência da sede seja efectuada sem nenhum laço efectivo entre os Estados envolvidos (requisito que, não se encontrando previsto em alguns Estados europeus que adoptaram a teoria da sede, poderá ser observado pela possibilidade de recurso à fraude à lei).

A coerência com a teoria da constituição levou a que o legislador suíço determinasse que a transferência dos elementos produtivos e organizativos de uma sociedade suíça para o estrangeiro não produzisse a alteração da *lex societatis*.

Assim, a sociedade apenas ficará submetida ao direito estrangeiro se provar que cumpriu as seguintes condições do direito suíço: continuidade da sua existência conforme ao direito estrangeiro (artigo 163.º, n.º 1, al. a) e b) LDIP), cumprimento do requisito de informação pública da transferência,

⁶² V. a este propósito BERNARD DUTOIT, *Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, 2ème édition, Helbing & Lichtenhahn, pp. 456 e segs. e NEDIM PETER VOGT, *Transfer ...*, pp. 87 e segs.

com a finalidade de dar conhecimento da mudança de estatuto jurídico projectado aos credores da sociedade (artigo 163.º, n.º 1, al. c) LDIP) e cancelamento da inscrição no registo comercial através de documento comprovativo de que os credores sociais consentem na transferência projectada e que os seus créditos foram satisfeitos ou garantidos, conforme o artigo 164.º LDIP (norma de importância para a tutela dos interesses dos credores, sem tradução idêntica no direito português).

O direito suíço faz ainda importante ressalva quanto à protecção dos sócios minoritários, ao prescrever que se, de acordo com o direito do Estado de destino, os sócios se virem privados dos direitos que a lei suíça considera irrenunciáveis, será exigido voto unânime para a transferência.

Há ainda outras condições, como as estabelecidas em casos especiais, nomeadamente no artigo 163, n.º 2⁶³ (salvaguarda das situações de conflito internacional).

Do sistema em vigor na Suíça, extrai-se uma vontade de protecção dos interesses nacionais, procurando obviar-se a situações de internacionalização fictícia de sociedades ou de vantagem, susceptíveis de prejudicar o Estado suíço, sócios minoritários ou terceiros. Com este objectivo, a teoria da constituição foi mitigada pela aplicação, em situações especiais, do direito do lugar onde a sociedade exerce a actividade.

Em França, nos finais do século XIX, a jurisprudência esboçou a teoria da sede social para combater uma fraude que consistia em constituir, em Londres, sociedades economicamente francesas para escapar aos rigores da lei de 1867, que se baseava na teoria da constituição.⁶⁴

Esta teoria é, ainda hoje, a preconizada pelo legislador francês. Com efeito, o artigo 3.º da Lei n.º 66/537, de 24 de Julho – lei das sociedades comerciais - e o artigo 1837.º do CC estabelecem que as

⁶³ O artigo 163.º, n.º 2 da LDIP, conjugado com o artigo 61.º da lei federal suíça sobre o fornecimento da economia nacional, criou disposições que permitem evitar a transferência de sociedades em caso de conflito internacional. V. a este propósito BERNARD DUTOIT, *Commentaire* ..., pp. 459 e segs.

A Suíça foi precursora na criação de mecanismos, fruto da experiência recolhida na II guerra mundial, que possibilitam a transferência temporária de sociedades suíças para o estrangeiro, durante a pendência de conflitos bélicos, permanecendo a lei suíça como lei aplicável ao estatuto pessoal desta sociedade. A sociedade mantém a sua personalidade jurídica face à lei suíça e pode repatriar a sua sede para a Suíça no momento em que termine a crise. Porém, um dos requisitos estabelecidos na lei federal de 12 de Abril de 1957 – que possibilita este tipo de transferência “atípica” consiste na exigência de um regime jurídico estrangeiro que permita este tipo de transferência, bem como o posterior retorno da sociedade suíça. V. a este propósito NEDIM PETER VOGT, *Transfer* ..., p. 92 que efectua – no tocante à possibilidade de transferência da sede na pendência de uma guerra - um interessante estudo de direito comparado entre o direito suíço e o direito da região de New Brunswick no Canadá e do Estado de Delaware nos Estados Unidos da América.

⁶⁴ Não é certa a origem da teoria da sede social. Parece no entanto existir uma certa unanimidade da doutrina considerando que as raízes históricas da teoria da sede se encontram na doutrina alemã e francesa da primeira metade do século XIX, tendo tido a sua primeira consagração legal no artigo 129.º da lei belga sobre sociedades comerciais de 1873. V. a este propósito PILAR BLANCO-MORALES LIMONES, *La transferencia* ..., p. 65 e 79.

sociedades cuja sede social esteja situada em território francês estão submetidas à lei francesa, podendo os terceiros prevalecer-se da sede estatutária se esta se situar em França.⁶⁵

Aparentemente, a sociedade estrangeira que transfere a sede social para França não está ameaçada de dissolução. Porém, a sua continuidade está sujeita à autorização pelo direito de origem, devendo adaptar os estatutos ao direito francês.⁶⁶

BATIFFOL e LAGARDE adoptam outra posição que corresponde à assumida pela administração fiscal.⁶⁷ Segundo o seu entendimento, a transferência para França da sede social de sociedade estrangeira implica a criação de uma nova pessoa colectiva pelo que a sociedade deverá ser constituída *ex novo* nos termos do direito francês.

A sociedade anónima que pretenda transferir a sede social de França para o estrangeiro está sujeita ao artigo 154.º da Lei n.º 66.537 de 24 de Julho de 1966, podendo fazê-lo, sem unanimidade entre os sócios, desde que exista convenção entre a França e o país de acolhimento que o permita.

A necessidade da convenção apenas residirá nas situações em que, perante uma sociedade anónima, não existe unanimidade entre os sócios, podendo em todas as restantes situações (quando não estejam em causa sociedades anónimas ou, estando em causa este tipo de sociedades, haja unanimidade entre os sócios), as sociedades proceder a essa transferência, desde que se não coloquem problemas de transformação insusceptíveis de resolução.⁶⁸

Desta forma, o artigo 154.º da lei de 24 de Julho de 1966 não põe em causa o princípio da onnipotência dos accionistas que, mediante acordo unânime, decidam proceder à transferência da sede social.

⁶⁵ A possibilidade de se bilateralizarem estes dois artigos é, à semelhança do que sucede em Portugal, também em França, controvertida.

A definição de sede social tem merecido discussão doutrinal em França, com MAYER a adoptar a ideia de sede estatutária e BATTIFOL e LAGARDE a de sede da administração.

A divergência sobre o conceito de sede social levou a jurisprudência francesa a aplicar a teoria do controlo para a conceptualização da sede social permitindo, através da instrumentalização da nacionalidade dos sócios, reconhecer a transferência internacional da sede social, na célebre decisão datada de 17 de Maio de 1967 a respeito da *Caisse Centrale de Réassurance des Mutuelles Agricoles*, em que a transferência da sede da Argélia para a França foi considerada válida face à nacionalidade dos sócios - franceses, conforme refere PILAR BLANCO MORALES-LIMONES, *La transferência ...*, p. 42.

⁶⁶ É este o entendimento de MAYER *apud* LIMA PINHEIRO, *O direito aplicável ...*, p. 693.

⁶⁷ In BATTIFOL – LAGARDE, *Traité de Droit International Privé*, tome 1, 8ème édition, L.G.D.J., 1993, p. 346.

⁶⁸ No que partilhámos o entendimento de BATTIFOL e LAGARDE, *Traité ...*, p. 346, fundado na origem financeira do artigo 154.º, adoptado contra a evasão de capitais, o que permitiria esta interpretação restritiva.

Mas LOUSSOUARN e BREDIN⁶⁹ mostram-se contra a exigência de um convenção entre a França e o país de acolhimento, pelo facto de o artigo 154.º se ter baseado na Convenção de Haia sobre reconhecimento de sociedades que nunca entrou em vigor. Desta forma, a transferência da sede social de França seria admissível, independentemente da existência dessa convenção.⁷⁰

Pode concluir-se que o direito francês é exemplo de um ordenamento jurídico que, adoptando a teoria da sede, é restritivo quanto à possibilidade de uma sociedade proceder à transferência internacional da sede de e, em especial, para França.

Por último, em Espanha, terão nacionalidade espanhola,⁷¹ nos termos do artigo 9.º, n.º 11 do CC Espanhol, as sociedades que, conforme os artigos 5.º da LSA e 6.º da LSRL, tenham o seu domicílio em território espanhol, independentemente do lugar em que se constituíram.

Os artigos 5.º da LSA e 6.º da LSRL inspiraram-se assumidamente no artigo 3.º, n.º 1 do CSC Português. Pretendeu-se que a *lex societatis* fosse determinada de acordo com o princípio da “sede real”.

Porém, como sustenta PILAR BLANCO-MORALES LIMONES⁷² dever-se-ia ter utilizado uma maior depuração técnica de conceitos. Um critério unilateral fixo e seguro, como é o da sede estatutária – adoptado pela 2ª parte do artigo 3.º, n.º 1 do CSC –, é muito melhor que o critério variável e inseguro, fixado no n.º 2 do artigo 5 da LSA,⁷³ que depende de apreciação – nem sempre fácil – sobre o lugar em que reside a “*alma e o cérebro da sociedade*”.⁷⁴

⁶⁹ In *Droit du Commerce International*, Sivey, Paris, 1969, p. 301.

⁷⁰ Não obstante, LOUSSOUARN e BREDIN, in *ibidem*, p. 302 esclarecem que a jurisprudência apenas admite a validade da transferência quando a nova sede social é a real – ou seja não é fictícia, nem fraudulenta. Para tal, a jurisprudência francesa busca detectar se a sede estatutária corresponde ao centro de interesses da sociedade e se esta não procurou, com a transferência, escapar à aplicação da lei francesa, num enlace da teoria da sede da administração com a teoria do controlo que cabe ter em consideração.

⁷¹ Para CALVO CARAVACA, *Derecho ...*, p. 291, quando o artigo 9, n.º 11 do CC Espanhol explicitamente acolhe o critério da nacionalidade das pessoas jurídicas, aliena-se da velha polémica sobre a atribuição da nacionalidade a sociedades.

⁷² In PILAR BLANCO-MORALES LIMONES, *La transferencia ...*, p. 111.

⁷³ No mesmo sentido v. BLANCO-FERNANDEZ, *La nacionalidad ...*, p. 312 que, a este propósito, refere “*las dificultades que conlleva la fijación del punto de conexión podrían ser motivo suficiente para abandonar la teoría de la sede real.*” Conforme CALVO CARAVACA, in *Derecho ...*, p. 307, o artigo 5.º, n.º 1 da LSA e o artigo 6.º, n.º 1 da LSRL consagram a teoria da sede estatutária (domicílio social) como critério atributivo da nacionalidade espanhola às sociedades anónimas e de responsabilidade limitada, apesar dos artigos referirem apenas a designação “domicílio”. O artigo 5.º, n.º 2 da LSA e o artigo 6.º, n.º 2 da LSRL “corrigem” o critério da “sede estatutária” ao fixar que terão ainda nacionalidade espanhola todas as sociedades anónimas cujo principal estabelecimento ou centro de exploração se situe em território espanhol. Ou seja, parecendo que o critério escolhido em Espanha para o domicílio social é o da sede estatutária, da leitura do artigo 5.2. da LSA e 6.2. da LSRL resulta a consagração positiva do princípio da sede real, tentando-se desta forma evitar a formação de sociedades com sedes “fictícias” no exterior.

⁷⁴ In *ibidem*, p. 111.

Como resulta do artigo 9.º, n.º 11 do CC espanhol, o processo de transferência da sede (estatutária ou real) da sociedade estrangeira para Espanha está sujeito à aplicação distributiva do direito do Estado de origem e do direito espanhol. Decorrente do princípio da tipicidade, vigente no ordenamento jurídico espanhol, deve pressupor-se que se trata de um tipo societário “adaptável” a algum dos tipos reconhecidos em Espanha.

A transferência da sede de Espanha para o estrangeiro é regulada pelo artigo 20.º do Regulamento do Registo Comercial Espanhol e pelos artigos 149.º, n.º 2 da LSA e 72.º, n.º 2 da LSRL, nos termos dos quais a transferência da sede deve ser efectuada no respeito das convenções internacionais de que a Espanha faça parte.

Estes preceitos mereceram, da parte de CALVO CARAVACA, duras críticas, ao considerar que o legislador teve uma atitude despreocupada porque se limitou a remeter o problema da transferência internacional da sede para convenções internacionais. Por outro lado, teria confundido, nas soluções conflituais e materiais, duas situações distintas: a transferência sem mudança da nacionalidade⁷⁵ e a transferência sem perda de personalidade jurídica⁷⁶ que, de acordo com o Autor, não careceriam de ser regulamentadas por convenção.

Ao tratar da transferência da sede social, o artigo 309º do Regulamento do Registo Comercial elege o momento da inscrição no registo comercial como determinante para a sujeição da sociedade imigrante à lei espanhola. Esta circunstância advém da aplicação do mesmo princípio que vigora quanto à aquisição da personalidade jurídica. A sociedade que transfira a sede para Espanha só verá o seu

⁷⁵ Diz CALVO CARAVACA in *Derecho* ...,p. 314: “entendemos que, sin necesidad de Convenio que lo permita o regule, en todos los casos en que una sociedad española establezca su sede real en un Estado que sigue el principio de la constitución, conservando su sede estatutária en España, seguirá sometida al Derecho español, pues conservará su nacionalidad española. Cuando una sociedad española transfiera su sede a un Estado cuyo sistema de DIPr. también sigue el criterio de la sede real y, en este caso, o bien considere a la sociedad inexistente o bien le imponga su adaptación al Derecho de sociedades (cambio de estatuto personal), pudiera estar justificado que el legislador español considerara necesario un Convenio internacional para evitar una situación claudicante. (...) Basta para ello que el Convenio se haya logrado un compromiso suficientemente claro sobre el reconocimiento del estatuto jurídico de las sociedades de las partes contratantes. Ello puede lograrse haciendo prevalecer el principio de la constitución.”

⁷⁶ CALCO CARAVACA suscita dúvidas sobre a necessidade de “passar” por um convénio a decisão sobre a manutenção da personalidade jurídica na transferência internacional da sede quando pode resultar do próprio direito. Para o Autor, se toda a sociedade que cumpra os requisitos do artigo 58.º do TCE (actual 48.º) deve ser reconhecida no Estados membros da Comunidade, parece claro que ela se deve estabelecer livremente dentro da Comunidade, ainda que tenha de adaptar-se ao direito do Estado membro.

estatuto pessoal determinado pela lei espanhola quando os estatutos forem adaptados e a sociedade inscrita no registo comercial.⁷⁷

Mas, para parte da doutrina de Espanha - *maxime* PILAR BLANCO-MORALES LIMONES⁷⁸ - esta não é a solução ideal, pois a jurisprudência daquele país reconhece eficácia a sociedades após a escritura de constituição e antes do registo da sociedade (cf., aliás, o direito português). Para a Autora, a sociedade está submetida ao direito espanhol quando cumpriu voluntariamente os requisitos de adaptação ao direito espanhol, ainda que não esteja inscrita no registo comercial. Porém, na falta de inscrição no Registo Comercial, seria preferível facultar aos terceiros a opção entre a lei da sede estatutária ou da sede real (proporcionando a terceiros uma conexão optativa, posição semelhante à seguida, no direito português, por MARQUES DOS SANTOS, a propósito do artigo 3.º, n.º 1 do CSC).

A doutrina espanhola levanta dúvidas a respeito da solução jurídica a dar quando a sociedade transfere involuntariamente a sede da administração para a Espanha, sem *animus fraudendi*.^{79,80} Neste caso, o estatuto pessoal da sociedade continuará a ser determinado pela lei de origem. Contudo, serão aplicadas, de imediato, as normas imperativas que, justificadas pelo interesse geral, devam observar-se – numa solução semelhante à preconizada por SANTA MARIA no direito italiano.

3. A transferência internacional da sede no direito das sociedades comerciais portuguesas:

3.1. Breve enquadramento

A lei distingue o conceito de “sede” conquanto se refira à sede estatutária ou à sede da administração.

Daí resultam regimes jurídicos distintos no tocante à transferência internacional da sede.

Importa dilucidar a relevância da distinção entre transferência internacional da sede da administração e transferência internacional da sede estatutária para, de seguida, fazer a destrição de cada um dos regimes.

⁷⁷ Cf. JOSÉ MARIA BLANCO-FERNANDEZ, *La nacionalidad* ...,p. 265.

⁷⁸ In PILAR BLANCO-MORALES LIMONES, *La transferencia* ...,p. 127.

⁷⁹ V. a este propósito JOSÉ MARIA BLANCO-FERNANDEZ, *La nacionalidad* ...,p. 271.

⁸⁰ PILAR BLANCO-MORALES LIMONES, *La transferencia* ...,p. 129 dá, como exemplo, a situação em que uma sociedade suíça de exploração de praias acaba, após ter estado instalada por toda a Europa, por ter o seu centro principal de negócios em Espanha, encontrando-se o domicílio involuntariamente situada em Espanha. Com este exemplo, PILAR BLANCO-MORALES LIMONES acaba por atacar a redação infeliz dos artigos 5.º, n.º 2 da LSA e 6.º, n.º 2 da LSRL pela imprecisão que o conceito “principal estabelecimento ou exploração” representam.

Em cada ponto, serão analisados os aspectos gerais, cindindo-se, depois, o estudo entre transferência da sede de e para Portugal, em virtude das diferentes consequências jurídicas.

A análise de cada regime é efectuada de forma global, procurando transmitir-se uma ideia geral de cada um e das suas vicissitudes, evitando-se interferências motivadas por excesso de casuísmo.

3.2. A “sede” : âmbito do conceito no CSC

Frequentemente, o ordenamento jurídico português faz referência à “sede estatutária” e à “sede da administração” de forma distinta. Vejam-se os artigos 3.º e 4.º do CSC – normas de direito internacional privado especial das sociedades comerciais - e os artigos 25.º e 40.º do CRC – normas de direito material.

Por outro lado, o conceito de “sede da administração” é utilizado diversamente quando, por exemplo, a lei se refere à “sede da administração” como elemento de conexão da *lex societatis*, fixado no artigo 3.º, n.º 1 do CSC ou à “sede da administração” como conceito aplicável, nos termos do artigo 159.º do CC, na falta de fixação de sede nos estatutos.

Cumprir definir os dois conceitos.

A “sede estatutária” corresponde ao domicílio social que, nos termos do artigo 9.º, al. e) do CSC, deve constar obrigatoriamente do pacto social da sociedade.

Já o conceito de “sede da administração” é ambíguo e suscita diferentes respostas.⁸¹

A referência à sede da administração e sede de exploração não corresponde, para RAÚL VENTURA a um conceito técnico-jurídico, significando apenas *lugar*. No artigo 33.º, n.º 1 do CC, a palavra “sede” – “sede principal e efectiva da sua administração” – não teria valor técnico e deveria ser entendida como *lugar*.⁸² Isto porque tecnicamente só haveria *sede da sociedade*.⁸³

A opinião de RAÚL VENTURA deve ser enquadrada temporalmente – 1979 – o que significa, anteriormente à entrada em vigor do CSC.

⁸¹ O conceito de “sede da administração” ou de “sede real” pode ser entendido como centro da administração, centro de exploração, lugar de reunião da assembleia geral ou do conselho de administração. V., a este propósito, o caso francês onde a doutrina e a jurisprudência, ainda actualmente, se dividem quanto à determinação do conceito de “sede real”.

⁸² Cf. RAÚL VENTURA, *A sede ...*, p. 346, as diferentes referências à sede da sociedade queriam apenas significar os possíveis lugares entre os quais se escolheria a verdadeira sede da sociedade.

⁸³ Que RAÚL VENTURA, in *ibidem*, p. 345 define como o lugar onde a sociedade se considera situada para a generalidade dos efeitos jurídicos em que a localização seja relevante.

Mas, mesmo após a entrada em vigor do CSC, PAIS DE VASCONCELOS considerou, no sentido de RAÚL VENTURA, serem a sede estatutária e a sede da administração realidades indissociáveis.⁸⁴ PAIS DE VASCONCELOS justifica a sua posição com a interpretação literal do artigo 9.º, al. e) e 12.º do CSC e dos artigos 3.º, al. o), 27.º e 32.º do CRC donde se extrai uma definição unívoca de “sede da sociedade”.

PAIS DE VASCONCELOS parece, não obstante, estar a pronunciar-se sobre a falta de autonomia dos critérios da sede estatutária e da sede da administração na determinação do estatuto pessoal da sociedade e não sobre os conceitos de sede.⁸⁵

O legislador parece não ter assumido um conceito unívoco de sede que, a ser admitido, acarretaria – referimo-nos apenas ao Direito Internacional Privado – grave indefinição quanto à *lex societatis*, porquanto a sua determinação seria efectuada conforme um conceito abstracto de “sede”. Não foi essa certamente a *ratio legis*.

A legislação portuguesa distingue “sede estatutária” de “sede real” ou “sede principal e efectiva da administração”, utilizando os dois conceitos de forma distinta.

O primeiro – “sede estatutária” – é aplicado como critério geral para designar a sede das pessoas colectivas à luz do artigo 159.º do CC. O critério cede ao da “sede da administração principal” no caso da omissão estatutária do lugar da sede, conforme o mesmo artigo.

Quer isto dizer que o legislador civil admite a existência de pessoas colectivas que não tenham “sede estatutária”?

Não é o entendimento que deve ser retirado do artigo 159.º do CC. À luz deste preceito, a sede estatutária será, na falta de designação no contrato de sociedade, a sede da administração.

Uma pessoa colectiva terá sempre sede estatutária, encarregando-se o Código Civil de suprir a “eventual” lacuna que poderia ocorrer no caso da falta de designação expressa.

Por outro lado, o artigo 33.º, n.º 1 do CC utiliza como elemento de conexão a “sede principal e efectiva da administração”. O critério não se destina, ao contrário do previsto no artigo 159.º do CC, a

⁸⁴ In *Estatuto pessoal das sociedades comerciais*, in Estruturas Jurídicas da Empresa, AAFDL, Lisboa, 1989, p. 51.

⁸⁵ PAIS DE VASCONCELOS concluiu que o regime resultante do CSC e o CRC “faz a simbiose das duas sedes: por um lado, obriga a que a sede estatutária seja a principal e efectiva; por outro, obriga a que a sede principal e efectiva conste dos estatutos e seja publicitada pelo registo”.

Na falta de demonstração de que a sede da administração se situa noutro Estado, seria aplicável o direito da sede estatutária. Mas tal não significa que estes dois conceitos não sejam autónomos.

suprir a eventual inexistência de sede estatutária. Aplica-se independentemente do local onde se situa a sede estatutária.

É o que resulta da consagração civilística da teoria da sede da administração.

Nos termos do artigo 9.º, al. e) do CSC, a sociedade está obrigada a fixar a sua sede no contrato de sociedade, devendo esta ser a do local onde a sociedade é constituída – sede estatutária.⁸⁶

O artigo 3.º, n.º 1, 1ª parte, do CSC utiliza o conceito de “sede da administração” como elemento de conexão para determinar o estatuto pessoal das sociedades comerciais, apelando simultaneamente à sede estatutária para restringir a aplicação de um ordenamento jurídico estrangeiro. Admite-se, assim, a possibilidade de “bilateralização” do artigo 3.º, n.º 1, 2ª parte.⁸⁷

O que nos leva a, afastando outros critérios densificadores da *sede da administração*, aderir à definição adoptada por LIMA PINHEIRO como *lugar onde as decisões fundamentais da direcção da empresa são convertidas em actos de administração corrente*.⁸⁸

Neste contexto, sede estatutária e sede da administração não são, face ao nosso ordenamento jurídico, meros “lugares” que definem a sede da sociedade mas conceitos técnico-jurídicos perfeitamente distintos.

3.3. A determinação da *lex societatis* face ao Direito Internacional Privado português

No direito português, o estatuto pessoal das pessoas colectivas é determinado nos termos do artigo 33.º, n.º 1 do CC – norma geral para as pessoas colectivas - e no artigo 3.º, n.º 1 do CSC – norma especial para as sociedades. Para além desta regra de conflitos, o CSC estabelece, no artigo 3.º, n.ºs 2 a 6, normas de direito material especial que formulam requisitos específicos quer para a actividade local das sociedades de estatuto pessoal estrangeiro, quer para a transferência de sociedades com estatuto pessoal nacional.⁸⁹

⁸⁶ Registe-se que, para além da sede estatutária, o artigo 12.º, n.º 2 do CSC prevê a possibilidade da sociedade dispor de uma sede particular para determinados negócios.

⁸⁷ Como veremos de seguida, consideramos que o legislador português adoptou, quanto às relações externas, a teoria da sede estatutária.

⁸⁸ In LIMA PINHEIRO, *O direito aplicável ...*, p. 687. Com referências a diferentes conceitos de sede da administração v. ainda TITO BALLARINO, *Diritto Internazionale ...*, p. 350.

⁸⁹ Neste ponto, divergimos da posição assumida por MARQUES DOS SANTOS, in *Direito Internacional ...*, p. 260. Para MARQUES DOS SANTOS, ao contrário do artigo 33.º, n.º 3 do CC que contém uma norma de conflitos bilateral perfeita, a 1ª parte do artigo 3.º, n.º 2 e 5 do CSC contém uma norma de conflitos imperfeita, na medida em que selecciona apenas os casos que têm especial conexão com Portugal. Para o Autor, embora os n.ºs 2 e 5 do artigo 3.º do CSC se refiram explicitamente apenas à aplicação da lei estrangeira, determinam implicitamente a aplicação cumulativa da portuguesa como

O artigo 33.º, n.º 1 do CC consagra a teoria da sede real ou efectiva, prescrevendo que a pessoa colectiva tem como lei pessoal a lei do Estado onde se encontra situada a sede principal e efectiva da administração.⁹⁰

A verdade é que, constituindo a sede efectiva da administração principal um vínculo de sólida consistência entre a pessoa colectiva e um determinado Estado, poderá não ser o único e o mais importante.⁹¹ Daí que a defesa da teoria da sede real ou efectiva possa ser merecedora de reparos, enquanto critério determinante da *lex societatis*.

Porém, a 1ª parte do artigo 33.º, n.º 1 do CC confirmou a tese dominante na doutrina e na jurisprudência – quando da entrada em vigor do CC - ao tomar como critério determinante do estatuto pessoal de uma sociedade o da localização da sua sede real.

Diversamente, nos termos do artigo 3.º, n.º 1 do CSC, a sede estatutária é o critério relevante para determinar a lei pessoal das sociedades comerciais.

lei da nova ou da antiga sede, o que impediria a aceitação pelo direito português dos efeitos da transferência internacional da sede da administração de uma sociedade comercial entre países estrangeiros.

Desta forma, MARQUES DOS SANTOS considera ser admissível que se converta a norma bilateral imperfeita numa norma bilateral perfeita, semelhante à do artigo 33.º, n.º 3 do CC, na medida em que não existe qualquer razão que justifique que Portugal, sendo o país menos interessado, se oponha a uma transferência da sede legitimamente reconhecida entre países estrangeiros.

Sucedo que MARQUES DOS SANTOS pressupõe a não aplicabilidade do artigo 33.º, n.º 3 do CC às sociedades comerciais. De facto, a 1ª parte do artigo 3.º, n.º 2 e 5 do CSC contém uma norma de conflitos bilateral imperfeita – dado que selecciona apenas os casos que têm uma especial conexão com Portugal. Já a 2ª parte contém uma norma de direito material especial – que dispõe sobre os requisitos específicos para a transferência da sede de e para Portugal da sociedade com estatuto pessoal nacional ou estrangeiro (sendo este último determinado pela norma de conflitos do artigo 3.º, n.º 1 CSC).

Porém, contrariamente à solução preconizada por MARQUES DOS SANTOS, o problema da transferência internacional da sede entre países estrangeiros ficará solucionado pela aplicação do artigo 33.º, n.º 3 do CC que se aplica às sociedades comerciais porquanto, não existindo norma especial no CSC a respeito da transferência entre países estrangeiros, aplicar-se-á o regime geral previsto no artigo 33.º, n.º 3 do CC.

⁹⁰ BAPTISTA MACHADO, in *Lições de Direito Internacional Privado*, Almedina, Coimbra, 1992, p. 346, justifica a opção pela teoria da sede real por ser na sede da administração principal que são, em regra, tomadas as decisões mais importantes, as que mais podem afectar a vida da pessoa colectiva e até a de terceiros que com ela estabeleçam relações.

Devendo existir uma conexão especial – vínculo efectivo - entre a pessoa colectiva e o Estado cuja lei fixa o seu estatuto pessoal, BAPTISTA MACHADO conclui que essa conexão nos deve ser fornecida pela sede efectiva da administração principal. Porém, discordamos da elevação a postulado absoluto que a *efectividade* aduzida por esta posição proporcionaria. Somos de opinião que BAPTISTA MACHADO acaba por fazer a defesa da teoria da sede real, influenciado pela sua consagração no Direito Português, manifestando uma preocupação excessiva com a protecção das relações internas da sociedade, relegando a protecção das relações externas e nomeadamente a protecção de terceiros para plano secundário.

⁹¹ Repare-se nas situações em que a sociedade tem a sede num Estado, foi constituída num país estrangeiro e exerce a sua actividade num terceiro Estado.

Para chegarmos a esta conclusão é necessário tomar posição sobre a eventual “bilateralização” da 2ª parte do artigo 3.º, n.º 1 do CSC.

Para MARQUES DOS SANTOS⁹², esta norma “*não parece ser susceptível de bilateralização*”, conclusão que o Autor retira da comparação do artigo 3.º, n.º 1 do CSC com o artigo 1837.º do CC Francês.

Para LIMA PINHEIRO não existe obstáculo à bilateralização da 2ª parte do artigo 3.º, n.º 1 do CSC, dado que “*o fundamento da solução é a tutela da confiança de terceiros – e não, quiçá, uma protecção de interesses nacionais perante interesses estrangeiros*”.⁹³

Nos termos da 1ª parte do artigo 3.º, n.º 1 do CSC, o direito aplicável às relações internas da sociedade é sempre o da sede da administração. Diversamente, nos termos da 2ª parte do artigo 3.º, n.º 1 do CSC, as relações externas da sociedade serão reguladas pelo direito da sede estatutária – direito português - que só será afastado caso se demonstre que os terceiros deviam contar com a competência do direito da sede da administração e não sempre que a sociedade tenha a sede da administração noutra Estado.

Segundo MARQUES DOS SANTOS, nos casos em que a sociedade possua a sede da administração em Espanha e a sede estatutária em França, a lei reguladora do estatuto pessoal será a espanhola (artigo 3.º, n.º 1, 1ª parte do CSC). Porém, situando-se a sede estatutária em Portugal, existirá uma conexão singular optativa, reservando-se a terceiros que contratem com a sociedade a opção de escolherem a lei portuguesa ou a lei espanhola (artigo 3.º, n.º 1, 2ª parte do CSC).

Ora, a primeira solução é, face à segunda, penalizadora de terceiros que contratem com a sociedade em França, desconhecendo que a sede da administração está situada fora do Estado da sede estatutária, pois pressuporiam ser este último (direito francês) o ordenamento jurídico aplicável e não o primeiro (direito espanhol). Neste ponto, afasta-se dos objectivos da primeira solução preconizada por MARQUES DOS SANTOS que procura salvaguardar a tutela de terceiros.

Da mesma forma, a segunda solução preconiza uma posição de vantagem de terceiros que poderão optar livremente por um dos dois ordenamentos jurídicos que mais lhes convenha.

Para nós, a 2ª parte do artigo 3.º, n.º 1 do CSC é bilateralizável, sendo o direito da sede da administração aplicável às relações externas da sociedade, nos casos em que, situando-se a sede da

⁹² In *Direito Internacional* ..., pp. 127 e 252.

⁹³ In LIMA PINHEIRO, *O direito aplicável* ..., p. 757.

administração e a sede estatutária em Estados distintos, os terceiros em causa devam contar com a competência do direito da sede da administração.⁹⁴

Concluindo de forma idêntica, mas trilhando caminho diverso, PAIS DE VASCONCELOS considera que *“a aplicação da lei portuguesa em consequência da localização em Portugal da sede estatutária no n.º 1 do artigo 3.º, não resulta da actuação de um elemento de conexão, mas sim do estabelecimento de um regime de inoponibilidade a terceiros, ou da falsa indicação da sede, ou da sua ilegal transferência.”*⁹⁵

Estamos então em condições de concluir que o ponto de referência de terceiros para determinar a lei pessoal da sociedade é a sede estatutária, sendo o elemento de conexão “sede da administração” utilizado, segundo o direito português, para reger as relações internas societárias. Em caso de dúvida, deve presumir-se que os terceiros não devem contar com a competência do direito da sede da administração, sendo o direito da sede estatutária afastado somente quando devessem razoavelmente contar com a competência daquele direito.⁹⁶

Neste entendimento, pode dizer-se que o direito português adoptou, quanto à determinação da lei pessoal nas relações externas da sociedade, a teoria da sede estatutária – intimamente ligada à teoria da constituição - e quanto às relações internas, a teoria da sede da administração.

O direito aplicável ao estatuto pessoal da sociedade não se confunde com o direito aplicável à constituição da sociedade. Aliás, como escreve LIMA PINHEIRO, *“não faz sentido colocar em alternativa a teoria da constituição e a teoria da sede no momento da constituição da sociedade. Neste momento não há sede da administração.”*⁹⁷

Para chegar a esta conclusão é necessário distinguir consoante a sociedade se constituiu ou não com a intervenção de órgãos públicos.

Ora, no direito português nenhuma sociedade comercial pode ser constituída sem a intervenção de órgãos públicos, sabendo-se que estes aplicam o direito local.

⁹⁴ No que partilhamos a opinião aduzida por LIMA PINHEIRO, *O direito aplicável ...*,p. 701.

⁹⁵ In *Estruturas jurídicas ...*,p. 50.

⁹⁶ Será de considerar que os terceiros contem com o direito da sede da administração caso a sociedade transfira a sede da administração, nos termos do artigo. 3.º, n.º 6 do CSC, para um país que adopte a teoria da sede e aí contrate com esses terceiros, hipótese que vai ao encontro da solução encontrada pelo CSC para a prevenção de eventuais situações fraudulentas.

⁹⁷ In *O direito aplicável ...*,p. 689.

Apesar de não se encontrar norma expressa de Direito Internacional Privado das sociedades que justifique a aplicação do direito local – português – pelos órgãos públicos, tal conclusão pode ser extraída do artigo 3.º, n.º 3 do CSC de onde se infere que os contratos de sociedade relativos a sociedades de direito português têm de ser celebrados por escritura pública, em Portugal.⁹⁸

Conclui-se, assim, que vigora no ordenamento jurídico português uma norma de conflitos implícita segundo a qual é aplicável à constituição das sociedades, como pessoas colectivas, o direito do lugar da constituição, no sentido do direito do Estado onde são realizados os actos de constituição em que intervêm órgãos públicos.

É certo que o direito aplicável à constituição da sociedade poderá não coincidir com o direito aplicável ao contrato de sociedade. Sem necessidade de analisar as duas teses existentes a este respeito⁹⁹, limitar-nos-emos a reconhecer que o direito aplicável à constituição deve coincidir desejavelmente com o direito aplicável à sociedade, tendo em conta a necessidade de segurança jurídica.

O que é pouco mais que um voto.

Como escreve LIMA PINHEIRO, *“a constituição de sociedades com intervenção de órgãos públicos, que aplicam o Direito local, integra diferentes estatutos. O Direito do lugar da constituição define o estatuto geral, o Direito regulador do contrato um estatuto especial. Em parte estes estatutos sobrepõem-se (relativamente à formação e validade substancial e às obrigações geradas pelo contrato), noutra parte limitam-se reciprocamente (a interpretação e integração do contrato está exclusivamente submetida ao seu próprio estatuto, as exigências de registo e publicações e a atribuição da personalidade jurídica dependem exclusivamente do estatuto geral).”*¹⁰⁰

3.4. A transferência internacional da sede da administração e transferência internacional da sede estatutária;

⁹⁸ Cf. *ibidem*, p. 735 : *“não faria sentido exigir à sociedade que transfere a sede da administração para Portugal que outorgasse uma escritura em Portugal quando o contrato de sociedade que se constitui segundo o Direito português e estabelece a sede da administração em Portugal pudesse ser celebrado ou alterado mediante escritura celebrada no estrangeiro. No mesmo sentido, o acórdão do STJ de 3/10/95, in BMJ 450, p. 508, apud LIMA PINHEIRO, *ibidem*, p. 735 considera que “o documento passado por um notary londrino, por não ser uma escritura pública, não satisfaz a forma exigida pela lei portuguesa”, acabando mesmo por concluir que “a escritura deve ser sempre realizada em Portugal, porque o notário estrangeiro não pode exercer a função de controlo de legalidade que incumbe ao notário português.”*

⁹⁹ A tese dominante segundo a qual o contrato de sociedade está submetido à lei pessoal da sociedade e a tese contrária segundo a qual o contrato de sociedade está submetido ao Direito designado pelas normas reguladoras das obrigações voluntárias.

¹⁰⁰ *ibidem*, p. 736.

3.4.1. Breve enquadramento

Em Portugal, entendeu-se tradicionalmente, nomeadamente MACHADO VILELA e JOSÉ TAVARES, que a transferência da sede da administração implicava a extinção da pessoa colectiva perante o direito da sede anterior e a constituição de uma nova pessoa colectiva segundo o direito da nova sede.

Este entendimento foi sendo progressivamente esbatido.

Actualmente, os artigos 33.º, n.º 3 do CC e 3.º, n.º 2 e 5 do CSC consagram expressamente a possibilidade de manutenção da personalidade jurídica, em caso de transferência da sede.

A detecção da mudança da sede deve considerar a presunção recíproca – naturalmente ilidível – de que a transferência da sede da administração é acompanhada da sede estatutária.

Mas, como vimos, os conceitos de “sede estatutária” e “sede da administração” são distintos.

Decorre do artigo 3.º, n.º 1, 2ª parte, do CSC que a sociedade com a sede principal e efectiva da sua administração no estrangeiro pode ter sede estatutária em Portugal e do artigo 25.º, n.º 2 do CRC, que a sociedade com sede principal e efectiva da sua administração em Portugal pode ter sede estatutária no estrangeiro.

Constituindo a sede estatutária o ponto de referência no âmbito das relações externas da sociedade, não se compreenderia que o CSC exigisse que a transferência da sede da administração fosse efectuada com a transferência simultânea da sede estatutária que afastaria a protecção de terceiros – pela conseqüente inaplicabilidade do ordenamento jurídico e, mais grave, porque condicionaria a vontade dos sócios ao forçar a indesejada transferência da sede estatutária.

Por isso, a presunção pode ser afastada, não tendo a transferência da sede da administração de ser acompanhada pela transferência da sede estatutária e vice-versa.

É a esta luz que se fará a análise da transferência internacional da sede no direito português, consoante se trate de sede estatutária ou de sede da administração.

3.4.2. A transferência internacional da sede da administração

3.4.2.1. Aspectos gerais

Considerando que está em causa a transferência da sede da administração, podem equacionar-se teoricamente as seguintes conseqüências na determinação da *lex societatis* pelo Estado de origem, quando este não é o português:

Se for adoptada a teoria da constituição, a transferência da sede da administração, mantendo-se a sede estatutária no país de origem, não dará lugar à mudança do estatuto pessoal da sociedade.

Caso se adopte a teoria da sede, a transferência da sede da administração implica, observadas as formalidades estabelecidas pelos ordenamentos jurídicos envolvidos, a mudança do estatuto pessoal.

Se a transferência da sede da administração for efectuada, não estando reconhecida na lei de origem, dará origem à dissolução da sociedade ou ao seu reconhecimento em Portugal, caso sejam cumpridos os requisitos aí estipulados para a sua constituição *ex-novo*.¹⁰¹

No caso do direito português, a possibilidade de proceder à transferência internacional da sede da administração de e para Portugal resulta clara à luz da regra geral fixada no artigo 33.º, n.º 3 do CC que estabelece uma conexão cumulativa simples, persistindo a personalidade jurídica da sociedade na medida em que ambas as leis estejam de acordo quanto a este ponto.¹⁰²

De forma idêntica, o CSC prevê, no artigo 3.º, n.ºs 2 e 5 a possibilidade da sociedade comercial proceder à transferência da sede da administração.

3.4.2.2. A transferência de Portugal para o estrangeiro

A transferência da sede da administração para fora de Portugal impõe, nos termos do artigo 3.º, n.º 5 do CSC, que a manutenção da personalidade jurídica da sociedade emigrante seja reconhecida no Estado de destino. Por outro lado, nos termos do n.º 6, o acordo de transferência está sujeito às mesmas regras que a modificação do estatuto – maioria qualificada de 75% dos votos correspondentes ao capital

¹⁰¹ Esta solução é meramente teórica porquanto parte da doutrina entende admissível o recurso a mecanismos de adaptação que permitam salvaguardar a manutenção da personalidade jurídica da sociedade. Neste sentido v. a posição de ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO *apud* RAÚL VENTURA, in *A sede ...*, p. 498 : “*Basta que a lei do Estado de transferência ou a lei do Estado de acolhimento não aceite a continuação da personalidade da sociedade cuja sede é transferida, para o artigo 33.º, n.º 3 não reconhecer essa continuação. Há quem entenda (Prof.ª Magalhães Collaço) que, para não distorcer a aplicação da lei de acolhimento quando esta admite a continuação da personalidade e fica sendo a lei pessoal da sociedade, a lei portuguesa deve recorrer à adaptação e considera a sociedade sujeita à lei da nova sede.*”

Com RAÚL VENTURA, consideramos que não existe motivo para dar preferência à lei da nova sede sobre a lei da antiga sede que era, nos termos do artigo 33.º, n.º 2 do CC, a lei competente para regular a sua extinção. Por outro lado, a aceitar-se o entendimento exposto, a adaptação alteraria o sentido do artigo 33.º, n.º 3 do CC e do artigo 3.º, n.º 2 do CSC pois a continuação da personalidade ficaria dependente apenas da lei de acolhimento, tanto para aceitar como para recusar a manutenção da personalidade jurídica.

¹⁰² O artigo 33.º, n.º 3 do CC forma uma norma bilateral perfeita, dado que conduz à aplicação tanto do direito Português como de leis estrangeiras, permitindo a sua aplicação à transferência internacional da sede entre países estrangeiros. Resulta assim, do artigo 33.º, n.º 3 do CC, que a transferência da sede entre países estrangeiros produzirá efeitos no ordenamento jurídico português desde que ambos as leis estrangeiras envolvidas nisso convenham.

social, tendo os sócios dissidentes o direito de separação que devem exercer no prazo de sessenta dias a contar da data de publicação da deliberação de transferência para fora de Portugal.

Estando definidas as regras quanto à transferência internacional da sede da administração de Portugal, poderão suscitar-se dúvidas sobre a possibilidade de se proceder a essa transferência no momento da constituição da sociedade dado que ainda não existirá “verdadeiramente” uma sede da administração.

Esta situação iria desencadear, desde logo, a aplicação de um direito diverso no tocante às relações internas da sociedade que passariam a ser regidas pelo direito do Estado onde se situa a sede da administração, nos termos do artigo 3.º, n.º 1, 1ª parte do CSC.

Tornando-se necessário acautelar os interesses dos sócios minoritários, poder-se-ia defender a aplicação analógica do artigo 3.º, n.ºs 5 e 6 do CSC a este tipo de situações.¹⁰³

Em sentido diverso, argumentar-se-á que os sócios minoritários sempre teriam a faculdade de não integrar a sociedade no momento da sua constituição, se esta quisesse estabelecer, à partida, a sede da administração noutro Estado, vedando desta forma a possibilidade de transferência da sede da administração no momento da constituição.

Mas a verdade é que, nos termos do CSC, o direito competente para reger as relações internas da sociedade comercial é, em princípio, o direito da sede da administração (por força da 1ª parte do artigo 3.º, n.º 1). Como tal, é defensável a aplicação analógica do artigo 3.º, n.ºs 5 e 6 do CSC à transferência da sede da administração que ocorra no momento da constituição da sociedade, salvaguardando-se que a adaptação seja efectuada nesse momento.

¹⁰³ Para LIMA PINHEIRO, in *O direito aplicável ...*, p. 760, “é necessário que o Direito da sede da administração admita, sem prejuízo da conservação da personalidade colectiva, que a sociedade mantenha a sede estatutária em Portugal; o estabelecimento da primeira sede da administração no estrangeiro depende de deliberação por maioria qualificada; e, os sócios que não tenham votado a favor da deliberação têm a faculdade de exoneração.”

Pode verificar-se, a final, que a transferência da sede da administração não era admitida pela lei estrangeira. Neste caso, deverão abrir-se duas hipóteses relativamente aos vícios da deliberação tomada.¹⁰⁴¹⁰⁵

A primeira, acarretará anulabilidade da deliberação adoptada, nos termos do artigo 58.º, n.º 1, al. a) do CSC, por violação do artigo 3.º, n.º 5 do mesmo código.

Acontece que o requisito previsto no artigo 3.º, n.º 5 do CSC para que a sociedade possa transferir a sua sede efectiva para outro país – “(...) *se a lei desse país nisso convier.*” – parece ser um requisito de eficácia. Neste entendimento, a deliberação que decida transferir a sede de uma sociedade quando o país estrangeiro não o admita será unicamente ineficaz *ope legis* e não anulável, mantendo a sociedade a sua personalidade jurídica em Portugal.¹⁰⁶

3.4.2.3. A transferência do estrangeiro para Portugal

Como resulta do artigo 3.º, n.º 2 e 3 do CSC, a sociedade com sede estatutária bem como sede da administração no estrangeiro pode transferir a sede da administração para Portugal, desde que o Estado de origem também o permita. Esta hipótese está, aliás, abrangida pelo artigo 25.º, n.º 2 do CRC.

A sociedade que transfira a sede da administração para Portugal é obrigada a conformar o respectivo contrato com a lei portuguesa, nos termos do artigo 3.º, n.º 2 do CSC. Para este efeito, um representante da sociedade deve outorgar em Portugal escritura pública em que seja declarada a

¹⁰⁴ Coloca-se, com pertinência, o problema de saber qual o Estado competente para aferir do valor da deliberação tomada, pelo conflito de leis que se verifica – problema normalmente conhecido como conflito móvel. A doutrina diverge na soluções propostas, ora propondo a ponderação de considerações de ordem prática, a interpretação das normas de conflito envolvidas ou a aplicação das regras que disciplinam a sucessão de leis no tempo (v. a este respeito, por todos, MARQUES DOS SANTOS, *Direito Internacional ...*, pp. 71-72 e LOUSSOUARN/BREDIN, *Droit ...*, pp. 305-307).

Ressalta, desde logo, a importância da aplicação das regras de sucessão das leis no tempo. Na verdade, será o *momento* em que se procura a adequação ao direito que permitirá detectar, *prima facie*, o ordenamento jurídico competente. Porém, ressalvadas as normas de aplicação imediata nos ordenamentos jurídicos envolvidos e pressupondo a manutenção da personalidade jurídica da sociedade, os restantes caminhos propostos também se revelam compatíveis e adequados. A primeira solução não deve invalidar que, procedendo-se a uma correcta ponderação dos valores em causa ou à interpretação das normas de conflito se afaste o resultado que a aplicação das regras de sucessão de leis no tempo levaria. Certo é que não se deve tentar reconduzir a apreciação dos actos praticados a *um* ordenamento. O acto pode ser único mas os seus efeitos são duplos, justificando a aplicação de *ambos* os ordenamentos jurídicos envolvidos, sempre que tal se revele possível. conforme a posição preconizada por TITO BALLARINO no direito italiano.

¹⁰⁵ Sobre os valores negativos das deliberações dos sócios v. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Comercial – vol. IV – sociedades comerciais*, Lisboa 1993, pp. 281 e segs.

¹⁰⁶ Neste caso não será defensável a dissolução automática da sociedade que apenas poderá ocorrer nos termos do artigo 141.º e segs. do CSC.

transferência da sede e exarado o contrato pelo qual a sociedade passará a reger-se, ficando estes actos sujeitos às disposições legais sobre registo e publicação de “contratos de sociedade celebrados em Portugal”, conforme dispõe o n.º 4 do mesmo preceito.

A sociedade pode ainda, no momento da sua constituição num país estrangeiro, pretender estabelecer, desde logo, a sede da administração em Portugal.

Neste caso, porque o direito português irá, em princípio, definir o estatuto pessoal da sociedade são aplicáveis, por analogia, as regras sobre transferência internacional da sede da administração previstas no artigo 3.º, n.º 2, 3 e 4 do CSC. Isto sem prejuízo de, quanto às relações externas, o estatuto pessoal ser definido pelo direito da sede estatutária, por força da “bilateralização” da 2ª parte do artigo 3.º, n.º 1 do CSC, caso os terceiros não devessem contar com o direito da sede da administração.

Por último, a hipótese de a sociedade, dispondo da sede estatutária em Portugal, decidir transferir do estrangeiro a sua sede da administração.

Aqui, a dúvida reside na circunstância de a lei pessoal da sociedade ser, nas relações com terceiros, a lei portuguesa, estando a sociedade registada conforme a lei portuguesa (apesar de poderem suscitar-se dúvidas a respeito da existência de um laço efectivo com Portugal que poderão levar à aplicação do instituto da fraude à lei). Poderia, aliás, considerar-se desnecessário sujeitar a sociedade a novo processo de transferência, nos termos do CSC.

Contudo, é de ter em conta que as normas de direito material especial respeitantes à transferência internacional da sede não visaram apenas a tutela de terceiros. Pode até dizer-se que este foi o aspecto mais descurado pelo legislador.

A criação destas normas tem também por objectivo a protecção dos sócios minoritários e a salvaguarda de interesses públicos.

Como tal, não se compreenderia que as relações internas fossem desprotegidas pela não aplicação das normas constantes do artigo 3.º, n.º 2, 3 e 4 quando a sociedade já tem a sede estatutária em Portugal. Tal hipótese permitiria a transferência de uma sociedade sem auscultar o direito estrangeiro, nomeadamente quanto à manutenção da personalidade jurídica, indo mesmo contra a vontade dos sócios minoritários (na medida em que estes pressuporiam ser estrangeiro o ordenamento jurídico aplicável às relações internas).

Há, assim, lugar à aplicação do estatuído no artigo 3.º, n.º 2, 3 e 4 do CSC.

3.4.3. A transferência internacional da sede estatutária

3.4.3.1. Aspectos gerais

Como resulta de anterior análise, o CC refere-se, no artigo 33.º, n.º 3, exclusivamente às situações de transferência da sede da administração entre dois Estados. Sendo assim, pode sustentar-se que se está perante uma lacuna de regulamentação, pois não foi editada norma que verse sobre a transferência internacional da sede estatutária.

Há quem, todavia, argumente que o legislador considerou a transferência internacional da sede estatutária como uma mudança regulada pela lei do Estado onde se encontra a sede da administração.¹⁰⁷

Se for assim, a transferência isolada da sede estatutária de e para Portugal constituirá, à luz do CC, mera alteração do contrato de sociedade regulada pelo direito da sede da administração porque definidor da *lex societatis*.

A solução adoptada com base no CC contribui para solucionar a omissão do CSC relativamente à transferência da sede estatutária.

O silêncio do legislador comercial pode ser entendido como resultando da presunção de que a transferência da sede estatutária é acompanhada da transferência da sede da administração.

Mas se a transferência da sede da administração pode ser efectuada sem se proceder à transferência da sede estatutária, não se vê razão para que o inverso não seja aceite pela lei portuguesa.

3.4.3.2. A transferência de Portugal para o estrangeiro

Se a transferência da sede estatutária de Portugal para o estrangeiro for acompanhada da transferência da sede da administração, o enquadramento legal é igual ao equacionado a respeito da transferência da sede da administração.

Mas se a sede da administração se mantiver em Portugal, o quadro de referência relativo às relações externas – sede estatutária – será alterado. Deverá então ser aplicado analogicamente o artigo 3.º, n.º 5 do CSC.

Onde podem ser suscitadas reservas é quanto à aplicação analógica do artigo 3.º, n.º 6 do CSC.

¹⁰⁷ LIMA PINHEIRO, *O direito aplicável ...*, p. 763, escreve: “Segundo o plano do legislador a transferência internacional da sede estatutária é, como qualquer caso de mudança de sede estatutária, uma vicissitude regulada pelo Direito da sede da administração.” De forma diversa, RAÚL VENTURA, *A sede ...*, p. 494, considera que o artigo 33.º, n.º 3 do CC abrange quer a transferência da sede estatutária, quer a transferência da sede da administração.

Efectivamente, continuando as relações internas a ser regidas exclusivamente pelo direito português – cf. a 1ª parte do artigo 3.º, n.º 1 do CSC – estaria afastada a aplicação analógica do artigo 3.º, n.º 6 do CSC.

O que pode dizer-se a este respeito é que a transferência isolada da sede estatutária envolve uma alteração ao contrato de sociedade. Ora, o artigo 3.º, n.º 6 do CSC é uma norma especial face ao regime geral de alteração do contrato de sociedade, permitindo aos sócios afastarem-se da sociedade face ao novo regime jurídico aplicável às relações externas da sociedade. Daí, que não se veja razão para não aplicar o artigo 3.º, n.º 6, do CSC quando está em causa a transferência isolada da sede estatutária de Portugal para o estrangeiro.

Subsistem ainda as hipóteses em que uma sociedade tem a sede da administração em país estrangeiro, pretendendo transferir a sede estatutária de Portugal para esse mesmo Estado ou para um Estado terceiro.

No primeiro caso, haverá lugar à aplicação analógica do artigo 3.º, n.º 5 e 6 do CSC pelas razões aduzidas anteriormente.

No caso da sede da administração se situar num Estado e se pretender transferir a sede estatutária de Portugal para um Estado terceiro, a transferência deverá ser também admitida pelo primeiro ordenamento – da sede da administração - sendo exigida a admissibilidade da transferência da sede estatutária – e, conseqüentemente, da alteração do contrato de sociedade - por parte de três ordenamentos distintos.¹⁰⁸

Registe-se finalmente que, ao contrário da transferência da sede da administração, a sede estatutária não poderá ser transferida de Portugal no momento da sua constituição.

Esta posição assenta em dois argumentos já produzidos por LIMA PINHEIRO¹⁰⁹:

Um, de ordem literal, reside no artigo 25.º, n.º 2 do CRC. A conservatória só é competente para o registo de sociedade que fixe a sede estatutária em Portugal ou que, tendo-se constituído segundo o direito estrangeiro, estabeleça a sede da administração em Portugal ou a transfira para o nosso país. Uma sociedade constituída segundo o direito português que fixe a sede estatutária no estrangeiro não

¹⁰⁸ A exigência da admissibilidade do ordenamento onde se situa a sede da administração decorre da 1ª parte do artigo 3.º, n.º 1 do CSC.

¹⁰⁹ In LIMA PINHEIRO, *O Direito aplicável...*, p. 762.

poderá ver registado o seu contrato de sociedade porque a conservatória não se considerará competente para o fazer.

Um outro argumento, de ordem material, consiste no facto de, a admitir-se a fixação da sede estatutária fora do Estado de constituição, conjuntamente com a “bilateralização” do artigo 3.º, n.º 1, 2ª parte do CSC, se chegar ao resultado indesejável de aplicar à sociedade, nas relações com terceiros, um direito que não seria nem o da constituição nem o da sede da administração, mas o da sede estatutária situada fora do Estado de constituição.¹¹⁰

3.4.3.3. A transferência do estrangeiro para Portugal

A transferência da sede estatutária para Portugal poderá levar terceiros a contar com a aplicação do direito português por via do artigo 3.º, n.º 1, 2ª parte do CSC. Desta forma, será de exigir, na transferência, o cumprimento das formalidades da transferência da sede da administração, havendo lugar à aplicação analógica das regras estatuídas no artigo 3.º, n.º 2, 3 e 4 do CSC, o que significa que a totalidade das normas do direito estrangeiro devem convir na transferência da sede estatutária do estrangeiro para Portugal.

Consequentemente, a sociedade deverá proceder ao registo da sede estatutária (por aplicação analógica do artigo 25.º, n.º 1 do CRC).

No caso da sede estatutária se situar num Estado e a sede da administração num terceiro Estado, também o ordenamento deste Estado deverá admitir a transferência da sede estatutária para Portugal, por imposição do estabelecido na 1ª parte do artigo 3.º, n.º 1 do CSC, dado que a sede da administração permanecerá em país estrangeiro.

3.5. As normas de direito material português aplicáveis à transferência internacional da sede de Portugal para o estrangeiro

A transferência internacional da sede de Portugal para o estrangeiro deve, nos termos do artigo 3.º, n.º 6, do CSC, “obedecer aos requisitos para as alterações do contrato de sociedade”.

Nestes termos, a decisão de proceder à transferência internacional da sede deve ser deliberada em assembleia geral,¹¹¹ não podendo, em caso algum, ser tomada por menos de 75% dos votos

¹¹⁰ No caso de os terceiros não contarem com a competência do Direito da sede da administração.

¹¹¹ Cf. artigo 85.º, n.º 2 do CSC. A deliberação de alteração do contrato será tomada em conformidade com o disposto para

correspondentes ao capital social e podendo os sócios minoritários exonerar-se da sociedade¹¹² devendo para tal notificá-la, no prazo de 60 dias,¹¹³ após a publicação da deliberação de transferência da sede.¹¹⁴

A deliberação de transferência internacional da sede deve ser consignada em escritura pública, a não ser que a deliberação conste de acta lavrada pelo notário.¹¹⁵

Posteriormente, deve ser requerido o registo (obrigatório) da transferência internacional da sede, no prazo de 3 meses a partir da data da escritura pública¹¹⁶. O acto de registo da transferência é publicado obrigatoriamente no Diário da República,¹¹⁷¹¹⁸ sendo a publicação promovida pelo Conservador no prazo de 30 dias a contar da data da efectivação do registo e a expensas dos interessados.¹¹⁹

O regime da transferência internacional da sede constante do artigo 3.º, n.º 6, do CSC assegura a defesa dos interesses dos sócios minoritários. Com este objectivo, o legislador comercial previu a possibilidade do sócio discordante se exonerar, o que faz subentender que, com a alteração da *lex societatis*, se produz uma mudança profunda na estrutura societária.

Porém, ao ocupar-se dos problemas registrais e dos sócios minoritários, o legislador descurou a efectiva tutela dos direitos de terceiros.

Senão vejamos.

O legislador comercial preocupou-se em assegurar a defesa dos interesses de terceiros – nomeadamente no tocante a comunicações para reclamação de créditos – por intermédio de figuras

cada tipo de sociedade. Cf. nomeadamente SNC artigo 194.º; SQ artigo 265.º, n.º 1 e SA artigo 383.º, n.º 2, todos do CSC.

¹¹² Cf. o artigo 3.º, n.º 6 do CSC e, de forma idêntica o artigo 240.º, al. a).

¹¹³ O prazo de 60 dias, sendo mais curto do que o previsto para a exoneração de sócios nas sociedades por quotas (90 dias cf. artigo 240.º, n.º 3 do CSC), é maior do que o previsto para a exoneração de sócios quando, v.g., num processo de fusão de sociedades (30 dias cf. artigo 105.º, n.º 1 do CSC). O legislador parece, ao determinar o prazo de 60 dias, ter optado por fixar, no artigo 3.º n.º 6 do CSC, um prazo intermédio entre os diferentes prazos para a exoneração de sócio estipulados no CSC.

¹¹⁴ Cf. artigo 3.º, n.º 6 do CSC.

¹¹⁵ Cf. artigo 85.º, n.º 3 do CSC. A conformidade da deliberação irá ser aferida à luz dos dois ordenamentos. O acto é um só, mas os seus efeitos serão duplos.

¹¹⁶ Cf. artigo 3.º, al. o) e 15.º, n.º 1 do CRC.

¹¹⁷ Quando respeite a sociedades por quotas, anónimas ou por comandita por acções, cf. artigo 70.º, n.º 1, al. a) CRC.

¹¹⁸ Nos termos do artigo 3.º, n.º 6 do CSC, a transferência internacional da sede deve obedecer aos requisitos para as alterações do contrato de sociedade, pretendendo desta forma o legislador afastar-se do regime geral da transferência nacional da sede que prevê a publicação obrigatória apenas no DR. De acordo com os artigos 3.º, al. q) e 70.º, n.º 4 do CRC, as alterações do contrato de sociedades por quotas ou anónimas devem ainda ser publicadas por extracto, num jornal da localidade da sede da sociedade ou da região respectiva. Neste entendimento seria igualmente obrigatória a publicação da deliberação de transferência internacional da sede num jornal da localidade da sociedade, assegurando a publicidade reforçada de um acto susceptível de afectar direitos de terceiros. Todavia, ao que foi possível apurar, este entendimento não tem sido adoptado pelas conservatórias do registo comercial.

¹¹⁹ Cf. artigo 71.º, n.º 1 e 2 do CRC.

jurídicas como a redução de capital¹²⁰, a fusão de sociedades¹²¹, ou a cisão de sociedades¹²². No entanto “esqueceu-se” de assegurar aquela protecção, designadamente de credores e trabalhadores, no momento em que a sociedade passa a ter o estatuto pessoal determinado por outro ordenamento jurídico que a poderá não salvaguardar de forma eficaz.

Pode certamente argumentar-se que a publicidade dada à transferência internacional da sede, o pressuposto de manutenção da personalidade jurídica da sociedade¹²³ e a protecção (eventualmente) dada pelo ordenamento jurídico estrangeiro são suficientes para assegurar aqueles interesses.

Mas a explicação não colhe.

Qualquer destes factos não garantirá a terceiros uma eficaz oposição à transferência internacional da sede, ao contrário do regime estabelecido, por exemplo, para a fusão de sociedades.¹²⁴

Este aspecto fundamental do regime material da transferência internacional da sede induz à reflexão sobre a necessidade, de *jure constituendo*, de alterações que permitam uma eventual oposição de terceiros à transferência internacional da sede, num quadro legal semelhante ao actualmente vigente a respeito da redução de capital, da fusão ou da cisão de sociedades.¹²⁵

¹²⁰ Cf. artigo 95.º, n.º 4, al. c) e d) do CSC.

¹²¹ Cf. artigo 107.º e segs. do CSC.

¹²² Cf. artigo 119.º, al. n) do CSC.

¹²³ Por força do artigo 3.º, n.º 5 do CSC.

¹²⁴ Cf. artigo 108.º do CSC.

¹²⁵ O mesmo problema foi colocado pela doutrina espanhola. Assim, para FÉRNANDEZ DEL POZO, *apud* PILAR BLANCO-MORALES LIMONES, in *La transferencia ...*, p. 137 “*en el caso del traslado de la sede al extranjero, los acreedores son los grandes olvidados*”. Em sentido diverso, entende PILAR BLANCO-MORALES LIMONES que os credores verão os seus direitos garantidos porque na transferência internacional da sede está implícita uma redução de capital subsequente ao exercício do direito de separação pelos sócios discordantes. A este propósito, refere PILAR BLANCO-MORALES LIMONES, *ibidem*, p. 136 : “*El acuerdo de transferencia de la sede al extranjero llevará implícito el de reducción del capital social en la medida necesaria para el reembolso de las acciones o participaciones de los socios disidentes que ejerciten el derecho de separación. Entendemos por ello que el acuerdo de traslado debe ser publicado con los mismos requisitos que se establecen para la publicación del acuerdo de reducción del capital. (...) al estar implícita en el acuerdo de cambio de domicilio al extranjero una reducción de capital subsiguiente al ejercicio del derecho de separación, deberán imponerse las más estrictas condiciones de publicidad establecidas para la reducción del capital.*”

Em Portugal, não poderá ser aplicada a figura da redução de capital sempre que haja transferência internacional da sede. Em primeiro lugar, porque a transferência poderá decorrer de uma decisão unânime dos sócios. Em segundo lugar, porque nem sempre a exoneração de um ou mais sócios dará lugar à redução de capital. De facto, a exoneração de sócio tanto pode implicar a perda absoluta do direito da participação (que se extingue por amortização, redução do capital ou até dissolução e liquidação), como uma perda relativa desse direito (que é transmitido à própria sociedade ou a terceiro), o que não dará lugar à redução de capital.

3.6. A adaptação da sociedade¹²⁶

O regime previsto no artigo 3.º, n.º 2 do CSC excluiu a possibilidade de considerar como sociedade portuguesa aquela que, embora tendo fixado sede da administração em Portugal, não tenha cumprido o disposto na lei portuguesa com respeito à transferência da sede.

Esta solução é diversa da adoptada, por exemplo, pelo legislador italiano.¹²⁷

A adaptação da sociedade ao direito do país para onde a sede é transferida é, segundo RAÚL VENTURA¹²⁸ exigência plenamente justificada, uma vez que a sociedade passa a estar sujeita a nova lei pessoal. O facto de esta não ser a originária não a dispensa da observância de determinadas regras.

Aqui, a dificuldade maior residirá em distinguir, dentro dos preceitos da nova lei, aqueles que possam ser eventualmente afastados por se tratar da adaptação de uma sociedade já existente e não da constituição de uma nova sociedade. Temos, no entanto, por correcto que, razões de segurança jurídica, justificam que a adaptação deverá, *prima facie*, incidir sobre as normas estatutárias que disciplinam as relações externas da sociedade.

A sociedade que transfira a sede – estatutária ou da administração – deve adaptar-se aos tipos societários existentes em Portugal, nos termos do artigo 1.º, n.º 2 do CSC,¹²⁹ ou no país de acolhimento, como decorre da aplicação do princípio da tipicidade vigente na maior parte dos ordenamentos jurídicos.

A doutrina internacional tem adoptado, a respeito do momento em que deve ser operada a adaptação, três posições: a de que esta deve ser anterior à deliberação; simultânea ou; que a sociedade deve dispor de um prazo para o efeito,¹³⁰ após a transferência da sede.

¹²⁶ Entenda-se a adaptação da sociedade como a alteração dos estatutos societários que deve ser operada por forma a permitir a manutenção da personalidade jurídica da sociedade no novo ordenamento jurídico.

Este conceito não se confunde com o de adaptação, utilizado em Direito Internacional Privado, no sentido de corrigir ou ajustar os resultados a que conduz a aplicação automática das normas de conflitos.

¹²⁷ A sociedade que tenha a sua sede da administração ou centro de exploração situado em Itália verá o seu estatuto pessoal ser determinado pela lei italiana, cumulativamente com o direito do Estado onde se constituiu.

¹²⁸ In RAÚL VENTURA, *A sede ...*, p. 496

¹²⁹ Note-se que o conceito de sociedade comercial no direito de conflitos especial das sociedades comerciais não é idêntico ao de direito material.

¹³⁰ Esta parece ser a opinião de LIMA PINHEIRO, in *O direito ...*, p. 760, que – a propósito da transferência da sede da administração no momento da constituição - manifesta a concordância com BEITZKE e WIEDEMANN que defendem a concessão de um certo prazo, posterior à transferência, para a sociedade se adaptar ao Direito desse Estado. De facto, o estabelecimento da sede da administração é posterior ao da sede estatutária. Mas neste caso, por aplicação analógica do artigo 3.º, n.º 6 do CSC, a sociedade terá de deliberar sobre a transferência da sede da administração para país estrangeiro, o que implica, de acordo com o supra exposto, que a sociedade proceda à adaptação até ao momento da deliberação, ao contrário do exposto por LIMA PINHEIRO.

No direito português, a adaptação deverá ser feita, até ao momento da deliberação, em toda a extensão necessária para a completa observância da lei nova¹³¹.

É configurável o seguinte quadro:

Para exercerem a faculdade de exoneração, os sócios devem conhecer de forma cabal o projecto de transferência da sociedade.¹³² O projecto deverá incluir, nomeadamente, a referência ao tipo societário que irá adoptar no novo Estado. Só desta forma poderão os sócios conhecer os seus direitos à luz do novo ordenamento jurídico para, eventualmente, se exonerarem.

A possibilidade de concessão de um prazo para posteriormente se adaptar poderia conduzir a sociedade a situações em que transferisse a sua sede da administração para o estrangeiro de forma diversa daquela que teria sido acordada na assembleia geral¹³³, prejudicando o direito de exoneração dos sócios que, nos termos do artigo 3.º, n.º 6 do CSC, dispõem apenas de 60 dias, após a publicação da deliberação para o fazer.

3.7. A efectivação da transferência da sede

A análise do momento em que se concretiza a transferência internacional da sede, à luz do direito português, é essencial para verificar os patamares de protecção dos interesses dos sócios minoritários e, sobretudo, dos credores, trabalhadores e terceiros.

A transferência da sede para Portugal estará concretizada após a conclusão do processo de registo, momento em que nos termos do artigo 5.º do CSC a sociedade ganha personalidade jurídica. O que equivale a dizer que é relevante o momento em que a sociedade é devidamente registada na conservatória competente, no prazo de três meses contados a partir da data em que tiver sido titulada a transferência, nos termos do artigo 15.º, n.º 1 do CRC, devendo tal facto ser registado na conservatória para onde a sociedade transfira a sede estatutária ou a sede da administração, nos termos do artigo 25.º, n.º 1 e 2 do mesmo Código.

No entanto, a sociedade poderá não proceder ao registo da transferência da sede da administração ou da sede estatutária.

¹³¹ No mesmo sentido, v. RAÚL VENTURA, *A sede ...*, p. 496.

¹³² O projecto de transferência da sede deve ser apresentado aos sócios no momento da convocação da assembleia, conforme o artigo 377.º, n.º 8 do CSC.

¹³³ V.g. por ter sido aprovado um projecto demasiado amplo de sociedade que permitiria ao legal representante nomeado para proceder à transferência, actuar de forma diversa da essência da deliberação.

A situação será sancionada apenas quando não estiver já registada em Portugal a sede da administração ou a sede estatutária porque a sociedade se constituiu em Portugal¹³⁴ ou decorrido o processo de transferência da sede para Portugal,¹³⁵ nos termos do artigo 3.º, n.ºs 2 a 4 do CSC, situações em que a sociedade deverá estar registada na conservatória do registo comercial competente

Se a sociedade não proceder ao registo da transferência da sede da administração para Portugal, poder-se-á aplicar o regime da fraude à lei, por manipulação do elemento de conexão “sede da administração”, nos termos do artigo 21.º do CC – caso exista *animus fraudendi*.

A utilização do instituto da fraude à lei relativamente ao elemento de conexão “sede da administração” merece, por parte da doutrina, reflexões diversas.

Para FERRER CORREIA¹³⁶ e RAÚL VENTURA¹³⁷ a utilização deste mecanismo encontra-se vedada quando o elemento de conexão for a sede da administração.

De forma diversa, para LIMA PINHEIRO é legítima a utilização do instituto da fraude à lei quando estiver em causa o elemento de conexão sede da administração porque *“há fraude se a sede da administração de uma sociedade que, segundo todos os restantes laços objectivos, está ligada a um Estado, é estabelecida noutro Estado, para evitar a aplicação de normas injuntivas do Estado onde tem o seu centro de gravidade.”*¹³⁸

¹³⁴ O incumprimento das disposições legais no momento da constituição da sociedade em Portugal dará lugar à aplicação dos artigos 36.º a 52.º do CSC.

¹³⁵ Como referimos anteriormente, se a sociedade já tiver a sede estatutária em Portugal, poderíamos ser levados a considerar desnecessário qualquer processo – cf. artigo 3.º, n.º 2, 3 e 4 do CSC - relativo a uma posterior transferência da sede da administração para Portugal, dado que o direito aplicável à sociedade é em princípio o da sede estatutária. Mas não nos podemos esquecer que o direito da sede da administração releva quando se demonstre que a sede da administração não coincide com a sede estatutária. Ora, o legislador comercial criou o regime da transferência internacional da sede da administração, por forma a dar alguma segurança jurídica no comércio internacional. Desta forma, quando a sociedade dispuser de sede estatutária em Portugal e quiser transferir a sede da administração para Portugal estará adstrita ao cumprimento do preceituado no artigo 3.º, n.º 2 e 3 do CSC (ainda que, cf. a parte final do artigo 3.º, n.º 3 do CSC, tenha de dispor na escritura pública o contrato de sociedade pelo qual se rege o qual já existe).

¹³⁶ V. a este propósito FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional Privado*, Universidade de Coimbra, 1973, p. 584 : “(...) parece-nos extremamente difícil (para não dizer impossível) justificar a relevância da fraude nos casos seguintes: (...) no caso de uma pessoa colectiva (uma sociedade anónima, p. ex.), os seus fundadores deliberem fixar-lhe a sede em certo país unicamente para beneficiar da menos severa legislação desse país relativamente à daquele onde a sociedade se propõe exercer a sua primeira actividade. Estamos a por a hipótese de uma deliberação séria – de uma sede real. Achamos nós que neste domínio a fraude só será de considerar nas hipóteses a que chamaremos de “internacionalização artificial” da pessoa colectiva : dá-se à pessoa colectiva, aliás puramente interna, cor ou carácter internacional através da simples fixação da respectiva sede em país estrangeiro (...)”.

¹³⁷ “Na verdade, uma vez estabelecida a ligação entre a lei pessoal e a sede efectiva, a teoria da fraude à lei não tem qualquer relevância para o efeito da sede efectiva.” In RAÚL VENTURA, *A sede ...*, p. 468.

¹³⁸ In LIMA PINHEIRO, *O direito aplicável ...*, p. 741. Apesar de FERRER CORREIA e RAÚL VENTURA considerarem que o elemento de conexão “sede da administração” não é susceptível de ser manipulado dado que corresponderá sempre à

Independentemente da questão de saber se o instituto da fraude à lei é aplicável quando não existirem laços objectivos entre a sociedade e Portugal, na hipótese em aberto o problema não reside na ausência de laços objectivos com o Estado de acolhimento – Portugal – mas na inexistência de registo da sede da administração efectivamente transferida. Como assim, é de afastar o instituto da fraude à lei como forma de solucionar a falta de registo de sociedade que transferiu a sede da administração para Portugal.

Persiste o problema de determinar a consequência jurídica a extrair do facto de a sociedade transferir a sede da administração ou estatutária para Portugal, sem cumprir o disposto no artigo 3.º, n.ºs 2 a 4 do CSC, criando uma aparência de sociedade de estatuto pessoal nacional.

A lei não reconhece personalidade jurídica a esta sociedade, pelo que poderiam ser aplicadas as regras sobre sociedades irregularmente constituídas (artigos 36.º e segs. CSC).

Sucedem que a sociedade que tenha transferido de forma incompleta a sede para Portugal continuará a ver a validade da sua constituição aferida pelo direito do local onde se constituiu, e a ter, conforme o artigo 3.º, n.º 1 do CSC, um estatuto pessoal estrangeiro, o que afasta o regime estatuído pelo direito português.

Mas a sociedade ao transferir a sede – da administração ou estatutária – para Portugal, sem cumprir as normas de direito material português, pode gerar em terceiros a impressão que o processo de transferência foi efectivamente concluído, criando a aparência de uma sociedade de estatuto pessoal nacional.

A aplicação da lei pessoal estrangeira seria legitimadora desta ficção.

Neste contexto, afigura-se legítima a aplicação de normas do Estado onde a sociedade exerce a sua actividade - normas de direito material especial - a sociedades de estatuto pessoal do estrangeiro.

O artigo 4.º, n.º 2 e 3 do CSC pune o incumprimento da obrigação de instituir em Portugal uma representação permanente por sociedades que desejem exercer aqui a sua actividade por mais de um ano, visando assegurar a tutela dos interesses de terceiros nas relações com a sociedade e a aplicação do direito do lugar onde a sociedade exerce a actividade.

conexão hipotizada pela respectiva norma de conflitos, parece-nos que, quando o centro de gravidade da sociedade se encontra deslocado da sede da administração ficticiamente criada, haverá lugar à aplicação do instituto da fraude à lei como forma correctiva de situações patológicas.

Este desiderato é comum ao artigo 4.º do CSC e ao regime da transferência internacional da sede previsto pelo legislador português, já que ambos procuram aplicar o direito do lugar onde a sociedade vai desenvolver a actividade, o que nos permite aplicar, por analogia,¹³⁹ o disposto no artigo 4.º, n.º 2 e 3, do CSC,¹⁴⁰ quando a sociedade de estatuto pessoal estrangeiro crie a aparência de uma sociedade de estatuto pessoal nacional.

A transferência intra-comunitária da sede

4.1. Enquadramento:

É consequência da inserção dos Estados na Comunidade Europeia a chamada “função positiva de integração” que concorre com a “função negativa de integração”.

Pela primeira – “função positiva de integração” – compete à Comunidade proceder à harmonização da legislação existente. No âmbito da “função negativa de integração”, cabe aos próprios Estados actuar na esfera dos seus poderes - executivo, legislativo e judicial – de acordo com os objectivos da integração comunitária que se traduzem, fundamentalmente, nas quatro liberdades de circulação: de pessoas, bens, serviços e capitais.¹⁴¹

Neste contexto, a liberdade de circulação das sociedades, implicando teoricamente o reconhecimento automático da transferência internacional da sede no espaço comunitário, não deve alhear-se do impacto económico-social que produz junto dos Estados-membros.

¹³⁹ De forma semelhante LIMA PINHEIRO, *ibidem*, p. 769 considera que se justifica a aplicação analógica do artigo 4.º do CSC “(...) às sociedades de estatuto pessoal estrangeiro que exerçam actividade por mais de um ano em Portugal, quando não se verifique a comercialidade e (ou) a constituição, como pessoas colectivas, mediante a intervenção de órgãos públicos pressupostas para a sua aplicação directa. Com efeito, os interesses de terceiros carecem de tutela perante quaisquer sociedades que exerçam actividade em Portugal.”

¹⁴⁰ Sobre a qualificação do artigo 4.º do CSC como norma sobre a condição jurídica dos estrangeiros ou norma sobre sociedades de estatuto pessoal estrangeiro, v. LIMA PINHEIRO, *O direito ...*, p. 716.

¹⁴¹ A este propósito v. RUI MOURA RAMOS, *Previsão normativa e modelação judicial nas Convenções Comunitárias relativas ao Direito Internacional Privado*, in *O Direito Comunitário e a Construção Europeia*, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, n.º 38, 1999, p. 93–123; FAUSTO DE QUADROS, *Direito Europeu das Sociedades*, in *Estruturas Jurídicas da Empresa*, AAFDL, Lisboa, 1989, p. 151-181 e ANTÓNIO CAEIRO, *Princípios fundamentais da reforma do direito das sociedades comerciais*, separata da revista “Textos” do Centro de Estudos Judiciários, 1994, pp. 22-31.

Daí, que o direito comunitário, e com ele o direito internacional privado, se vejam confrontados com uma duplicidade de referências e de valores.

A hipótese de uma sociedade proceder à transferência da sede pode ser lesiva dos interesses dos trabalhadores, dos credores e de terceiros, ao que deve acrescentar-se a susceptibilidade de afectar a segurança e estabilidade jurídica.

Mas, por outro lado, a “globalização” da economia, o surgimento de novas tecnologias e a construção de um mercado europeu único questionam a impossibilidade, reconhecida por certos ordenamentos, de transferência da sede.

De resto, os interesses merecedores de tutela não estarão melhor salvaguardados pela dissolução da sociedade que pretende transferir a sua sede ou pelo seu não reconhecimento no país de acolhimento. Estas hipóteses prejudicarão no limite os interesses em jogo, sem impedir que as sociedades transferiram as respectivas sedes.

4.2. A relação entre os artigos 43.º, 48.º e 293.º do Tratado da Comunidade Europeia

É necessário precisar o conteúdo normativo dos artigos 43.º, 48.º e 293.º do TCE para observar as relações jurídicas que se estabelecem entre eles.

O artigo 43.º consagra o direito de estabelecimento dos nacionais de um Estado-membro no território do outro Estado-membro.

Para este efeito, o artigo 48.º equipara aos nacionais de Estados-membros as sociedades constituídas em conformidade com a legislação de um Estado-membro que, simultaneamente, tenham a sua sede social, administração central ou estabelecimento principal na Comunidade.

O artigo 293.º, § 3.º, prevê que os Estados-membros estabeleçam negociações destinadas, nomeadamente, a garantir a manutenção da personalidade jurídica em caso de transferência internacional da sede.

Da leitura destes artigos e da sua intersecção, têm resultado três tipos de entendimentos doutrinários¹⁴²:

¹⁴² Agrupando as propostas doutrinárias em três diferentes entendimentos, v. PILAR BLANCO-MORALES LIMONES, *La transferencia...*, p. 168. V., a este propósito, TITO BALLARINO, *Diritto ...*, p. 345; SILVERIO ANNIBALE, *Riforma del sistema italiano del diritto internazionale privato*, CEDAM, Padova, 1997, p. 155; FAUSTO CAPELLI, *Transferimento ...*, p. 43 – 54; JOSÉ MARIA BLANCO-FERNANDEZ, *La nacionalidad ...*, p. 213 e CALVO CARAVACA, *Derecho*

O primeiro preconiza a separação entre o âmbito material dos artigos 43.º, 48.º e 293.º, § 3.º.

De acordo com esta posição, o direito de estabelecimento não implica que cada Estado-membro deva aplicar às sociedades o direito da sua constituição, porquanto, nos termos do artigo 293.º, § 3.º, esta matéria está reservada a convenção internacional a celebrar entre os Estados-membros.¹⁴³

A liberdade de estabelecimento estaria, segundo esta tese, dependente do livre reconhecimento da sociedade por cada Estado-membro.

A segunda corrente defende uma relação de lei especial entre o artigo 293.º, 3.º parágrafo e os artigos 43.º e 48.º.

Para os subscritores desta teoria, o âmbito de aplicação dos artigos 43.º e 48.º, compreende o artigo 293.º, § 3.º. No entanto, este último artigo deve ser considerado como lei especial na medida em que prevê negociações entre os Estados-membros impostas pelas imprecisões dos artigos 43.º e 48.º.

Em resultado destas disposições, os Estados-membros devem reconhecer automaticamente todas as sociedades constituídas noutra Estado membro.

Há ainda quem considere o artigo 293.º, § 3.º como norma subsidiária em relação aos artigos 43.º e 48.º.

A subsidiariedade do artigo 293.º, § 3.º decorreria da interpretação literal da referência, vertida no artigo 293.º, às negociações entre os Estados-membros que decorrerão “*sempre que necessário*” e da inserção sistemática do preceito no corpo do TCE, na parte das disposições finais e gerais. A transferência internacional da sede apenas seria motivo de negociação na medida em que não estivesse regulada pelo direito comunitário.¹⁴⁴

A opção por qualquer das teses deve partir da análise dos artigos 43.º e 48.º.

Releve-se, no entanto, que, apesar de divergentes quanto ao carácter automático do reconhecimento de sociedade constituída na Comunidade ao abrigo do artigo 48.º, todas são conclusivas quanto à necessidade de editar norma comunitária a respeito da transferência internacional da sede.

Internacional ...,p. 317.

¹⁴³ O esboço de uma convenção desta natureza encontra-se na Convenção de Bruxelas de 28 de Fevereiro de 1968 sobre o reconhecimento mútuo de sociedades e pessoas jurídicas. Esta convenção tenta compatibilizar a teoria da constituição com a teoria da sede real. O artigo 1.º e 2.º partem da teoria da constituição mas o artigo 4.º admite a aplicação da lei do Estado em que as sociedades estrangeiras tenham a respectiva sede real. Infelizmente, esta convenção nunca entrou em vigor, devido a divergências entre os Estados-membros resultantes da falta de consenso quanto à determinação da *lex societatis*.

¹⁴⁴ V. ROCIO CARO GANDARA, *La competencia* ...,p. 255.

Os referidos artigos visam, na sua génese, assegurar o respeito pela liberdade de circulação de pessoas (singulares ou colectivas) no seio da comunidade.

As exigências normativas prendem-se directamente com o estabelecimento *secundário*¹⁴⁵ da sociedade, sendo manifesto que o legislador comunitário interveio, nesta matéria, sobre direito dos estrangeiros.¹⁴⁶

Não subsistem dúvidas – até pela interpretação literal dos preceitos – acerca do direito de estabelecimento *secundário* de que gozam as sociedades no espaço comunitário.¹⁴⁷

Questão controvertida é a da possibilidade de se extrair dos artigos 43.º e 48.º o direito de estabelecimento *principal* das sociedades no seio da Comunidade.

Jurisprudência constante do TJCE tem vindo a reconhecer efeito directo ao artigo 43.º, considerando que o direito de estabelecimento *primário* ou *principal* é aplicável, sem limitações, a pessoas singulares.¹⁴⁸

Contudo, se as pessoas singulares são titulares do direito de estabelecimento *primário*, o mesmo deverá ser reconhecido às sociedades, como decorre do princípio de equiparação das pessoas colectivas às pessoas singulares consagrado na parte final do § 1.º do artigo 48.º

As sociedades gozam, pois, de um direito de estabelecimento *principal* na Comunidade.

Acresce um outro argumento.

¹⁴⁵ Importa distinguir, entre as modalidades de exercício do direito de estabelecimento, o estabelecimento *principal* e o estabelecimento *secundário*. Cf. PILAR BLANCO-MORALES LIMONES, *La transferencia ...*, p. 148. O estabelecimento *principal* relaciona-se com a criação, participação na constituição e gestão de empresa para o exercício autónomo de uma actividade económica, sendo indiferente que se trate de primeira instalação ou da transferência da sede. No estabelecimento *secundário*, a sociedade não muda de sede, limitando-se a criar, no Estado de destino, estabelecimentos auxiliares e economicamente dependentes, ainda que com personalidade jurídica autónoma.

¹⁴⁶ Ao exigir que a sociedade se tenha constituído na Comunidade e que tenha a sua sede social, administração central ou estabelecimento central na Comunidade, numa síntese da teoria da constituição com as teorias da sede estatutária, da sede da administração ou do centro de exploração.

¹⁴⁷ Direito confirmado no acórdão *Centros*, de 9 de Março de 1999 – processo n.º C-212/97, in PHILLIPE LÉGER, *Commentaire article par article du traité UE et CE*, Dalloz, Paris, 2000, p. 430. Colocava-se a questão de saber se uma sociedade constituída conformemente num Estado-membro, poderia ver recusada a constituição de uma sucursal noutro Estado-membro, sabendo-se que se visava, desta forma, evitar as regras respeitantes à constituição de sociedades vigentes neste último Estado. O TJCE reiterou que a recusa de matrícula da sucursal, mesmo face aos factos em causa, violava o direito de estabelecimento *secundário* da sociedade.

¹⁴⁸ Neste sentido, FAUSTO CAPELLI, *Transferimento ...*, p. 52, refere duas sentenças do TJCE essenciais neste contexto: *Reyners*, de 1974 e *Klopp*, de 1983, que analisou o caso de um advogado alemão (Onno Klopp) que viu a sua pretensão de exercer advocacia em Paris recusada pelas autoridades francesas.

As sociedades determinadas nos termos do artigo 48.º deverão ser reconhecidas pelos Estados-membros. Sem esse reconhecimento, não se concretizaria a liberdade de estabelecimento aceite pelo TCE.

Mas, como escreve LIMA PINHEIRO,¹⁴⁹ “o reconhecimento de uma sociedade comunitária que se constituiu segundo o Direito de um estado-membro não pode ser negado com base na sua invalidade perante o direito da sede efectiva, pelo menos no que toca ao direito de estabelecimento.”¹⁵⁰ Para este efeito, o Estado-membro de acolhimento está obrigado a aplicar a lei do Estado-membro segundo a qual a sociedade se constituiu.

Partindo do reconhecimento das sociedades nos termos consagrados pelo artigo 48.º, tem de admitir-se um direito de estabelecimento que não pode deixar de abranger o estabelecimento *principal*, *maxime*, a transferência da sede no interior da Comunidade Europeia.

A noção de sociedade é um conceito autónomo de direito comunitário que atende à liberdade de estabelecimento enquanto pilar da construção europeia.¹⁵¹

Não obstante o direito comunitário ter uma essência conformadora do direito de cada Estado-membro, no tocante ao direito de estabelecimento *principal*, a sua concretização, especialmente no caso de transferência internacional da sede, é assegurada pelo direito internacional das sociedades, relegado para o artigo 293.º, § 3.º. Aqui, as relações entre o direito comunitário e o direito internacional das sociedades funcionam em concurso cuja exacta delimitação afecta o núcleo essencial das matérias que este último regula: a conexão para determinar a *lex societatis*, o reconhecimento mútuo de sociedades e a transferência da sede de um Estado membro para outro.

Assiste-se, neste domínio, a uma função *conformadora* do direito comunitário em relação ao direito internacional privado de cada Estado-membro que visa impedir a discriminação das sociedades

¹⁴⁹ In *O direito aplicável ...*, p. 771.

¹⁵⁰ Parte da doutrina italiana pretende extrair do artigo 6.º do TCE um princípio de reconhecimento automático da sociedade estrangeira. Este artigo, ao prever que a sociedade estrangeira não deve ser tratada de forma diversa da nacional, faria presumir que a personalidade jurídica da sociedade será reconhecida automaticamente. Neste sentido, v. SILVERIO ANNIBALE, *Riforma ...*, p. 154. Compreendendo esta posição, julgamos, no entanto, que o reconhecimento não opera *automaticamente* mas apenas após a passagem pelo *crivo* do artigo 48.º.

¹⁵¹ Determinar a natureza conflitual ou material do artigo 48.º afigura-se-nos difícil. Isto porque a remissão conflitual aí operada – constituídas em conformidade com a legislação de um Estado-membro – carece de ser completada com 25 ordenamentos jurídicos distintos. Por outro lado, essa remissão conflitual está condicionada pela exigência de *efectividade* aduzida pela 2.ª parte do § 1.º do artigo 48.º (as sociedades devem ter a sua sede social, administração central ou estabelecimento principal na Comunidade).

em função da sua nacionalidade quanto ao direito de estabelecimento. O que quer dizer que, dada a inexistência de convenção celebrada ao abrigo do artigo 293.º, § 3.º do TCE, repousa no Direito Internacional Privado de cada Estado-membro a escolha do elemento de conexão que permitirá aferir a *lex societatis* e enquadrar a transferência internacional da sede.¹⁵²

Desta forma, concluímos que é à luz da teoria exposta em último lugar (da subsidiariedade do artigo 293.º, § 3.º, face aos artigos 43.º e 48.º) que deve perspectivar-se a relação entre estes preceitos.

Este não foi, porém, o entendimento adoptado pelo TJCE quando se pronunciou sobre a questão principal, num caso de livre circulação de sociedades no direito comunitário em que se punha a questão da transferência internacional da sede social - acórdão *Daily Mail*¹⁵³, de 27 de Setembro de 1988.

O TJCE considerou que, na ausência de convénio, conforme prevê o artigo 293.º § 3.º (anterior 220.º), e de directivas¹⁵⁴ que regulem a transferência de sede social, esta matéria não está directamente regulamentada pelo Tratado, nomeadamente pelos artigos 43.º e 48.º.

Segundo o Tribunal, a disparidade das soluções legislativas vigentes nos Estados-membros relativamente à determinação do estatuto pessoal das sociedades e, nomeadamente, à transferência internacional da sede, não é dirimida pelo direito comunitário, devendo ser solucionada pela legislação interna de cada Estado-membro.¹⁵⁵

¹⁵² Não obstante termos aderido a uma concepção da *lex societatis* que se inspira, de forma mitigada, na teoria da constituição, acabamos, neste especial aspecto, por partilhar a opinião aduzida pelos defensores da teoria da sede a respeito do acórdão *Daily Mail* que vêem nesta decisão uma prova da compatibilização desta teoria com a actual redacção do TCE. Cf. PILAR BLANCO-MORALES LIMONES, *La transferencia ...*, p. 162.

¹⁵³ Cf. transcrição do acórdão in FAUSTO CAPELLI, *Transferimento ...*, pp. 43-49, traduziam-se os factos, resumidamente, no seguinte:

A sociedade *Daily Mail and General trust PLC*, era uma sociedade de investimentos constituída de acordo com o direito inglês, tendo solicitado em Março de 1984 autorização às autoridades fiscais para transferir o seu domicílio para a Holanda. Durante o processo de negociação com o Tesouro Inglês, o *Daily Mail* comunica, em Abril de 1986 que tinha decidido estabelecer uma sociedade na Holanda e que, ao abrigo do anterior artigo 52.º do TCE, (actual artigo 43.º), dispunha do direito de transferir o seu domicílio, sem obter qualquer autorização prévia do Tesouro, pelo que as autoridades fiscais se deveriam conformar com este entendimento ou, caso contrário, deveriam emitir a autorização de transferência, sem condições, antes de 31 de Maio de 1986.

As autoridades inglesas rejeitaram o pedido, recusando que do TCE pudesse extrair-se qualquer direito de livre transferência da sede e acrescentando que se estaria perante um caso de fraude à lei fiscal.

A 24 de Junho de 1986, a *Daily Mail* interpôs recurso para o *High Court of Justice Queen's Bench Division*, tendo esta jurisdição utilizado o mecanismo de reenvio prejudicial para o TJCE, com vista à análise das questões suscitadas pela *Daily Mail*.

¹⁵⁴ O TJCE pronunciou-se no sentido de não estender às situações de transferência internacional da sede a directiva do Conselho de 21 de Maio de 1973, n.º 73/148 sobre a supressão das restrições à mudança de cidadãos entre Estados-membros da Comunidade em matéria de estabelecimento e prestação de serviços.

¹⁵⁵ V. a este propósito Colecção de Direito Comunitário, Ministério da Justiça, Gabinete de Direito Europeu, ano 6, n.º 16,

O acórdão *Daily Mail* serenou os debates sobre a conformidade das legislações dos Estados-membros em matéria de sociedades, até que seja concluída a harmonização legislativa comunitária que, a este respeito, se avizinha.

Por outro lado, evitou tomar posição a respeito da transferência internacional da sede, talvez por temer que pudesse afectar os poderes dos Estados-membros em matéria fiscal, núcleo dos factos em litígio.

Apesar de não ter resolvido o problema da transferência internacional da sede, o acórdão reconheceu, todavia, implicitamente a relevância da teoria da constituição para a harmonização do direito societário dos Estados-membros, verificada a inadequação da teoria da sede da administração relativamente ao funcionamento do mercado único.

A assumpção, *de jure constituendo*, pelo direito comunitário, da teoria da constituição não invalidaria, de resto, o estabelecimento de conexões especializadas delimitadas que – como referimos no início do trabalho – contornassem os problemas das sociedades pseudo-estrangeiras e da protecção dos interesses de terceiros.¹⁵⁶

Ainda na sequência do acórdão *Daily Mail*, teve-se, em certos meios, por fundamental, à luz do artigo 293.º, § 3.º, equacionar a elaboração de uma convenção internacional que definitivamente regule, no espaço comunitário, a transferência internacional da sede. Esta convenção poderia partir da concepção da Convenção de Bruxelas sobre o Reconhecimento Mútuo de Sociedades e Pessoas Colectivas ou do modelo adoptado pelo regulamento relativo ao Agrupamento Europeu de Interesse Económico quanto à transferência internacional da sede.¹⁵⁷

1994 sobre o acórdão *Daily Mail* “Nestas condições, os artigos 52.º e 58.º (actuais 43.º e 48.º) daquele tratado devem ser interpretados no sentido em que não conferem nenhum direito, no estado actual do Direito Comunitário, a uma sociedade constituída em conformidade com a legislação de um Estado-membro e aí tendo a sua sede estatutária, na transferência da sua sede de direcção para outro Estado-membro.”

¹⁵⁶ Entre as medidas nacionais susceptíveis de restringir a liberdade de estabelecimento consagrada no TCE, o TJCE admite aquelas que forem justificadas por *razões imperiosas de interesse nacional*. Conforme refere PHILLIPE LÉGER, *Commentaire ...*, p. 433, o TJCE tem considerado como medidas justificadas as que se destinam à protecção dos consumidores (acórdão *Alemanha / Parlamento e Conselho*, de 13 de Maio de 1997); dos credores (acórdão *Centros*, supra-citado); e à protecção da propriedade industrial e comercial (acórdão *Pfeiffer*, de 11 de Maio de 1999).

¹⁵⁷ A figura do Agrupamento Europeu de Interesse Económico (A.E.I.E.), objecto do regulamento n.º 2137/85, do Conselho de 25 de Julho de 1985, em vigor desde 1 de Julho de 1989, visou fomentar e facilitar a cooperação intra-comunitária.

A sede do AEIE, localizada na Comunidade, deve constar obrigatoriamente do contrato de agrupamento, nos termos do artigo 5.º, al. b), podendo este optar, nos termos do artigo 12.º, como sede, pelo lugar da administração central, pelo lugar em que um dos membros do Agrupamento tem a sua administração central ou ainda, quando esse membro se tratar de uma

A uniformização tem esbarrado na tentativa, protagonizada por quase todos os Estados-membros, de imposição do modelo nacional respeitante a normas de conflitos e normas materiais e na dificuldade de compatibilização da teoria da constituição com a teoria da sede, que conduzirá sempre a uma substancial alteração do direito das sociedades comerciais de cada Estado para a qual muitos não estão (ou não pretendem estar) preparados.¹⁵⁸

Mas é fundamental para evitar uma *race to the Bottom*, na Europa, e a procura constante, por parte das sociedades comerciais, do direito mais flexível.

O acórdão *Centros*, de 9 de Março de 1999 veio, no entanto, alterar a posição assumida pelo TJCE em *Daily Mail*.

peessoa singular, pelo lugar em que esta tem a sua actividade principal, desde que o agrupamento desenvolva uma actividade real nesse lugar.

A lei aplicável ao contrato de agrupamento será a lei do Estado onde o AEIE fixou inicialmente a sua sede.

Este regime reflecte um curioso diálogo entre a teoria da constituição com a teoria da sede. De facto, o AEIE deve fixar a sua sede num Estado com o qual apresente uma ligação real – teoria da sede –, sendo esse o Estado onde o AEIE deve ser registado, o que insinua a intenção do legislador comunitário de evitar a criação de AEIE pseudo-estrangeiros.

Posteriormente, o AEIE poderá transferir a sede da administração sem que tal implique a mudança do estatuto pessoal, como sucede com a teoria da constituição. A alteração do estatuto pessoal só se verificará com a alteração da sede estatutária, nos termos do artigo 2.º do Regulamento.

Quando a transferência da sede implicar a mudança do estatuto pessoal – ou seja, quando se verifique a transferência da sede estatutária, cf. artigo 13.º – deverão ser observados os requisitos previstos no artigo 14.º.

Assim, deve ser apresentado um projecto de transferência sujeito a registo; a decisão de transferência só pode ser tomada dois meses após a publicação do projecto, sendo tomada por unanimidade dos membros do AEIE; e a transferência apenas produzirá efeito quando o AEIE for registado no local da nova sede, sendo necessário, para o efeito, apresentar documento comprovativo da publicação do projecto de transferência;

Enquanto não for publicado o cancelamento do registo no registo da anterior sede, os terceiros podem continuar a basear-se na sede antiga, a não ser que o agrupamento prove que tinham conhecimento da nova sede;

Por último, os Estados-membros podem prever a ineficácia, por razões de interesse público, da transferência da sede do AEIE registada no seu território;

A solução preconizada no AEIE – ao compatibilizar de forma assaz interessante a teoria da constituição e a teoria da sede – poderia ser equacionada como susceptível de ser utilizada pelos Estados-membros, na elaboração de convenções, à luz do artigo 293.º do TCE sobre transferência internacional da sede.

Não obstante, o regulamento não resiste a uma nota. O legislador comunitário tentou compatibilizar a teoria da constituição com a teoria da sede, determinando que a sede constante do contrato de sociedade terá de ter alguma ligação real com o local irá ser fixada. Mas a ligação proposta nos termos do artigo 5.º, al. b) só existe na medida em que o agrupamento resulte da junção de pessoas colectivas já constituídas.

O que não sucederá perante uma sociedade em constituição em que a análise do vínculo efectivo dificilmente poderá ser efectuada de forma objectiva. Por esta razão, o modelo do AEIE, apesar do seu interesse teórico, não pode aplicado a sociedades individualmente consideradas.

¹⁵⁸ O problema residirá na circunstância de, cf. RUI MOURA RAMOS, *Previsão normativa ...*, p. 124, “o direito internacional privado da Comunidade Europeia (...) se (ter) afinal construído com base em princípios comuns que compreensivelmente se não afastam aliás dos que presidem à elaboração dos sistemas de conflitos de leis e de jurisdições dos diversos Estados membros.”

No caso *Centros*, colocava-se a questão de saber se uma sociedade constituída conformemente num Estado-membro, poderia ver recusada a constituição de uma sucursal noutro Estado-membro, quando aquela visava evitar as regras respeitantes à constituição de sociedades vigentes neste último Estado. O TJCE reiterou que a recusa de matrícula da sucursal violava o direito de estabelecimento *secundário* da sociedade.¹⁵⁹

Se, no acórdão *Daily Mail*, o TJCE entendeu que as normas que instituíram a liberdade de estabelecimento não conferem a uma sociedade constituída em conformidade com a legislação de um estado membro, e que neste tenha a sua sede estatutária, o direito de transferir a sede da sua administração para outro Estado membro, no acórdão *Centros*, esta jurisprudência sofreu uma inflexão, uma vez que o TJCE passou a considerar lícita a constituição de uma sociedade com sede num Estado membro estando a sua direcção efectiva localizada noutro Estado Membro, sendo, por esta via, a direcção efectiva alargada à totalidade do negócio da sociedade.

Pode afirmar-se, com FRANCISCO SOUSA DA CÂMARA, que a “*decisão Centros admite definitivamente que o artigo 48.º do TCE tem alcance conflitual, implicando um princípio de reconhecimento recíproco das sociedades*”.¹⁶⁰ A liberdade de estabelecimento secundário é definitivamente assumida neste acórdão, com óbvias consequências na afirmação do espaço económico europeu, aplicando-se com inteira propriedade aos casos de transferência intra-comunitária de sede efectiva.

Na esteira do acórdão *Centros*, o recente acórdão *Uberseering*, de 5 de Novembro de 2002¹⁶¹, considerou que os artigos 43.º e 48.º do TCE se opõem a que, quando uma sociedade constituída em conformidade com a legislação de um Estado-membro no território do qual tem a sua sede social é considerada, segundo o direito de outro Estado-membro, como tendo transferido a sua sede efectiva para este Estado, este último não reconheça à referida sociedade a capacidade jurídica e, portanto, a capacidade judiciária perante os seus órgãos jurisdicionais nacionais para invocar os direitos resultantes de um contrato celebrado com uma sociedade estabelecida no referido Estado.

De forma idêntica à dos dois anteriores acórdãos assinalados, o TJCE considerou, no acórdão *Inspire Art*, que os artigos 43.º e 48.º do TCE se opõem a uma legislação nacional que sujeita o exercício

¹⁵⁹ Cfr. ac. CENTROS, proc. C-212/97, *Colectânea*, I-1459.

¹⁶⁰ V. *A dupla residência das sociedades à luz das convenções de dupla tributação*, in *Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 403, pp. 87 e 89.

¹⁶¹ Cfr. ac. UBERSEERING, proc. C-208/00, *Colectânea*, I-9919.

da liberdade de estabelecimento a título secundário nesse Estado, por uma sociedade constituída em conformidade com a legislação de outro Estado-membro, a determinadas condições previstas no direito interno para a constituição de sociedades, relativas ao capital mínimo e à responsabilidade dos administradores.

Reforçou-se a previsão feita por FRANCISCO SOUSA DA CÂMARA para quem “*a reviravolta jurisprudencial trazida pela decisão Centros e amparada pelo novo estatuto da SE e por outros trabalhos comunitários (virá) a médio prazo a permitir que todas as emigrações e imigrações no âmbito comunitário se realizem com neutralidade fiscal*”.¹⁶²

Esta previsão estaria, aliás, em vias de se concretizar se viesse a ter sequência a proposta de 14.^a Directiva.

É o que veremos adiante.

A verdade é que, no presente, subsiste, no plano fiscal, na maioria dos Estados-membros, um conjunto de normas jurídicas que obstam à transferência intra-comunitária da sede estatutária ou da sede efectiva. Referimo-nos, entre outras, às normas que presumem a realização de mais-valias e reservas ocultas.

Efectivamente, há Estados que pressupõem a dissolução da sociedade comercial – v.g. o Estado Francês¹⁶³ - e outros que procuram garantir a neutralidade fiscal da transferência intra-comunitária da sede “*nos mesmos termos que garantem às operações cobertas pela Directiva das Fusões – desde que se preencham certos requisitos que, em regra, passam pela manutenção de um estabelecimento estável ao qual ficam afectos os bens que se encontram no respectivo Estado*”.¹⁶⁴

Existe até o exemplo inverso (Portugal) em que a transferência intra-comunitária de sede não é tributada em sede de IRC.

Neste contexto, mais do que criar mecanismos que assegurem formalmente a liberdade de estabelecimento, esquecendo os entraves fiscais ainda existentes, é fundamental que,

¹⁶² V. *A dupla ...*, p. 89 (em especial n. 109).

¹⁶³ Em França, a transferência de sede (ou de estabelecimento estável) é equiparada à dissolução da sociedade, nos termos do artigo 221.º, n.º 2 do Código Geral dos Impostos.

¹⁶⁴ Cfr. FRANCISCO SOUSA DA CÂMARA, *A dupla ...*, p. 90 que a este propósito refere que “*assim se procura preservar o direito de tributar no futuro (...) São exemplos disso a Irlanda, a Itália e a Noruega. O Supremo Tribunal Holandês entendeu, por decisão de 27 de Abril de 1994, que a transferência da administração efectiva da Holanda para Espanha, sem a manutenção de um estabelecimento estável na Holanda, implicava a tributação de todas as reservas (estatutárias e ocultas) aquando dessa transferência (...)*” (*ibidem*, ..., p. 92 e n. 115).

concomitantemente à aprovação da 14.^a Directiva sobre sociedades comerciais se aprovem instrumentos jurídicos que efectivem a harmonização fiscal dos diferentes Estados-membros, por forma a alcançar a neutralidade fiscal das operações de transferência intra-comunitária de sede.

De jure condendo, dever-se-á ter presente a distinção entre liberdade de estabelecimento principal e liberdade de estabelecimento secundária, ainda que a equivalência entre sociedade comercial e estabelecimento estável sustentada pela maioria da legislação fiscal dos Estados-membros atenua a relevância da distinção.

Antes, porém, da proposta de 14.^a directiva, convém analisar o elemento de conexão de residência fornecido pelo Código do IRC.



4.3. Elemento de conexão de residência no CIRC;

O elemento de conexão de residência de pessoa colectiva em território Português para efeitos do Código de IRC – sede - não coincide com o de sede previsto no CSC, até porque este último releva para definição da *lex societatis*.

Pode considerar-se que esta divisão será matizada a médio prazo face às correntes que advogam a generalização do método unilateralista para a solução dos conflitos privados.¹⁶⁵ No entanto, actualmente, os elementos de conexão não são coincidentes, sabendo-se que a aplicação espacial do direito fiscal internacional se relaciona com o princípio da territorialidade e que, nesta medida, se autonomiza dos elementos de conexão de Direito Internacional Privado.

Como nota RUI DUARTE MORAIS, no direito tributário, “*como no direito público em geral, quando verificado o elemento de conexão previsto na lei, aplica-se o direito do Estado em causa. Não estando preenchido tal pressuposto, a lei nada dispõe.*” No direito internacional privado, a opção legislativa por determinados elementos de conexão, reflectindo escolhas internas, “*resulta na selecção da ordem jurídica reputada mais idónea para regular determinada situação.*”¹⁶⁶

De acordo com o artigo 2.º, n.º 1, alínea a) do Código do IRC, são sujeitos passivos de IRC as sociedades comerciais ou civis sob a 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.

Esta previsão legal suscita, desde logo, uma interrogação: a de saber se o conceito de sede aí previsto equivale (ou não) ao de sede estatutária ou de sede efectiva. É que a diferença, como vimos, não é despicienda tendo em vista a manutenção da personalidade jurídica da sociedade.

Apesar da interrogação, é aceite pacificamente pela doutrina a ideia segundo a qual o conceito de residência previsto no artigo 2.º, n.º 1 do Código do IRC é dado por dois elementos de conexão alternativos: a sede, no sentido de sede estatutária, ou a direcção efectiva, ou seja, o local “*em que se concentram e funcionam os órgãos de administração e controlo superior da empresa, considerada na*

¹⁶⁵ Cfr., por todos, ALBERTO XAVIER, *Direito Tributário Internacional*, ALMEDINA, Coimbra, 1997, p. 10. O mesmo autor refere mais adiante (*ibidem*, p. 12) que a radical diversidade de atitudes do Direito Internacional Privado e Direito Público Internacional não tem amplitude suficiente para lhes retirar a identidade de natureza: “*(...) ou de Direito de Conflitos (...) ou de Direito da Competência Internacional.*”

¹⁶⁶ In *Imputação ...*, pp. 94-95.

*sua universalidade”, em que se encontra “o órgão central de administração da empresa, no local onde se tomam as decisões finais e prevalentes”.*¹⁶⁷

O conceito de residência – que permite estabelecer e delimitar o âmbito de tributação dos rendimentos obtidos por um residente e um não residente – é fixado de forma variável de Estado para Estado e mesmo “*quando são terminologicamente semelhantes são definidos ou interpretados de forma divergente*”.¹⁶⁸

Uma das soluções para evitar a fuga de capitais - planeamento fiscal – é, por exemplo, reclassificar o elemento de conexão residência das sociedades por forma a evitar que ele seja a sede estatutária e passe a ser a sede efectiva.

Em qualquer caso, como assinala WILLIAM T. CUNNINGHAM, em termos fiscais o problema coloca-se a propósito da definição de sede efectiva ou direcção efectiva.¹⁶⁹

Com efeito, não obstante o duplo conceito de sede previsto no artigo 2.º do CIRC, o critério da direcção efectiva (“*effective management*”) é assumido pela convenção modelo OCDE como “*tie breaker rule*” quando se verifique a dupla residência de sociedade pelo que *o critério adoptado pelo CIRC cederá perante as disposições semelhantes contidas nos Acordos celebrados por Portugal. (cfr. artigo 4.º, n.º 3 do CIRC)*”.¹⁷⁰

¹⁶⁷ Cfr., por todos, ALBERTO XAVIER, *Direito ...*, p. 246 citando dois célebres despachos do Secretário de Estado do Orçamento de 17.2.65 e de 12.3.65. De forma idêntica, o Tribunal Tributário de 2.ª instância, em acórdão proferido em 16.6.87 decidiu, no caso *WAGONS LITS* que não tem a “direcção efectiva em Portugal uma sociedade que possui a sua sede em Bruxelas, Bélgica, e que nessa cidade possui os seus órgãos sociais de decisão superior e de gestão global; isto sem embargo de possuir em Lisboa uma agência chefiada por um director-delegado para o efeito expressamente nomeado pela Administração-geral sediada na Bélgica.”

¹⁶⁸ Cfr. FRANCISCO SOUSA DA CÂMARA, *A dupla ...*, pp. 38 e segs.

¹⁶⁹ *O Conceito de residência das pessoas colectivas na legislação e práticas fiscais portuguesas*, FISCO, n.º 69, p. 3.

¹⁷⁰ A aplicação do modelo OCDE decorre da verificação de casos de dupla tributação internacional que darão lugar à aplicação de convenções sobre dupla tributação.

À luz do modelo OCDE de 2000 sobre dupla tributação, e de acordo com a primeira parte do artigo 4.º, permite-se utilizar como elemento de conexão critérios que cobrem o domicílio, a residência, o local de direcção ou qualquer critério de natureza similar. (v.g. a sede ou direcção efectiva).

Não obstante, o “*tie-breaker rule*” é constituído pelo critério da “direcção efectiva”.

Porém, como assinala FRANCISCO SOUSA DA CÂMARA in *A dupla...*, p. 73 “*na prática, a efectiva apreciação e avaliação do que se entende por “direcção efectiva” acaba por ser efectuada no seio de cada Estado que aplica a Convenção, pelo inspector tributário, pela empresa ou pelos tribunais em função de uma panóplia de elementos que, isoladamente por si, podem ser irrelevantes ou insuficientes.*”

Sobre a evolução histórica do modelo da ONU e do modelo da OCDE v. RUI DUARTE MORAIS, *Imputação de lucros de sociedade não residentes sujeitas a um regime fiscal privilegiado*, Publicações Universidade Católica, Lisboa, 2005, pp. 109-120.

O parágrafo 24 dos comentários ao artigo 4.º do MCOUDE de 2000 esclarece alguns dos critérios definidores de sede efectiva, independentemente de se saber que os comentários representam apenas um meio complementar de interpretação das convenções bilaterais sobre dupla tributação.¹⁷¹

O que pode afirmar-se, para efeitos de aplicação do Direito Fiscal Português, é que, apesar da menor precisão da definição, pode entender-se por “direcção efectiva” da sociedade, à semelhança de ALBERTO XAVIER, o local “*em que se concentram e funcionam os órgãos da administração e controlo superior da empresa, considerada na sua universalidade.*”¹⁷²

A final, como observa FRANCISCO SOUSA DA CÂMARA, “*a efectiva apreciação e avaliação do que se entende por “direcção efectiva” acaba por ser efectuada no seio de cada Estado que aplica a Convenção, pelo inspector tributário, pela empresa ou pelos tribunais em função de uma panóplia de elementos que, isoladamente por si, podem ser irrelevantes ou insuficientes.*”¹⁷³

4.4. Custos fiscais da transferência da sede no direito português;

Aqui chegados, cumpre analisar os (eventuais) entraves fiscais que se colocam à transferência intra-comunitária da sede de e para Portugal. Escapa a esta análise o problema da transferência da sede de e para Estados que não integrem a Comunidade Europeia ou para territórios ou regiões sujeitas a um regime fiscal claramente mais favorável.

Em termos fiscais, o impacto da transferência da sede coloca-se imediatamente porque, ao ocorrer a emigração da sociedade, a lei reduz “*o período de tributação, ficcionando que a cessação da actividade ocorre na data em que a sede e a direcção efectiva deixem de se situar em território*

¹⁷¹ O parágrafo 24 dos comentários ao artigo 4.º refere o seguinte:

“*O local de administração efectiva é o local onde as decisões comerciais e de gestão mais importantes que são necessárias para o desenvolvimento de uma actividade económica são efectivamente tomadas. O local da administração efectiva será normalmente o local onde se encontram a pessoa ou grupo de pessoas mais importantes (por exemplo, o conselho de administração), onde tomam as suas decisões, o local onde as directrizes para ser adoptadas pela entidade em causa são determinadas; no entanto, nenhuma regra definitiva pode ser dada e todos os factos e circunstâncias relevantes devem ser examinados para determinar o local da administração efectiva. Uma entidade pode ter mais do que um lugar de administração, mas só pode ter um local de administração efectiva em cada momento.*”

¹⁷² V. *Direito ...*, p. 246. Expondo diferentes concepções de “sede efectiva” v. FRANCISCO SOUSA DA CÂMARA, *A dupla ...*, pp. 80-84.

¹⁷³ V. *A dupla ...*, p. 73.

Português. Assim, o direito de tributação ilimitada é, supostamente, a partir dessa data, atribuído ao Estado estrangeiro de acolhimento.”¹⁷⁴

Quando a sociedade transfere a sua sede – estatutária ou efectiva - do estrangeiro para Portugal, em termos fiscais inicia a sua actividade com a base contabilístico-fiscal com que fechou as contas no estado de origem, pelo que qualquer mais-valia futura será determinada e tributada de acordo com as normas de direito fiscal português. Nos casos em que se verifiquem situações de dupla tributação resultantes da transferência de sede, “*porque o Estado de origem estabelece uma presunção que equipara a mudança de sede a uma dissolução e liquidação, tributando as reservas ocultas, ou porque exige que os activos fiquem afectos a um estabelecimento estável, o que permite tributar as mais-valias no momento da sua realização (...) a dupla tributação será eliminada ou, pelo menos, atenuada através do mecanismo convencional ou unilateral.*”¹⁷⁵

No caso inverso, ou seja quando a sede é transferida com manutenção da personalidade jurídica de Portugal para um Estado-membro, poder-se-ia considerar *de jure condendo*, como escreve ANTÓNIO CASTRO CALDAS que, à semelhança do que é feito em numerosos outros Estados, existe um fenómeno tributável, decorrente do facto de o Estado da residência perder o poder de tributar reservas ocultas da sociedade e mais valias não realizadas, em virtude da sociedade deixar de estar sujeita a uma obrigação ilimitada de imposto.

Quanto às mais valias, o problema coloca-se ainda com mais pertinência, na medida em que os ganhos anteriores poderão não ter sido tributados na sua integralidade, ou não tributados de todo, em virtude de diversas disposições internas que assim o prevejam.

Aqui podem abrir-se duas hipóteses :

- a) Os activos da sociedade que emigra ficam afectos a um estabelecimento estável Português, mantendo-se assim o direito de tributação respeitante às reservas ocultas;

¹⁷⁴ Cfr. FRANCISCO SOUSA DA CÂMARA, *A dupla ...*, p. 94.

Como é assinalado pelo mesmo autor, “*admitindo (...) que a sociedade deixa de ser residente, o legislador exige que, no prazo de 30 dias a contar da data da cessação da actividade, se apresentem as seguintes declarações:*

- a) *A declaração de rendimentos relativamente ao exercício em que a mesma se verificou e, eventualmente, quando ainda não tenham decorrido os prazos legais (cfr. artigo 112.º, n.º 3 do CIRC);*
- b) *A declaração anual de informação contabilística e fiscal (cfr. artigo 113.º, n.º 4 do CIRC);*
- c) *A declaração de cessação da actividade (cfr. artigo 110.º, n.º 6 CIRC);”*

¹⁷⁵ Cfr. FRANCISCO SOUSA DA CÂMARA, *A dupla ...*, p. 97 e artigos 23.º do MOCDE e 85.º do CIRC.

- b) Os activos da sociedade que emigra não ficam afectos a um estabelecimento estável, pelo que a transferência de sede não será tributada;

No primeiro caso, Portugal mantém o direito de tributação respeitante às reservas ocultas, mas isso poderá já não ocorrer na segunda situação.” (p. 95).

Na segunda hipótese, como nota ANTÓNIO CASTRO CALDAS, não seria desprovida de senso a ideia de *“tributar “à saída” ganhos em relação aos quais tenha anteriormente sido concedido um benefício, diferimento de tributação ou exclusão de tributação dependentes da verificação de determinadas condições, na medida em que o direito de tributar tais ganhos poderá perder-se na sequência da emigração.”*¹⁷⁶

Na verdade, dada a inexistência de uma *“presunção ou ficção legal que equiparasse esta cessação de actividade a uma transmissão de bens (originando a realização de mais-valias potenciais), ou a uma dissolução e liquidação da sociedade, ou que exigisse a afectação dos bens que anteriormente se encontravam registados no balanço da sociedade que emigrou a um estabelecimento estável a criar no território nacional pelo que (...) não é possível equiparar a transferência de sede e direcção efectiva a uma transmissão de activos ou a uma dissolução e liquidação de sociedade.”*¹⁷⁷

É neste contexto que se tem afirmado a *generosidade* da lei fiscal portuguesa, uma vez que não se limita a assegurar neutralidade fiscal à transferência de sede, com base no princípio da continuidade, nos casos em que os activos não ficam afectos a um estabelecimento estável em Portugal. A *generosidade* decorre, como se viu, da impossibilidade legal de se equiparar a transferência de sede e direcção efectiva a uma transmissão de activos ou a uma dissolução e liquidação de sociedade.

Tendo presente esta situação, oposta à realidade da maioria dos Estados-membros, foi concedida uma autorização legislativa ao Governo na Lei do Orçamento do Estado para 2004.

De facto, a Lei do Orçamento do Estado para 2004 previa, no artigo 30.º, n.º 3, uma autorização legislativa que permitia ao Governo aditar aos Códigos do IRC e do IRS disposições a prever o seguinte:

- a) *“Na determinação do lucro tributável do exercício da cessação de actividade, por transferência da sede e direcção efectiva de sociedades para fora do território português, devem considerar-se como componentes positivas ou negativas as diferenças verificadas entre*

¹⁷⁶ Cfr. ANTÓNIO CASTRO CALDAS, *A transferência de residência fiscal de sociedades em IRC*, Revista Fiscalidade, n.º 15, p. 30.

¹⁷⁷ Cfr. FRANCISCO SOUSA DA CÂMARA, *A dupla ...*, p. 97.

os valores de mercado e os respectivos valores contabilísticos fiscalmente aceites dos elementos patrimoniais, excepto quando tais elementos fiquem afectos a um estabelecimento estável situado em território português da mesma entidade podendo, nesse caso, ser aplicável o disposto no artigo 68.º;

- b) O disposto na primeira parte da alínea anterior deve igualmente considerar-se aplicável, com as necessárias adaptações, na determinação do lucro tributável imputável a um estabelecimento estável de uma entidade não residente situado em território português no exercício em que cesse totalmente o exercício da sua actividade em território português ou quando se trate de elementos patrimoniais que, estando previamente afectos a um estabelecimento estável situado em território português, sejam transferidos para o estrangeiro;*
- c) Consideram-se como mais-valias ou menos-valias realizadas os ganhos ou perdas que sejam apurados nas partes do capital de uma sociedade à data em que tiver lugar a transferência da sede e direcção efectiva para fora do território português;”*

A autorização legislativa veio a caducar (cfr. artigo 165.º, n.º 5 da CRP), podendo especular-se sobre as razões que levaram o legislador a não a concretizar.

É de admitir que a discussão, no seio da Comunidade Europeia, de uma nova directiva sobre a transferência de sede pode ter conduzido o legislador a considerar desnecessária a aprovação de legislação. Mas o legislador poderia ter antecipado a previsível solução que será dada pelo direito comunitário equiparando a transferência de sede à fusão transfronteiriça.

Por outro lado, conhecendo-se que a nova directiva afectaria apenas a transferência intra-comunitária da sede, poder-se-ia ter aproveitado a autorização legislativa para tributar os fenómenos de transferência extra-comunitária da sede.

Também se poderá defender que a transferência intra-comunitária de sede é tributada em sede de imposto de selo, pelo que fica desprovida de sentido a aprovação de legislação adicional. Não deixará, em todo o caso, de dizer-se que a tributação em sede de imposto de selo não decorre de uma opção legislativa interna mas da transposição de uma directiva comunitária, pelo que a liberdade de conformação do legislador é, neste campo, quase nula.¹⁷⁸

¹⁷⁸ Não devemos esquecer que a transferência de sede dá lugar ao pagamento do chamado “imposto de entrada de capital”, que se traduz no pagamento de 0,4% de imposto de selo sobre o valor real dos bens de qualquer natureza pertencentes à

Poderia ainda afirmar-se que os casos de transferência intra-comunitária de sede são escassos, colocando-se o problema com maior acuidade na transferência internacional da sede, fora do espaço comunitário, onde sempre podem ser criados novos instrumentos legislativos. Não se esqueça, portem, que é previsível que os casos de transferência intra-comunitária de sede venham a aumentar gradualmente. Aliás, é neste pressuposto que se compreende a discussão em torno da proposta de 14.^a directiva.

Por último, pode dizer-se que, através da aplicação da cláusula geral anti-abuso (cfr. artigo 38.º, n.º 2 da LGT), poder-se-iam tributar os fenómenos de transferência de sede que se apresentem como actos elisivos.

Aqui, esbarraríamos com dois obstáculos: o primeiro respeita à verificação dos requisitos (cumulativos) de aplicação da cláusula geral anti-abuso.¹⁷⁹ O segundo, porventura mais relevante, tem

sociedade à data da transferência, após dedução das obrigações e dos encargos que a onerem nesse momento (cfr. artigos 26.5. a 26.8. da tabela geral Código do Imposto de Selo).

Assim, o Código do Imposto de Selo distingue os casos de transferência de um país terceiro para um Estado-membro da sede de direcção efectiva (cfr. artigo 26.5); transferência de um país terceiro para um Estado-membro da sede estatutária (cfr. artigo 26.6.); transferência de um Estado-membro para outro Estado-membro da sede de direcção efectiva (cfr. artigo 26.7.) e transferência de um Estado-membro para outro Estado-membro da sede estatutária (cfr. artigo 26.8.):

“26.5 - Transferência de um país terceiro para um Estado-Membro da sede de direcção efectiva de uma sociedade, associação ou pessoa colectiva cuja sede estatutária se encontre num país terceiro e que seja considerada para efeitos da cobrança do imposto sobre as entradas de capital como sociedade de capitais neste Estado-Membro; sobre o valor real dos bens de qualquer natureza pertencentes à sociedade à data da transferência, após dedução das obrigações e dos encargos que a onerem nesse momento ... 0,4%

26.6 - Transferência de um país terceiro para um Estado-Membro da sede estatutária de uma sociedade, associação ou pessoa colectiva cuja sede de direcção efectiva se encontre num país terceiro e que seja considerada para efeitos da cobrança do imposto sobre as entradas de capital como sociedade de capitais neste Estado-Membro; sobre o valor real dos bens de qualquer natureza pertencentes à sociedade à data da transferência, após dedução das obrigações e dos encargos que a onerem nesse momento ... 0,4%

26.7 - Transferência de um Estado-Membro para outro Estado-Membro da sede de direcção efectiva de uma sociedade, associação ou pessoa colectiva que seja considerada, para efeitos de cobrança do imposto sobre as entradas de capital, como sociedade de capitais no Estado-Membro referido em último lugar, e não o era no outro Estado-Membro, salvo quando tenha sido cobrado o imposto previsto na Directiva n.º 69/335/CE, de 17 de Julho, no Estado de proveniência; sobre o valor real dos bens de qualquer natureza pertencentes à sociedade à data da transferência, após dedução das obrigações e dos encargos que a onerem nesse momento ... 0,4%

26.8 - Transferência de um Estado-Membro para outro Estado-Membro da sede estatutária de uma sociedade, associação ou pessoa colectiva cuja sede de direcção efectiva se situe num país terceiro e que seja considerada, para efeitos de cobrança do imposto sobre as entradas de capital, como sociedade de capitais no Estado-Membro referido em último lugar, e não o era no outro Estado-Membro, salvo quando tenha sido cobrado o imposto previsto na Directiva n.º 69/335/CE, de 17 de Julho, no Estado de proveniência; sobre o valor real dos bens de qualquer natureza pertencentes à sociedade à data da transferência, após dedução das obrigações e dos encargos que a onerem nesse momento ... 0,4%”

¹⁷⁹ Cfr., por todos, GUSTAVO LOPES COURINHA, *A cláusula geral anti-abuso no direito tributário – Contributo para a sua compreensão*, Almedina, Coimbra, 2004.

que ver com a conformidade da cláusula geral anti-abuso com os artigos 43.º e 48.º do TCE. É que dificilmente se pode sustentar-se a aplicação da cláusula geral anti-abuso para travar fenómenos intra-comunitários de transferência da sede, sob pena da sua aplicação violar o direito de estabelecimento principal e secundário.

O TJCE tem entendido que o abuso de direito não pode consistir no simples facto de uma sociedade não exercer qualquer actividade no Estado em que foi constituída, competindo às autoridades e aos órgãos jurisdicionais verificar, em cada caso concreto, se se verificam as condições para a justificação de uma tal restrição à liberdade de estabelecimento.¹⁸⁰

Por outras palavras, o TJCE considera que o facto de uma sociedade não ter qualquer actividade no Estado-membro em que tem a sua sede e exercer as suas actividades única e exclusivamente 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 o benefício das disposições comunitárias relativas ao direito de estabelecimento.¹⁸¹

De harmonia com a jurisprudência constante do TJCE, as medidas nacionais susceptíveis de perturbar ou tornar menos atraente o exercício das liberdades fundamentais garantidas pelo Tratado devem, para serem justificadas, preencher quatro condições: a) aplicar-se de modo não discriminatório; b) justificar-se por razões imperativas de interesse geral; c) ser adequadas para a garantir a realização do objectivo que prosseguem e d) não ultrapassar o que é necessário para atingir esse objectivo.¹⁸²

Será admissível a aplicação da cláusula geral anti-abuso ou de cláusulas especiais anti-abuso quando a transferência da sede se opere para um Estado extra-comunitário, v.g. equiparando essa transferência a uma fusão transfronteiriça. São de considerar as situações em que existe uma convenção sobre dupla tributação, podendo afirmar-se, no seguimento de FRANCISO SOUSA DA CÂMARA que “o combate ao treaty-shopping é (...) mais eficaz se for prevenido durante a negociação das Convenções bilaterais.” Referindo-se a cláusulas especiais anti-abuso (v.g. artigos 58.º a 62.º do Código do IRC), FRANCISCO SOUSA DA CÂMARA admite que os Estados as possam utilizar desde que não violem as disposições da Convenção o que decorre da primazia do direito internacional sobre o direito interno constitucionalmente reconhecida.¹⁸³

¹⁸⁰ Cfr. ac. INSPIRE ART, C-167/01, in *Colectânea*, p. 120.

¹⁸¹ Cfr. ac. SEGERS, p. 16 e CENTROS, p. 29.

¹⁸² Cfr., por todos, ac. INSPIRE ART, C-167/01, in *Colectânea*, p. 133.

¹⁸³ V. *A dupla...*, p. 50.

5. A proposta de 14.^a directiva das sociedades comerciais;

Recentemente, a Comissão Europeia lançou nova consulta pública sobre a proposta de directiva relativa à transferência intra-comunitária de sede.¹⁸⁴

Esta consulta segue-se a duas outras efectuadas em 1997 e em 2002 sobre a mesma matéria e decorre do relatório final de 4 de Novembro de 2002 elaborado pelo Grupo de Alto Nível de Peritos em Direito das Sociedades nomeado pela Comissão Europeia que recomendou que a Comissão adoptasse urgentemente uma proposta de Directiva sobre a transferência intra-comunitária da sede.

Com a proposta de directiva, visa-se garantir a manutenção da personalidade jurídica da pessoa colectiva que pretenda transferir a respectiva sede de um Estado-membro para outro, assegurando, desta forma, a plena aplicação do disposto nos artigos 43.º e 48.º do TCE, nomeadamente da liberdade de estabelecimento principal e secundária. Convém não esquecer que os princípios adoptados por cada Estado-membro não podem contrariar normas do TCE com efeito directo – reconhecido aos artigos 43.º e 48.º - dado que estas são susceptíveis de serem invocadas pelos particulares.

Trata-se de garantir a integral aplicação do princípio da continuidade da personalidade jurídica da sociedade em caso de transferência intra-comunitária da sede, exercendo os poderes comunitários de harmonização.

No entanto, a manutenção da personalidade jurídica em caso de transferência de sede apenas será efectuada na exacta medida em que as sociedades adaptem a sua estrutura societária às condições formais e substanciais previstas no país de acolhimento. No caso de tais condições serem observadas, o Estado de acolhimento não poderá impedir a transferência da sede com a manutenção da personalidade jurídica da sociedade passando a *lex societatis* a ser a do Estado de acolhimento.

É legítima a interrogação sobre o conceito de sede – sede estatutária ou sede efectiva – que será adoptado pela directiva. A directiva irá acolher a teoria da constituição ou a teoria da sede como elemento de conexão conformador da garantia de manutenção da personalidade jurídica em caso de transferência de sede?

A proposta de directiva não prevê um conceito unívoco de sede, procurando antes abraçar ambas as teorias – da constituição e da sede. Tal circunstância depreende-se, v.g., da previsão de o Estado de acolhimento poder exigir que a sede estatutária e a sede efectiva sejam uma única.

¹⁸⁴ Cfr. http://europa.eu.int/comm/internal_market/company/seat-transfer/2004-consult_en.htm
A proposta também pode ser vista em <http://www.uv.es/cde/TEXTOS/14thCLDd.pdf>

A esta luz, poderia afirmar-se que a teoria da constituição, com as atenuações operadas por conexões específicas estabelecidas pelos ordenamentos jurídicos de cada Estado-membro, se afigura como a única adequada à plena efectivação dos objectivos harmonizatórios e circulatorios propostos pela Comunidade Europeia.

A proposta de directiva visa salvaguardar o princípio da manutenção da personalidade jurídica da sociedade cuja sede seja transferida mas parece olvidar os conflitos de leis que poderão surgir entre Estados-membros com diferentes teorias. À luz da proposta, e em última análise, competiria ao juiz nacional decidir a *lex societatis*.

A proposta é, assim, criticável por falta de ambição, ao não assumir, de forma clara, um critério definidor do estatuto pessoal das pessoas colectivas que possa evitar os conflitos de leis que previsivelmente irão emergir. A este propósito, a Comissão Europeia assinalou a necessidade de se preparem duas directivas sobre a transferência intra-comunitária da sede: uma aplicável à transferência da sede estatutária e outra aplicável à transferência da sede efectiva.¹⁸⁵

O mesmo se diga relativamente aos entraves (“custos”) fiscais relativos à transferência de sede actualmente previstos em diferentes Estados-membros.

Até ao momento, as versões da proposta de 14.^a Directiva que têm sido discutidas não contemplam quaisquer soluções que harmonizem as diferenças perspectivas fiscais dos Estados-membros no que respeita à transferência intra-comunitária da sede.

Se é verdade que a existência de uma ampla rede intra-comunitária de ADT’s atenua a dupla tributação da transferência de sede, pode pensar-se que, ainda assim, poderão suscitar-se *custos* fiscais que obstam à transferência e se revelam contrários à integral aplicação dos artigos 43.º e 48.º do TCE. Na verdade, as ADT’s podem apenas assegurar uma *relativa* neutralidade fiscal.¹⁸⁶

Uma das soluções que se equacionam passaria pela introdução na 14.^a Directiva de normas que desloquem o epicentro da tributação da transferência intra-comunitária da sede das ADT’s para normas de direito comunitário, procurando-se, desta forma, assegurar parte da desejada harmonização fiscal dos

¹⁸⁵ Registando os trabalhos em curso na comunidade - a respeito da transferência internacional da sede, nos termos do artigo 293.º, § 3.º que envolvem duas perspectivas: a primeira consiste na possibilidade de proceder à transferência internacional da sede sem mudança do estatuto pessoal e a segunda envolve igualmente a mudança do estatuto pessoal, v. PILAR BLANCO-MORALES LIMONES, *La transferencia ...*, pp. 200 e 201.

¹⁸⁶ Sobre o princípio da neutralidade fiscal, cfr. JOSÉ CASALTA NABAIS, *Estudos de Direito Fiscal*, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 382-388 e RUI DUARTE MORAIS, *Imputação ...*, pp. 146-151.

Estados-membros e uma aproximação de elementos de conexão típicos de Direito Internacional Privado ao Direito Fiscal Internacional.

Independentemente do esforço da Comunidade no sentido de efectivar a harmonização da fiscalidade directa das empresas, de acordo com as mais recentes propostas, a transferência intra-comunitária de sede deverá ser fiscalmente neutra, assumindo-se esta neutralidade conquanto sejam aplicados os mesmos princípios adoptados para as fusões na directiva n.º 90/434/CEE, de 27 de Julho.

A transferência intra-comunitária de sede de e para Portugal passaria então a reger-se pelo disposto nos artigos 67.º a 72.º do CIRC (cfr. artigo 67.º, n.º 7, alínea b)). Trata-se de um regime especial, resultante da directiva n.º 90/434/CEE, de 27 de Julho, que assegura a neutralidade fiscal das operações de reorganização das unidades produtivas e cuja aplicação exige que sejam observadas determinadas condições.

Para obter este desiderato, as alterações seriam introduzidas na directiva n.º 90/434/CEE, de 27 de Julho e não na 14.ª Directiva, o que tem vindo a ser equacionado num contexto de alteração global desta última directiva.

Com efeito, encontra-se em elaboração uma proposta de directiva relativa à fusão transfronteiriça de sociedades de capitais que se prevê venha a ser aprovada subsequentemente à proposta de 14.ª Directiva, absorvendo a dimensão fiscal da transferência intra-comunitária da sede.¹⁸⁷

Noutra perspectiva, tal solução significaria que a *generosidade* da lei fiscal portuguesa – uma vez que nada refere a propósito da tributação das situações em que os activos não ficam afectos a um estabelecimento estável em Portugal – desapareceria a prazo, quando a directiva viesse a ser aprovada e transposta para o direito interno Português.

O que é certo é que a manutenção de uma dissociação dos aspectos formais que envolvem a transferência de sede dos aspectos substanciais – sobretudo os custos fiscais – conduzirá à inviabilidade *ad futurum* das transferências intra-comunitárias de sede.

Em todo o caso, a proposta de directiva é meritória, nomeadamente ao prever que a transferência não possa ser impedida pelo Estado de origem e pelo Estado de acolhimento; ao impedir a recusa da transferência pelo Estado de acolhimento quando a sociedade seja regularmente constituída à luz do

¹⁸⁷ Cfr. <http://www.senat.fr/eu/pac/E2464.html>

direito interno das sociedades comerciais ou ao assegurar a efectiva protecção dos direitos de terceiros, accionistas minoritários e trabalhadores em caso de transferência de sede, de harmonia com o princípio da proporcionalidade.



6. Reflexões finais

I - A transferência internacional da sede verifica-se quando há alteração do estatuto pessoal da sociedade comercial, mantendo-se a personalidade jurídica sob o prisma de qualquer dos ordenamentos jurídicos envolvidos.

II - A opção do legislador pela teoria da constituição ou pela teoria da sede, enquanto critérios de determinação da *lex societatis*, é decisiva para equacionar o problema da transferência internacional da sede.

III - A exigência de um laço com o Estado onde a sociedade se localiza não deve ser erguido como um postulado absoluto, exclusivo da teoria da sede da administração uma vez que esta teoria não tem a virtualidade de assegurar, de forma exclusiva, a protecção de interesses de terceiros e dos sócios minoritários, sendo inclusive susceptível de defraudar a protecção de terceiros – elemento genético inerente à sua formulação – pela indefinição e instabilidade de que o conceito de sede da administração é portador.

Com efeito, a conjugação da teoria da sede com outros critérios de determinação da *lex societatis* – v.g. critério do controlo, do principal centro de exploração ou do centro de decisão – serve para atenuar a indefinição que o conceito de sede da administração transporta, sem a eliminar.

IV - A teoria da constituição é a que mais favorece a manutenção da personalidade jurídica das sociedades, em caso de transferência internacional da sede, porquanto não envolve a mudança da lei pessoal da sociedade.

No entanto, a interpretação da teoria da constituição de forma pura pode conduzir ao desenvolvimento de sedes fictícias e à aplicação de ordenamentos jurídicos em que a tutela dos direitos de terceiros se encontre enfraquecida pelo que, *de jure condendo*, uma teoria da constituição mitigada por normas de aplicação imediata (v.g. de protecção de terceiros e de natureza fiscal) e, eventualmente, temperada pela doutrina das sociedades pseudo-estrangeiras, seria a que melhor salvaguardaria os interesses envolvidos na determinação da *lex societatis* e, *maxime*, na transferência internacional da sede.

V - Os ordenamentos jurídicos que adoptaram a teoria da constituição tendem a aplicá-la de acordo com soluções que atenuam os seus efeitos teóricos. De forma idêntica, os ordenamentos que reconheceram a teoria da sede da administração estão a combiná-la com elementos típicos da teoria da

constituição (v.g. quanto à escolha da sede estatutária como elemento de conexão ou quanto à defesa do princípio da aparência – 2ª parte do artigo 3.º, n.º 1 do CSC português).

Independentemente dos critérios adoptados, os ordenamentos jurídicos europeus estão a exigir graus de efectividade na determinação da *lex societatis*. Vão neste sentido algumas alterações legislativas (como na Itália e Suíça) e diversas construções doutrinárias fundadas na lei (casos de Espanha e França).

VI - O legislador português combinou, quanto à determinação da *lex societatis*, o critério da sede estatutária – inerente à teoria da constituição - com o critério da sede da administração. De facto, apesar de ter adoptado a teoria da sede da administração na 1ª parte do artigo 3.º, n.º 1, a “bilateralização” da 2ª parte do artigo 3.º, n.º 1, implica que a localização da sede estatutária seja relevante para a determinação da lei pessoal da sociedade aplicável às relações externas.

VII - A transferência isolada da sede da administração de e para Portugal pode ser efectuada no momento da constituição da sociedade ou após esse momento, nos termos do artigo 3.º, n.º 2, 3, 4, 5 e 6 do CSC.

A transferência isolada da sede estatutária de Portugal para o estrangeiro de uma sociedade constituída em Portugal só poderá ser realizada após a constituição da sociedade, sendo aplicável analogicamente o artigo 3.º, n.º 5 e 6 do CSC.

VIII - No entanto, a transferência da sede estatutária do estrangeiro para Portugal poderá justificar a exigência de laço efectivo sob pena de se justificar a aplicação do artigo 21.º do CC.

Porque pode pôr em causa interesses de sócios minoritários e de terceiros, a transferência da sede estatutária do estrangeiro para Portugal está sujeita às exigências respeitantes à transferência da sede da administração, com as devidas adaptações, nomeadamente quanto à alteração do contrato de sociedade resultante da transferência que terá de ser válida face ao direito da antiga e da nova sede.

No direito português, a adaptação do contrato de sociedade ao direito da nova sede terá de ser efectuada até ao momento da deliberação de transferência, devendo considerar-se, na aplicação dos preceitos legais, que a sociedade já se encontra constituída.

IX - À sociedade regularmente constituída no estrangeiro que cria a aparência de ter transferido a sede para Portugal, apesar de ser uma sociedade de estatuto pessoal estrangeiro, aplica-se analogicamente o artigo 4.º, n.º 2 e 3, do CSC.

X - Os artigos 43.º e 48.º do TCE dispõem sobre a liberdade de estabelecimento principal e secundário das sociedades. É que, não obstante a previsão do artigo 293.º, § 3.º do TCE quanto à celebração de convenção entre os Estados-membros sobre a transferência internacional da sede, pode extrair-se do TCE uma exigência de livre circulação, no espaço comunitário, do estabelecimento principal de sociedades comerciais.

Ainda assim, justifica-se que, ao abrigo do artigo 293.º, § 3.º do TCE, seja elaborada convenção que regule a livre circulação de sociedades no seio da Comunidade Europeia, por forma a densificar as exigências jus-comunitárias no direito dos Estados-membros. *De jure condendo*, a teoria da constituição, com as atenuações operadas por conexões específicas estabelecidas pelos ordenamentos jurídicos de cada Estado-membro, afigura-se como a única adequada à plena efectivação dos objectivos harmonizatórios e circulatórios propostos pela Comunidade Europeia.

XI – Subsiste, no plano fiscal, na maioria dos Estados-membros, um conjunto de normas jurídicas que obstam à transferência intra-comunitária da sede estatutária ou da sede efectiva. Referimo-nos, entre outras, às normas que presumem a realização de mais-valias e reservas ocultas existindo até o exemplo inverso (Portugal) em que a transferência intra-comunitária de sede não é tributada em sede de IRC.

Com efeito, os elementos de conexão previstos no CSC e no CIRC não são coincidentes, sabendo-se que a aplicação espacial do direito fiscal internacional se relaciona com o princípio da territorialidade e que, nesta medida, se autonomiza dos elementos de conexão de Direito Internacional Privado.

XII - Em termos fiscais, quando a sociedade transfere a sua sede – estatutária ou efectiva - do estrangeiro para Portugal, inicia a sua actividade com a base contabilístico-fiscal com que fechou as contas no estado de origem, pelo que qualquer mais-valia futura será determinada e tributada de acordo com as normas de direito fiscal português

No caso inverso, ou seja quando a sede é transferida com manutenção da personalidade jurídica de Portugal para um Estado-membro, não há lugar a tributação em sede de IRC podendo considerar-se, *de jure condendo*, que existe um fenómeno tributável, decorrente do facto de o Estado da residência perder o poder de tributar reservas ocultas da sociedade e mais valias não realizadas, em virtude da sociedade deixar de estar sujeita a uma obrigação ilimitada de imposto.

XIII - Com a proposta de 14.^a directiva das sociedades comerciais, visa-se garantir a manutenção da personalidade jurídica da pessoa colectiva que pretenda transferir a respectiva sede de um Estado-membro para outro, assegurando, desta forma, a plena aplicação do disposto nos artigos 43.º e 48.º do TCE, nomeadamente da liberdade de estabelecimento principal e secundária. Convém não esquecer que os princípios adoptados por cada Estado-membro não podem contrariar normas do TCE com efeito directo – reconhecido aos artigos 43.º e 48.º - dado que estas são susceptíveis de serem invocadas pelos particulares.

No entanto a proposta é criticável por falta de ambição, ao não assumir, de forma clara, um critério definidor do estatuto pessoal das pessoas colectivas que possa evitar os conflitos de leis que previsivelmente irão emergir o mesmo se podendo afirmar relativamente aos entraves (“custos”) fiscais relativos à transferência de sede actualmente previstos em diferentes Estados-membros.

Até ao momento, as versões da proposta de 14.^a Directiva que têm sido discutidas não contemplam quaisquer soluções que harmonizem as diferenças perspectivas fiscais dos Estados-membros no que respeita à transferência intra-comunitária da sede.

Neste contexto, mais do que criar mecanismos que assegurem formalmente a liberdade de estabelecimento, esquecendo os entraves fiscais ainda existentes, é fundamental que, concomitantemente à aprovação da 14.^a Directiva sobre sociedades comerciais, se aprovem instrumentos jurídicos que efectivem a harmonização fiscal dos diferentes Estados-membros, por forma a alcançar a neutralidade fiscal das operações de transferência intra-comunitária de sede.