

A DUPLA RESIDÊNCIA DAS SOCIEDADES À LUZ DAS CONVENÇÕES DE DUPLA TRIBUTAÇÃO

FRANCISCO DE SOUSA DA CÂMARA^(*)^(**)

1. INTRODUÇÃO

Na maioria dos Estados, a residência é o conceito que permite estabelecer e delimitar o âmbito do direito de tributação dos rendimentos obtidos por um residente ou não residente. Nestes sistemas, em geral, o Estado da residência reserva para si o direito de tributar os seus residentes de acordo com o princípio da tributação universal e os não residentes em função dos rendimentos obtidos no seu território. A residência, por seu turno, é fixada em função de um, dois ou mais elementos de conexão, tais como o local da constituição da sociedade, a sede, a direcção ou a direcção efectiva, o controlo ou “as circunstâncias”. Estes critérios variam de Estado para Estado, e mesmo quando são terminologicamente semelhantes são definidos ou interpretados de forma divergente.

A dupla residência decorre precisamente da aplicação destes critérios por parte de dois Estados diferentes, seja pela adopção de diferentes critérios, seja pelo diferente conteúdo ou interpretação que dois ou mais Estados fazem acerca do mesmo critério.⁽¹⁾ E, este trabalho procura precisamente contribuir para o

(*) Professor Convidado de Direito Fiscal Internacional da Universidade Nova de Lisboa – Sócio da Morais Leitão, J. Galvão Teles & Associados.

(**) Uma versão anterior deste texto foi publicada na *Ciência e Técnica Fiscal* nº 403, págs. 35-144

(1) A expressão “dupla residência” não dá a nota justa do problema que decorre da eventual dupla tributação do rendimento universal, posto que a utilização de um outro elemento de conexão subjectivo (e.g. nacionalidade), pode também originar situações de dupla tributação. Talvez porque a generalidade dos Estados já abandonou uma concepção personalista da soberania, a doutrina aceitou a generalização e o enraizamento desta expressão. Em qualquer caso, para uma crítica da expressão veja-se Kees van Raad, “Dual Residence”, *European Taxation*, Agosto 1988, págs. 241-246 (assim, pág. 241).

estudo do fenómeno da dupla residência fiscal das sociedades, o qual ganhou recentemente interesse redobrado, entre nós e na própria comunidade internacional.⁽²⁾

Em Portugal, no início do ano de 2001, a reacção pública contra a introdução de um regime que se propunha agravar fortemente a tributação das mais-valias obtidas por SGPS e por pessoas singulares, com a transmissão de participações sociais,⁽³⁾ gerou acesa polémica sobre a transferência de capitais para o estrangeiro.⁽⁴⁾

Ao abrigo das liberdades garantidas pelo Tratado da Comunidade Europeia e das várias opções criadas pelo direito comunitário e reservadas pela própria «autonomia da vontade», apregoaram-se, de imediato, “mil e uma formas” de colocar os “capitais portugueses” ao abrigo de qualquer jurisdição europeia menos sôfrega de captar os dinheiros privados pela via do imposto. E, dentro dessas opções, emergiram claramente as possibilidades de criar sociedades

⁽²⁾ O estudo incide em torno das sociedades de capitais em geral. Excluem-se, portanto, as referências às sociedades de pessoas (“partnerships”) e a outras entidades sujeitas a regimes de transparência fiscal.

⁽³⁾ Cfr. artigos 1º (que alterou o artigo 10º e 41º do CIRS), 5º (que alterou o artigo 44º do CIRC) e 7º (7) e (10) da Lei 30-G/2000 de 29 de Dezembro. Este regime veio a ser alterado em 2001 e em 2002.

⁽⁴⁾ A própria ideia de que se consagrava, assim, um sistema mais equitativo foi contestada, tendo-se demonstrado que o novo regime poderia originar múltiplas tributações sobre o mesmo rendimento, discriminando contra o capital. Simultaneamente, discutiram-se com veemência as consequências económicas e financeiras que esta medida provocaria sobre o mercado de capitais, sobretudo numa altura em que as tendências internacionais indiciavam o aparecimento de novos regimes fiscais que ou não discriminavam ou até favoreciam o capital, designadamente o regime fiscal da maior economia europeia eliminava a tributação doméstica das acções. Para uma análise tópica do regime alemão vide “Germany”, *European Tax Handbook* 2001, ed. IBFD, 2001. Sven-Olof Lodin, Presidente da Associação Fiscal Internacional, chegou a afirmar logo no início de 2001 que: «a tributação das mais valias sobre a venda das acções no sector societário conduz a duplas tributações e provavelmente desaparecerá na maioria dos países - talvez em todos os Estados Membro da UE. Este desaparecimento facilitará os desinvestimentos e permitirá simplificar consideravelmente a Directiva das Fusões e a legislação nacional respeitante às fusões, aquisições e outras reorganizações. Em suma, este desenvolvimento tornará os sistemas fiscais nacionais dos Estados Membros mais competitivos». Conferência realizada em Roma, “Workshop Fiscale” organizado pela Fundação Ambrosetti, e publicada sob a epígrafe “European Union: The competitiveness of EU Tax Systems”, *European Taxation*, Maio 2001, págs. 166 - 171 (assim, pág. 171). O abandono dos sistemas de tributação globais tendencialmente puros (mesmo ao nível da tributação das pessoas singulares) foi observado também por Alessandro Bavilla que preconiza que isso continuará a ocorrer dando origem a sistemas dualistas ou outras formas de tributação que reduzem a carga fiscal sobre o capital. Vide Alessandro Bavilla, “Moving Away from Global Taxation: Dual Income Tax and Other Forms of Taxation”, *European Taxation*, Junho de 2001, págs. 211-220.

holdings no estrangeiro ou de transferir a sede social e/ou a direcção efectiva para zonas de baixa pressão fiscal, ou até de realizar operações bem mais complexas que envolvessem fusões, cisões, entradas de activos e permutas de acções...

Neste contexto começaram a circular rumores de que a Administração Fiscal estaria a preparar baterias para retaliar contra tais opções.⁽⁵⁾ Dentro destas, destacou-se claramente a “contra-medida” que visava re-classificar a residência das sociedades estrangeiras, invocando que a «direcção efectiva» de tais sociedades se encontraria em Portugal e que, por conseguinte, a residência fiscal que deveria prevalecer em caso de conflito entre a residência estrangeira e a nossa seria a portuguesa, de acordo com o disposto nas convenções bilaterais celebradas por Portugal para eliminar a dupla tributação sobre o rendimento e o património.

Curiosamente, neste mesmo ano de 2001, no seio da Comunidade Internacional e, mais concretamente, no fórum da OCDE, o critério da «direcção efectiva» como elemento de conexão prevalente na definição da residência das sociedades com dupla residência é fortemente sindicado por se revelar inadequado ou mesmo incapaz de dar resposta aos problemas que se adensaram com a recente revolução tecnológica e, em especial, com as novas formas de comunicação e tomada de decisões (e.g. discussões electrónicas em grupo através da Internet, videoconferências, assinaturas digitais, etc...). O Grupo de Aconselhamento Técnico da OCDE responsável pela avaliação e supervisão da aplicação das disposições convencionais respeitantes à tributação dos lucros pôs à discussão pública este problema, através da difusão de um documento específico, que circulou sob a epígrafe seguinte: «The impact of the communications revolution on the application of place of effective management as a tie-breaker rule».⁽⁶⁾

⁽⁵⁾ Cfr. Luís Rego “Acordos de dupla tributação podem isentar mais-valias das SGPS em fuga - o Ministério das Finanças e as Sociedades Gestoras de Participações Sociais não se entendem acerca dos regimes legais aplicáveis às mais-valias geradas pelas holdings criadas na Holanda. O diploma que elimina a dupla tributação aplica-se ou não? A controvérsia está instalada”, *Diário Económico*, 1 de Fevereiro de 2001, pág. 3.

⁽⁶⁾ Este documento, pode ser consultado no endereço da OCDE: www.ocde.org ou in Kees van Raad, *Materials on International & EC Tax Law*, págs. 591-603, 1ª ed., Leiden 2001. Propondo cinco soluções alternativas para melhorar ou substituir a regra actualmente vigente [artigo 4º (3) do Modelo de convenção fiscal sobre o rendimento e o capital da OCDE 2000], o TAG convidou todos os possíveis interessados a submeter os respectivos comentários até 30 de Junho de 2001. Para simplificar, no presente trabalho referirmo-nos indistintamente ao documento com a sua epígrafe original ou, abreviadamente, ao “Documento TAG sobre o artigo 4º (3) do MCOCDE”.

Pode ser que a recente publicação da proposta de lei do Orçamento do Estado para 2002, com a alteração das normas respeitantes à tributação das mais-valias, seja capaz de reduzir o interesse desta temática até que o problema nos surja novamente (não necessariamente através de inspecções tributárias e pleitos judiciais) nos forums internacionais⁽⁷⁾.

Ainda que assim seja, julgamos que o momento presente é especialmente propício para promover esta discussão entre nós, tanto mais que as empresas portuguesas se continuam a internacionalizar, rodeadas por um ambiente legal e administrativo que deve ser mais transparente e garantir maior estabilidade.

Nesta encruzilhada, o presente trabalho procura ilustrar os principais problemas com que se deparam as sociedades com dupla residência e antecipar possíveis soluções. Em primeiro lugar, importa chamar a atenção para as regras convencionais sobre a residência das sociedades, esclarecendo o que se entende por «residente de um estado contratante» e evidenciando a forma de eliminar os conflitos decorrentes de uma dupla residência. Esta análise, feita à luz do Modelo de Convenção da OCDE (doravante MCOCDE) e da experiência comparada, é apresentada já de seguida (2ª secção).

Em segundo lugar, procurar-se-á estudar o regime legal português, começando nas regras domésticas previstas no CIRC, passando por uma apreciação do problema da transferência da residência fiscal (emigração e imigração das sociedades) e culminando com a apresentação e discussão das Convenções bilaterais sobre dupla tributação celebradas por Portugal. É a tarefa reservada à 3ª secção deste trabalho.

Depois, centrados no problema, procuraremos reflectir sobre o critério para “desfazer” as duplas residências (o critério da “direcção efectiva”), mas que hoje se encontra em crise, tanto no plano comercial como fiscal. Ocupar-nos-emos dessa tarefa na 4ª secção. E, finalmente, procuraremos alinhar algumas reflexões que devem ser um ponto de partida para um aprofundamento jurídico, estatístico e económico destas questões (5ª secção).

⁽⁷⁾ Efectivamente o regime fiscal das mais-valias veio a ser modificado a curto prazo, tanto no que respeita à alienação das acções por pessoas singulares, como no que toca às pessoas colectivas e, em particular, às SGPS. Actualmente, vejam-se os artigos 10º (2) a), 74 (4) do CIRS, 45º do CIRC e 31º do Estatuto dos Benefícios Fiscais.

2. A RESIDÊNCIA E A DUPLA RESIDÊNCIA DAS SOCIEDADES

2.1. Introdução

Como expressão da soberania territorial o conceito da residência fiscal tem permitido definir o direito de tributação atribuído a cada Estado soberano e o âmbito dessa mesma tributação.⁽⁸⁾ Em Portugal, como em muitos outros Estados, esse conceito permite tributar os rendimentos obtidos pelos residentes no estrangeiro e justifica também a imposição dos proveitos e ganhos percebidos pelos não residentes no território nacional.

A definição de residente é dada exclusivamente pela legislação nacional de cada Estado, mas o âmbito de eficácia dessa definição não é absoluta. No plano convencional os Estados auto-limitam esse direito de várias formas, nomeadamente:

a) Restringem os critérios a que se podem reportar para determinar a residência;

b) Excluem da categoria de residentes pessoas que apenas estão sujeitas a imposto pelos rendimentos de fonte interna (i.e. obtidos no respectivo território); e

c) Aceitam, por exemplo, reconhecer a residência estrangeira como prevalente às sociedades que, seriam consideradas residentes, de acordo com a legislação doméstica, mas em que por virtude da aplicação de uma Convenção bilateral (e.g. do critério para desfazer a dupla residência) se verifica que a direcção efectiva se encontra no outro Estado contratante.⁽⁹⁾

Neste domínio, a articulação do regime doméstico com as normas convencionais que vinculam os Estados que celebram essas Convenções bilaterais tem a maior relevância. Assim, a aplicação e, antes disso, a interpretação das convenções bilaterais celebradas por cada Estado (e.g. Portugal) para eliminar a dupla tributação são, portanto, tarefas de capital importância, e, apesar disso,

⁽⁸⁾ Como sublinha Alberto Xavier «as tentativas de fundamentação do poder de tributar baseadas na ideia de nacionalidade, ou seja, numa concepção personalista da soberania (*Personahohheit*), não conseguiram impor-se na doutrina ...» [...] «Em face das concepções hoje dominantes (com a ressalva dos Estados Unidos e das Filipinas em matéria de impostos sobre o rendimento e dos Estados Unidos e da Turquia em matéria de impostos sobre as sucessões e doações), a nacionalidade é irrelevante para efeitos de delimitação do poder tributário dos Estados, vigorando antes conexões subjectivas ou objectivas, relacionadas com a soberania territorial do Estado», *in Direito Tributário Internacional*, págs. 225 e 226, ed. Almedina, Coimbra 1993.

⁽⁹⁾ Como sublinha, Philippe Baker, "... um Tratado nunca considera uma pessoa como não residente", *Double taxation conventions and international tax law*, pág. 132, rodapé 132, ed. Sweet & Maxwell, Londres 1994.

não só são pouco conhecidas entre nós como não têm sido sempre realizadas de forma isenta de reparos.⁽¹⁰⁾

Importa, pois, enunciar as principais regras previstas no MCOCDE que tem inspirado a celebração da generalidade das Convenções bilaterais sobre dupla tributação do rendimento e património.^{(11) (12)}

De seguida, realizaremos uma incursão ao direito português começando por referir as regras que motivam a tributação ilimitada dos rendimentos obtidos pelas sociedades residentes em Portugal e passando depois à análise das Convenções celebradas por Portugal.

⁽¹⁰⁾ A experiência administrativa e jurisdicional de situações que envolvem a aplicação das Convenções bilaterais sobre dupla tributação é muito reduzida. No plano administrativo, William T. Cunningham indica, de forma certa (e até perplexa - quando alude à generosidade com que se concediam às sucursais estrangeiras os benefícios atribuídos aos residentes), várias regras e práticas que nesta matéria deveriam ser revistas, "Portugal: The concept of corporate residence in tax law and in practice", *European Taxation*, Março 1995, págs. 85 e segs.

⁽¹¹⁾ Muitas das Convenções bilaterais celebradas por Portugal foram também (ou até predominantemente) inspiradas no Modelo de Convenção das Nações Unidas. Tendo em consideração que o artigo 4º (respeitante à residência) é semelhante em ambos os Modelos, só faremos referência ao MCOCDE, nas suas diferentes versões. Se nada for referido, reportar-nos-emos ao MCOCDE de 2000. As várias versões do artigo 4º encontra-se nos Anexos A e B.

⁽¹²⁾ Em 1963 o Comité Fiscal da OCDE apresentou um relatório intitulado "Projecto de Convenção da dupla tributação em matéria de rendimento e de capital" (doravante PCOCDE), tendo o Conselho da mesma organização adoptado uma recomendação no mesmo ano (30.07.63) visando evitar a dupla tributação e solicitando aos governos dos Estados Membros que se conformassem com o referido projecto, aquando da celebração ou revisão das respectivas convenções bilaterais. Mais tarde, o mesmo Comité e o seu sucessor, o Comité dos Assuntos Fiscais (doravante "CAF") empreenderam a revisão do Projecto de Convenção de 1963 e dos comentários respectivos. Estes trabalhos deram origem à publicação, em 1977, de um novo Modelo de Convenção - MCOCDE 1977. Já depois disso, o CAF decidiu adoptar a ideia de um Modelo da Convenção actualizado periodicamente, o que conduziu à publicação do mesmo, em 1992, sob a forma de "loose-leaf", o qual tem sido sucessivamente alterado. A última versão é de 2003 e pode encontrar-se em www.oecd.org. Para maiores desenvolvimentos veja-se Manuel Pires, *ob.vit.*, págs. 193 e segs., e no que respeita a Portugal, págs. 579 e segs.. A própria "Introdução" do MCOCDE tem sido sucessivamente alterada e permite conhecer, de imediato, a evolução histórica e o impacto da Convenção Modelo na negociação, celebração, interpretação e aplicação das convenções bilaterais celebradas por todo o mundo (entre Estados-membros ou não membros da OCDE); e, bem assim, as finalidades do MCOCDE e de cada Convenção bilateral que vier a ser celebrada com base naquele. Além disso, também serve para explicar o papel das "Observações" aos comentários e as "Reservas" aos artigos do próprio MCOCDE, bem como o valor jurídico dos comentários (que vão sendo modificados) em face das diferentes Convenções, celebradas a todos os instantes pelos Estados, que seguem de perto qualquer Convenção Modelo.

2.2. A residência e a dupla residência nas Convenções

2.2.1. O artigo 4º (1) da MCOCDE

A. Introdução

O elemento de conexão subjectiva de eleição no MCOCDE (“residência”) constitui o elo que permite ligar as pessoas (no âmbito deste trabalho – as sociedades) aos ordenamentos jurídicos de cada um dos Estados que celebrou a Convenção.

Actualmente, o número um do artigo 4º da Convenção Modelo conta com dois períodos distintos, para esclarecer o conceito de «residente de um Estado contratante», o que faz da seguinte forma:

a) Primeiro, delimita-se o conceito de forma positiva, sublinhando que «para efeitos desta convenção, a expressão “residente de um Estado Contratante” significa qualquer pessoa que, por virtude da legislação desse Estado, está aí sujeita a imposto devido ao seu domicílio, à sua residência, ao local de direcção ou a qualquer outro critério de natureza similar e, aplica-se igualmente a este Estado e bem assim às suas subdivisões políticas ou autarquias locais»;⁽¹³⁾

b) Depois, no segundo período, restringe-se de forma negativa aquele conceito, clarificando-se que «...não inclui qualquer pessoa que está sujeita a imposto nesse Estado, apenas relativamente ao rendimento de fontes localizadas nesse Estado ou a património aí situado».⁽¹⁴⁾

B. O primeiro período do artigo 4º (1) do MCOCDE

A expressão «residente de um Estado Contratante», mencionada na primeira parte do artigo 4º do MCOCDE, tem uma função capital a vários níveis, i.e.:

- a) para determinar quem pode beneficiar da aplicação da Convenção;
- b) para evitar uma dupla tributação resultante da existência de uma dupla residência; e,
- c) para resolver uma dupla tributação proveniente da imposição de tributos no Estado da residência, da fonte ou do *situs*.

Em primeiro lugar, o artigo 4º número um atribui a cada Estado o direito de definir o conceito de residente por reenvio que faz da questão para a *lex fori*. Definição essa que pode ser traçada com uma amplitude acentuada, uma vez

⁽¹³⁾ Esta é a versão actual do MCOCDE, cuja última alteração foi introduzida no ano 1995 (vide Anexo A).

⁽¹⁴⁾ O segundo período do artigo 4º nº 1 foi introduzido na versão MCOCDE de 1977.

que os elementos de conexão que o MCOCDE permite utilizar cobrem o domicílio, a residência, o local da direcção ou qualquer critério de natureza similar.⁽¹⁵⁾ Neste aspecto, o MCOCDE afastou-se das propostas da Convenção Modelo dos Estados Unidos da América, o qual também se refere à nacionalidade e ao lugar de constituição da sociedade.⁽¹⁶⁾ Aquela regra legitima também a utilização de dois ou mais elementos de conexão alternativos (e.g. a sede ou a direcção efectiva), que dão azo à proliferação de situações de dupla residência. Para evitar as duplas tributações daí decorrentes, criaram-se regras específicas com a função de desfazer ou eliminar esses conflitos (cfr. n.ºs. 2 e 3 do artigo 4º).⁽¹⁷⁾

Em segundo lugar esta disposição deixa entrever que são aqueles índices, interpretados à luz da lei do Estado que os define, que permitem a cada Estado exigir impostos dos seus residentes numa base universal.⁽¹⁸⁾ A expressão «outro critério de natureza similar» evidenciou claramente que a lista de critérios enunciados no primeiro período do n.º 1 do artigo 4º é meramente indicativa, podendo os Estados acolher critérios semelhantes, i.e. com uma base territorial.⁽¹⁹⁾ Tem sido, portanto, entendido pela doutrina que este conceito abrange o critério da sede estatutária, mas já não o critério da nacionalidade ou sequer da constituição; o que, em qualquer caso, alarga consideravelmente os elementos de conexão relevantes.

Não obstante esta aparente comunhão de posições, a experiência mostra que os vários critérios previstos no MCOCDE não têm a mesma relevância (e.g. o significado e a distinção dos termos “domicílio” e “residência” têm particular ênfase na legislação inglesa), e não são aplicados nem interpretados da mesma forma em cada Estado. Daqui, portanto, a origem dos conflitos por esta via.⁽²⁰⁾

O primeiro período do n.º 1 do art.º 4º do MCOCDE de 2000 é praticamente semelhante ao Projecto de MCOCDE de 1963. O princípio e os critérios estabelecidos pelo MCOCDE mantiveram-se os mesmos, tendo-se apenas esclarecido

(15) Houve Estados membros que introduziram reservas ao artigo 4º e Estados não membros da organização que esclareceram a sua posição no sentido de poderem vir a utilizar (ou pretender utilizar) como critério o local da constituição, de registo ou sede social.

(16) Referimo-nos tanto à Convenção Modelo de 1981 como de 1996.

(17) No caso de não ter sido celebrada nenhuma Convenção sobre dupla tributação, uma eventual dupla tributação por conflito de residência só é evitada se algum dos Estados dispuser de normas internas para eliminar a dupla tributação nessas ocorrências, o que não é comum (mais comuns são as regras unilaterais que eliminam as duplas tributações provocadas pela tributação na fonte e na residência).

(18) Este facto decorre da conjugação do primeiro e segundo períodos do n.º 1 como observa Vogel; *ob. cit.*, ed. 1990, pág. 154 para. 24.

(19) Cfr. Vogel, *ob. cit.*, 1990, págs. 157, para. 30.

(20) Cfr. Vogel, *ob. cit.*, pág. 155-157.

em 1995 que a Convenção também se aplica ao «Estado e bem assim às suas subdivisões políticas ou autarquias locais».⁽²¹⁾

Finalmente, decorre desta disposição que a Convenção se aplica a qualquer pessoa residente «aí sujeita a imposto», excluindo-se do campo de aplicação as entidades que não são sujeitos passivos de imposto sobre o rendimento. No entanto, em regra, o residente de um Estado contratante pode beneficiar de aplicação da Convenção (designadamente da aplicação das normas de repartição) mesmo quando não for efectivamente tributado,⁽²²⁾ i.e. quando se encontrar isento do imposto.

Em suma, uma determinada sociedade (sociedade A) pode ou não ter dupla residência à luz do artigo 4º primeiro período, em função das circunstâncias concretas que se verificarem, a saber:

- a sociedade A terá dupla residência se tanto o Estado A como o Estado B considerarem, de acordo com as suas normas domésticas (assumindo-se que os critérios utilizados na Convenção celebrada entre aqueles Estados são os utilizados no MCOCDE), que a sociedade é residente (e.g. o Estado A alega que a sede se encontra localizada no seu território, e o Estado B invoca que a direcção efectiva se abriga sob a sua jurisdição);

- a sociedade A terá ainda dupla residência se ambos os Estados utilizarem o mesmo critério (e.g. direcção efectiva), apesar de lhe darem um conteúdo ou uma interpretação distinta; Mas,

- a sociedade A já não terá dupla residência se a residência no Estado B, por exemplo, for definida apenas com base em critérios meramente pessoais (e.g. nacionalidade e ou lugar de constituição) e esses critérios não tenham sido integrados na Convenção bilateral celebrada entre os Estados A e B.⁽²³⁾ Se a Convenção apenas estabelecer como critérios relevantes os que são mencionados no MCOCDE, e o Estado A considerar que a sociedade A tem um local de direcção no seu território, a sociedade será de imediato considerada como residente neste último Estado, ainda que tenha sido constituída no outro Estado ou que a administração efectiva ali esteja localizada. Nos termos dessa Convenção não se admite que a residência esteja assente num critério como o “lugar de constituição” e, portanto, a

⁽²¹⁾ Cfr. artigo 4º (1) primeiro período, *in fine*, do MCOCDE 2000.

⁽²²⁾ Cfr. Philippe Baker, *ob. cit.*, pág. 127 (para. 4-04). As alterações introduzidas no Comentário do MCOCDE de 1992 só procuraram excluir as sociedades écrans (“conduit companies”) e não as sociedades que gozassem - ou gozem - de uma ou outra isenção.

⁽²³⁾ Pode acontecer que um Estado altere os seus critérios de residência sem ter modificado ou negociado a modificação de uma Convenção bilateral celebrada com outro Estado.

pessoa não é considerada residente desse Estado. Acresce que para o Estado B o critério da direcção efectiva não determina a existência de residência, em conformidade com as suas regras domésticas, pelo que o local de direcção existente no Estado A é suficiente para ditar a residência.

C. O segundo período do artigo 4º (1) do MCOCDE

O segundo período do número 1 do artigo 4º foi introduzido de novo no MCOCDE de 1977,⁽²⁴⁾ com o propósito de limitar o âmbito de aplicação do termo residente.

Ab initio procurou-se negar a residência (restringindo-se o disposto no primeiro período do nº 1) àquelas pessoas que só estivessem sujeitas a imposto sobre os rendimentos ou património de fonte localizada ou situada nesse Estado, querendo assim abranger-se fundamentalmente os agentes diplomáticos e funcionários consulares estrangeiros em serviço no seu território.⁽²⁵⁾

Mais tarde, em 1992, os comentários ao artigo 4º foram modificados com o propósito de esclarecer que o alcance do segundo parágrafo é bem mais amplo: «De acordo com os seus termos e espírito, esta disposição excluiria igualmente da definição de residente de um Estado contratante as empresas sob controlo estrangeiro isentas de imposto sobre os respectivos rendimentos de fonte estrangeira, em virtude de regimes de favor concebidos para atrair as sociedades écrans. Todavia, esta disposição suscita, em si mesma, dificuldades e comporta limitações. Por consequência, deverá ser interpretada de modo restrito, pois de outro modo corre o risco de excluir do campo de aplicação da convenção todos os residentes de países que apliquem um princípio de territorialidade em matéria fiscal, quando não é esse, evidentemente, o resultado pretendido».⁽²⁶⁾

Deste modo, torna-se claro que as sociedades écrans estão, também elas, excluídas do termo “residente” e do campo de aplicação das Convenções. Todavia, neste capítulo, a tarefa dos Estados interessados em desqualificar estas

⁽²⁴⁾ Todas as Convenções celebradas antes de 1977 não contêm este período. No entanto, também existem algumas convenções celebradas por Portugal posteriormente que ou o não contêm ou o prevêm apenas em relação a um dos Estados contratantes.

⁽²⁵⁾ Em regra, os membros de missões diplomáticas e de postos consulares de um Estado terceiro acreditados junto de um Estado contratante não são considerados residentes do Estado acreditário se apenas estiverem sujeitos a tributação limitada nesse Estado. Cfr. parágrafo 8 dos Comentários ao artigo 4º e do artigo 27º do MCOCDE relativo aos membros das missões diplomáticas e de postos consulares.

⁽²⁶⁾ Cfr. parágrafo 8 dos comentários ao artigo 4º do MCOCDE.

sociedades écrans (e.g. Estados de Fonte) é, por vezes, dificultada pelo trabalho desenvolvido pelos Estados que lhes dão abrigo e que muitas vezes por interesses próprios – baseados na sua própria política de concorrência fiscal – defendem essas sociedades, seja alegando que estão isentas mas sujeitas ao imposto de fonte estrangeira, seja criando legislação específica para poder continuar a atrair investimento que apesar de não ser tributado directamente (ou o ser em pequena escala) o é de fonte indirecta.⁽²⁷⁾ ⁽²⁸⁾

Apesar de tudo, importa desde já antecipar que este segundo período também já tem sido interpretado de uma forma que lhe alarga bastante mais o âmbito de aplicação; com efeito, já se tem admitido que a apreciação sobre o âmbito da obrigação limitada de imposto deve ser feita não só à luz da lei doméstica, mas também tendo em consideração as convenções bilaterais hipoteticamente aplicáveis à pessoa em causa. Se assim for, uma Convenção pode limitar a aplicação de outra Convenção em virtude de uma pessoa, que era residente e sujeita a uma tributação ilimitada de acordo com a sua legislação doméstica, ser considerada não residente e, portanto, sujeita a imposto exclusivamente sobre o rendimento de fonte nacional. Discutiremos este problema com base num caso prático, de modo a ilustrar a situação com mais cor e vivacidade.

⁽²⁷⁾ Neste sentido, as trocas espontâneas de informações a que os comentários aludem, quanto às sociedades que procuram obter vantagens ao abrigo das Convenções, só são eficazes quando o esquema montado assenta num planeamento fiscal, específico e agressivo e não numa prática aceite e tutelada por um dos Estados, a qual pode ser um chamariz às sociedades écrans. Será que as sociedades isentas de certas categorias de rendimento (para não referir totalmente isentas de imposto em relação aos rendimentos de fonte estrangeira) não constituem exemplos deste tipo? Na generalidade dos casos, as sociedades écrans só são combatidas se assentarem integralmente na roupagem para elas definida no Relatório da OCDE sobre “Conduit Companies”, mas há vários regimes fiscais *standard* (i.e. com regras estruturais) que têm por finalidade “oferecer” as vantagens muitas vezes procuradas por aquelas sociedades.

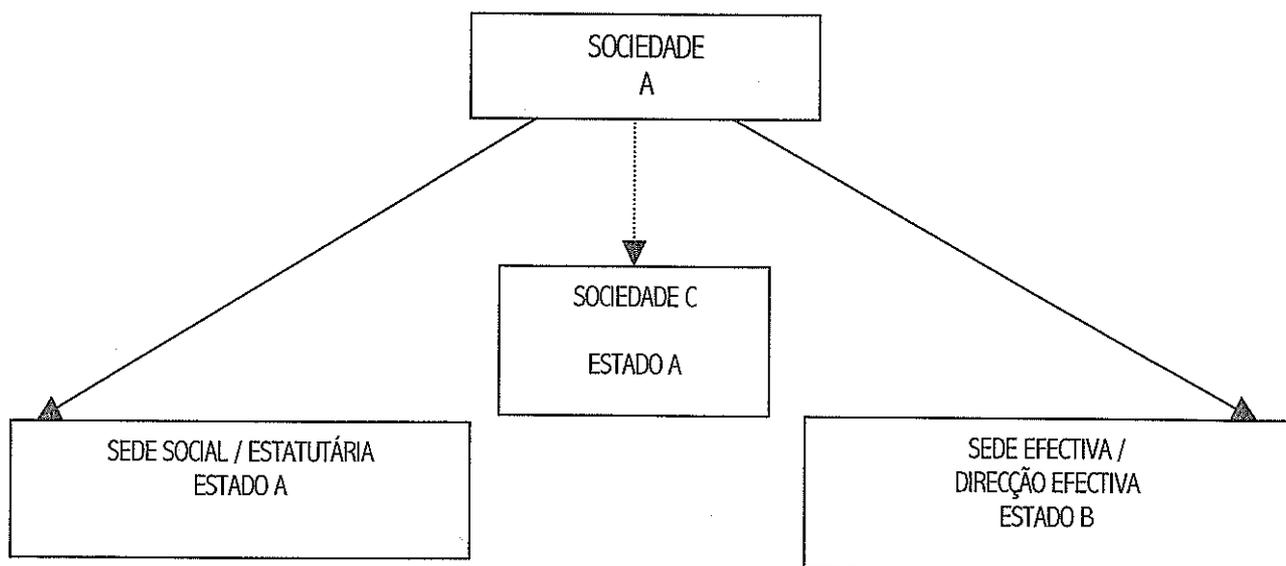
⁽²⁸⁾ O combate ao *treaty-shopping* é, pois, mais eficaz se for prevenido durante a negociação das Convenções bilaterais. Mais tarde, os Estados podem ainda ousar lançar mão de disposições internas anti-abuso, mas essas medidas não devem ser aplicadas em violação da Convenção. Vide Francisco de Sousa da Câmara “Portugal: Limits on the use of low-tax regimes by multinational businesses: current measures and emerging trends”, *Cahiers de DFI*, Vol. LXXXVIb, Relatório português preparado para o Congresso da IFA, S. Francisco, ed. Kluwer, 2001, págs. 767-802 (assim, págs. 795-797).

D. Exemplos práticos

(i) A situação mais frequente: Sede estatutária - Estado A / direcção efectiva - Estado B

A situação mais frequente que determina a dupla residência de uma sociedade ocorre porque um determinado Estado (A) qualifica uma sociedade como residente em virtude de a mesma ter aí a sua “sede estatutária”, enquanto outro Estado (B) considera essa mesma sociedade como residente porque a direcção efectiva se encontra localizada no seu território. Vejamos esta situação através do diagrama seguinte:

1º exemplo



A situação acabada de descrever pode dar origem a uma dupla tributação porque tanto o Estado A como o Estado B podem pretender tributar todos os rendimentos obtidos pela sociedade numa base mundial, posto considerarem que a Sociedade A tem residência no seu território.

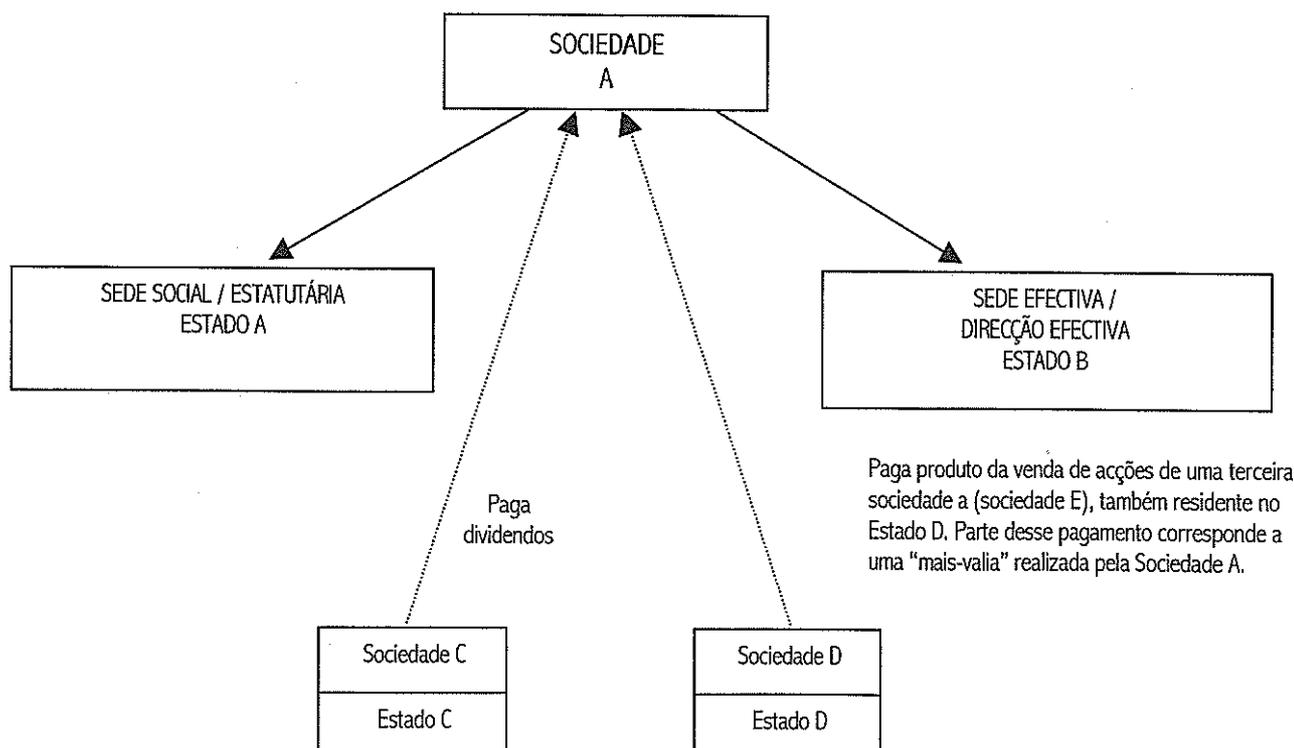
No caso destes dois Estados não terem concluído uma convenção bilateral para eliminar a dupla tributação sobre o rendimento e o património (doravante, “Convenção”), o rendimento da Sociedade A será duplamente tributado, a não ser que qualquer um dos Estados contenha normas unilaterais (internas) para eliminar essa mesma dupla tributação, com esse propósito específico. Caso tenha sido celebrada uma Convenção entre o Estado A e o Estado B é possível que essa dupla tributação seja eliminada, nos termos dessa mesma Convenção [e.g. o artigo 4º (3) do MCOCDE sugere a eliminação da dupla tributação através da inclusão de uma medida que faz prevalecer a “direcção efectiva” sobre a sede social ou estatutária. A sociedade A considerar-se-ia residente no Estado B.

Num caso destes, se a Convenção só atribuisse ao Estado da residência (B) a possibilidade de tributar certo tipo de rendimentos (e.g. mais-valias) os ganhos obtidos pela sociedade A com a venda de participações sociais de outra sociedade (C) residente no Estado A só poderiam ser tributados, no Estado da residência (B), de acordo com a Convenção [artigos 4º (3) e 13º (mais-valias)].

No entanto, podem levantar-se outro tipo de questões. Vejamos:

- (i) Em primeiro lugar, os Estados contratantes podem não acordar sobre o reconhecimento da direcção efectiva no outro Estado (e.g. o Estado A não reconhece que a direcção efectiva se encontra no Estado B), considerando que a sede real (a estatutária e a efectiva) se encontra localizada no seu território;
- (ii) Em segundo lugar, admitindo que os dois Estados acordam que a residência se encontra no Estado B à luz da convenção bilateral que os liga, novas dificuldades decorrentes da existência de relações económicas entre a sociedade A e entidades localizadas noutros Estados (e.g. a sociedade A recebe dividendos do Estado C e ganhos provenientes da venda de acções da Sociedade D, com residência no Estado D) podem emergir. Aditemos, pois, esta hipótese ao diagrama anterior.

2º Exemplo



Deixemos de lado, a primeira questão (quando os Estados A e B não acordam sobre a existência da direcção efectiva da Sociedade A no Estado B - a qual será equacionada no ponto 2.2.2.2. C. infra) e debruçemo-nos, então, sobre a segunda questão.

In casu, à luz do direito doméstico do Estado A a sociedade A é sua residente (e.g. consideram-se residentes as sociedades que tenham sede ou direcção efectiva no respectivo território]. No que respeita às relações com entidades localizadas no Estado B, e para efeitos da Convenção celebrada entre os Estados A e B, a sociedade A considera-se residente no Estado B.

A questão, portanto, que se coloca é a de saber se a sociedade A é considerada residente do Estado A para efeitos das Convenções bilaterais celebradas entre os Estados A e C e A e D e, caso afirmativo, se pode beneficiar da aplicação dessas Convenções quando as sociedades C e D lhe pagarem, respectivamente, os dividendos e o preço das acções, fazendo-a reconhecer uma mais-valia mobiliária apreciável).

Uma situação similar a esta foi colocada ao Ministério das Finanças Holandês no final da década de 80.

Uma sociedade de responsabilidade limitada constituída na Holanda (B.V.), mas com a direcção efectiva no Reino Unido (R.U.), desenvolvia a sua actividade noutro Estado (e.g. Estado da Fonte - "Estado F"), do qual auferia certos rendimentos. Nestes termos, a sociedade B.V. procurou aplicar a Convenção celebrada entre o Estado Holandês e o Estado F, de modo a beneficiar das restrições convencionais impostas ao Estado F e, bem assim, para beneficiar do regime de eliminação da dupla tributação concedido pela Holanda, nos termos da Convenção celebrada com o Estado F. No entanto, o Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais holandês (SEAF) recusou a atribuição do certificado de residência à sociedade B.V., impedindo-a de beneficiar da aplicação da Convenção celebrada entre o Estado holandês e o Estado F.⁽²⁹⁾

Os pressupostos do Ministério das Finanças Holandês assentaram no seguinte:

- (i) A sociedade BV tem a sua administração efectiva no R.U. De acordo com os números 1 e 3 do artigo 4º da Convenção celebrada entre a Holanda e o R.U., a "sociedade BV" tem a sua residência no R.U. e não na Holanda, uma vez que a Convenção exclui a dupla residência;

⁽²⁹⁾ Rijkele Betten, "Netherlands: Denial of certificate of residence to dual resident company", *European Taxation*, Novembro 1989, págs. 371-373 e Kees van Raad, "Netherlands: Dual residence and 1977 OECD Model Treaty Article 4º (1), Second Sentence", *European Taxation*, Janeiro 1990, págs. 27 a 29.

- (ii) A sociedade B.V. só está sujeita a imposto na Holanda em função dos rendimentos de fonte holandesa (i.e. verifica-se a situação referida no segundo período do artigo 4º (1) da Convenção Modelo;⁽³⁰⁾
- (iii) A aplicação da Convenção celebrada entre a Holanda e o Estado F não é legítima, tal como o atesta o parágrafo 14 a) do Relatório da OCDE sobre as Convenções de dupla tributação e o uso das sociedades écrans.⁽³¹⁾

No entanto, as reacções não se fizeram esperar. A doutrina holandesa e internacional atacaram esta decisão contundentemente e a jurisprudência holandesa defendeu posição totalmente divergente à tese sustentada pelo SEAF numa situação semelhante.⁽³²⁾

Inter alia, esta literatura invocou os seguintes argumentos:

- (i) Em primeiro lugar, a Convenção Holanda-R.U. limita-se a determinar a residência para efeitos dessa mesma Convenção, não restringindo o direito interno Holandês que, para outros efeitos, continua a consi-

⁽³⁰⁾ No caso a disposição na convenção celebrada entre a Holanda e o RU (igual à versão da Convenção Modelo OCDE 1977), era equivalente à utilizada ente a Holanda e o Estado F.

⁽³¹⁾ O parágrafo invocado [14 a], extraído do Relatório epígrafado, *Double Taxation Conventions and the use of Conduit Companies* (adoptado pelo Conselho da OCDE em 27.11.86), foi, mais tarde (1992) incluído no parágrafo 8º do comentário ao artigo 4º da Convenção Modelo. No entanto, Romyn, seguido por Kees van Raad, insurgiram-se contra este fundamento sublinhando que aquele parágrafo se destinava a excluir as sociedades-écrans (“conduit companies”), as quais estavam isentas de imposto em relação aos rendimentos de fonte estrangeira no Estado de residência, e não as sociedades com dupla residência. Cfr Kees van Raad, *ob. cit.* 1990, pág. 28, rodapé 7. O relatório da OCDE encontra-se hoje no II Volume, do *Model Tax Convention on Income and on Capital*, R (6), ed. OCDE, Abril 2000.

⁽³²⁾ Apesar de tudo não se deve ignorar que a posição do Ministério Holandês foi, de algum modo, seguida pelo *Inland Revenue*. Preocupado com os abusos provados com a utilização de sociedades com dupla residência, a Finance Bill de Janeiro de 1994 estabeleceu que “se uma sociedade residente no Reino Unido de acordo com a legislação doméstica, não o for para efeitos de uma Convenção celebrada ente aquele (R.U.) e um Estado estrangeiro, em virtude da regra do desempate [art. 4º (3)], então deixará automaticamente de ser residente no próprio Reino Unido para efeitos domésticos”. Esta disposição inusual, no dizer de Philip Baker, tem por efeito levar a que uma norma de uma Convenção que considere uma pessoa residente noutro Estado, revogue ou torne ineficaz uma disposição sobre residência doméstica. Esta situação não era aceitável até aí. Comentando o caso holandês descrito no texto, Philip Baker mostra concordar com Kees van Raad, considerando correcto o fundamento de que «... o efeito do Tratado do Estado X não é exactamente limitar a tributação holandesa a rendimentos de fonte doméstica». Cfr. - Philip Baker, *ob. cit.*, págs. 132 e 133. Vide também Klaus Vogel, *On double taxation conventions*, pág. 150, para. 13, ed. Kluwer, B.M. Jeffcote “United Kingdom: The fiscal residence of companies”, *Cahiers de DFI*, vol. LXXIIa, págs. 503-522 (assim, 508); e, Penzil Davier; Booth: *Residence, Domicile and UK Taxation*, pág. 130, ed. Butterworths Tolley, London, 2000.

- derar as sociedades aí constituídas (e.g. com sede estatutária na Holanda) como residentes;⁽³³⁾
- (ii) A invocação do segundo parágrafo do artigo 4º (1) não se justificava. Não era adequado concluir que a sociedade BV não pudesse ser tributada na Holanda por rendimentos de fonte inglesa (e.g. o Tratado estabelecia uma exceção para efeitos de rendimentos de Trusts);⁽³⁴⁾
- (iii) A expressão “rendimento de fontes localizadas nesse Estado”, mencionada no segundo período do nº 1 do artigo 4º, tinha de ser interpretada de acordo com o direito doméstico holandês, de acordo com o artigo 3º (2) da Convenção, salvo se do contexto da Convenção resultasse o contrário. Vários exemplos demonstravam que em muitas situações, sociedades holandesas com “dupla residência” obtinham rendimentos de fonte estrangeira (e.g. provenientes de Estados terceiros - F, no caso concreto) mantendo o direito de tributar os rendimentos de fonte estrangeira;⁽³⁵⁾
- (iv) A legislação doméstica é determinante para definir o conceito de residente, tanto nos termos do artigo 4º (1) primeiro período (o que faz expressamente), como para efeito do seu segundo período (o que faz implicitamente), o qual se tem de interpretar e aplicar em conjugação com o período anterior, como decorre expressamente dos comentários à MCOCDE.⁽³⁶⁾

Por ser turno, a jurisprudência holandesa também sufragou a tese de que uma Convenção celebrada entre a Holanda e um qualquer Estado (e.g. Estado A) não se pode considerar como parte da legislação interna holandesa.⁽³⁷⁾

⁽³³⁾ Rijkele Betten, *ob. cit.*, pág. 373 e Christo J.A.M. van Gennepe “Dual-resident companies: The second Sentence of article 4 (1) of the OECD Model Convention of 1977”, *European Taxation*, Maio 1991, págs. 141-146 (assim, págs. 141, 142 e 143).

⁽³⁴⁾ *Ibidem*.

⁽³⁵⁾ Kees van Raad, *ob. cit.* 1990, págs. 28 e 29. Tenha-se presente o caso da sociedade B.V. que não obstante ser residente de acordo com o direito holandês, para efeitos da Convenção com o R.U., é um mero estabelecimento estável holandês. No caso de obter rendimentos imobiliários provenientes do Estado F e imputáveis à sociedade BV, o Tratado celebrado entre a Holanda e o R.U. não impede a Holanda de continuar a tributar aquele rendimento. O mesmo se aplicaria a outro tipo de rendimentos imputáveis à sociedade BV.

⁽³⁶⁾ Christo J. A.M. van Gennepe, *ob. cit.*, pág. 143. Este Autor utiliza também o elemento comparativo dos diferentes comentários das várias versões do MCOCDE para demonstrar que o termo residente empregue no segundo período do nº 1 do artigo 4º também tinha que ser definido de acordo com a legislação doméstica.

⁽³⁷⁾ B.P. Dik, “Dual residence Fiscal Unity: Supreme Court allows consolidated return in case of subsidiary with dual residence”, *European Taxation*, Dezembro 1988, págs. 400 e 401; Rijkele

Primeiro, o Supremo Tribunal Holandês admitiu a aplicação do regime da consolidação fiscal a várias sociedades holandesas, das quais uma tinha a administração efectiva no R.U. (contra a posição assumida pela administração fiscal que invocava a inaplicabilidade do regime a sociedades não residentes), atendendo à legislação doméstica holandesa que previa a atribuição da residência em função da direcção efectiva ou da constituição da sociedade. Uma vez que a sociedade em causa, apesar de ter a direcção efectiva no R.U., se tinha constituído na Holanda, o Tribunal considerou que a sociedade era residente para efeitos da legislação doméstica holandesa e podia beneficiar do regime especial de consolidação fiscal. Considerando-se, em suma, que a “Convenção Holanda-R.U.” não se opunha à aplicação do artigo 2º (4) da Lei Holandesa sobre o imposto das sociedades.

Antes disso, Kees van Raad, já havia defendido que apesar de se poder reconhecer que a administração efectiva de uma sociedade holandesa estava num outro Estado (e.g. Bélgica), isso não tinha qualquer impacto no estatuto da residência da sociedade holandesa para efeitos internos ou para efeitos de outras Convenções celebradas pelo Estado holandês.⁽³⁸⁾

Em virtude das disposições dos tratados celebrados pelo Estado Holandês e os artigos da sua legislação interna sobre residência serem idênticos aos nossos e a muitos outros, parece-nos que – em regra – é possível responder às questões atrás levantadas, afirmando que a sociedade A se pode considerar residente no Estado A (porque aí foi constituída e/ou tem a sua sede estatutária) para efeitos das Convenções que este Estado (A) celebrou com os Estados C e D (nos quais se encontram entidades que pretendem fazer pagamentos à sociedade A) e que, portanto, se podem aplicar aquelas Convenções, vindo o Estado A a poder tributar parte daqueles rendimentos.⁽³⁹⁾

Betten, *ob. cit.*, pág. 373, rodapé 10, Christo J.A.M. van Jennepe, *ob. cit.*, pág. 142, rodapé 8, e Frank van Bruschoot e Stef van Weeghel “Netherlands - Fiscal Unity: Profit (loss) of a permanent establishment”, *European Taxation*, Março 1989, págs. 95-99 (assim, pág. 98).

⁽³⁸⁾ Kees van Raad, “Dual Residence”, *European Taxation*, Agosto de 1988, págs. 241-246 (assim, pág. 242). O artigo escrito em 1990, já citado neste trabalho, dá conta que Kees van Raad mudou ligeiramente de posição (quanto ao fundamento, mas não quanto à solução da questão).

⁽³⁹⁾ Mesmo prevalecendo o reconhecimento de que a sociedade A tem a direcção efectiva no Estado B, os rendimentos pagos pelas entidades residentes nos Estados C e D, podem estar efectivamente afectos ao “estabelecimento estável” que a sociedade A tem no Estado A para efeitos da Convenção celebrada entre os Estados A e B.

2.2.2. O artigo 4º (3) do MCOCDE

2.2.2.1. Introdução

Regra geral, uma sociedade tem a sua sede social e a sua direcção efectiva localizada no mesmo Estado onde se constituiu. Não obstante poder ter mais do que um estabelecimento, nesse mesmo Estado ou no estrangeiro, por norma, a administração elegida pelos accionistas encontra-se periodicamente na sede social para, discutir e deliberar sobre os assuntos mais relevantes da vida da empresa. E, por isso mesmo, a sociedade só é residente num Estado [artigo 4º (1) da Convenção], não se aplicando o disposto no artigo 4º (3) da Convenção.⁽⁴⁰⁾

Mas, como vimos já, isso pode não ser assim; ou porque a legislação interna de cada um dos Estados em presença elege um critério diferente para determinar a residência e se verifica que afinal a sociedade foi constituída num Estado, mas tem a sua sede ou administração efectiva noutra Estado; ou, porque a sede e a direcção efectiva não se encontram no mesmo Estado, ou ainda porque ambos os Estados consideram que a administração efectiva está localizada no seu próprio Estado.⁽⁴¹⁾

Uma vez que feita esta classificação, com base na legislação doméstica, cada um dos Estados “ganha” a possibilidade de tributar aquela sociedade com base nos seus rendimentos mundiais, dando origem a uma dupla tributação, houve que impedir esse desenlace.

De uma forma geral, compete ao artigo 4º (3) de cada Convenção bilateral [à semelhança do artigo 4º (3) do MCOCDE] resolver o conflito que surge pelo facto de ambas as legislações internas considerarem a “pessoa” como residente. Esta regra desfaz o desempate (merecendo o expressivo qualificativo de “*tie-breaker rule*” na terminologia inglesa) de forma a eleger uma única residência, a residência prevalente que – em regra – consiste na escolha do critério da “direcção efectiva”.⁽⁴²⁾

⁽⁴⁰⁾ Klaus Vogel, *ob. cit.*, 3ª ed. 1997, pág. 261 (para. 99).

⁽⁴¹⁾ Em rigor, pode haver muitas outras situações que originam uma dupla residência. Veja-se o parágrafo 21 do comentário ao artigo 4º da Convenção Modelo.

⁽⁴²⁾ O MCOCDE elegeu este critério em virtude de considerar que não seria adequado conferir essa importância a um critério puramente formal como o “registo”. Veja-se que no Modelo da Convenção Americana de 1996 (já constava no Modelo de 1981) foi o critério da constituição da sociedade que foi adoptado. Outros países como o Canadá e o México também já informaram publicamente (através da inclusão de uma reserva à Convenção Modelo) que se reservavam o direito de utilizar o local de registo ou de constituição da sociedade, relativamente ao nº 3. cfr.-

Esta regra, cuja origem data já do Projecto do MCOCDE destinado a evitar a dupla tributação sobre o rendimento e o capital de 1963 conseguiu manter-se até hoje na actual versão do artigo 4º(3) da Convenção Modelo e na esmagadora maioria das convenções bilaterais existentes. Em 1995 apenas se veio a precisar que, em qualquer caso, essa direcção efectiva só poderá encontrar-se num único Estado, o que se fez através da inclusão do termo “apenas” na formulação seguinte:

- «Quando em virtude do disposto no número 1, uma pessoa que não seja uma pessoa singular⁽⁴³⁾ for residente de ambos os Estados contratantes será considerada residente apenas do Estado em que estiver situada a sua direcção efectiva».

Também aqui, a expressão “residente apenas do Estado em que estiver situada a sua direcção efectiva” só tem consequências para efeito da Convenção bilateral em causa. Isto permite concluir que não só as regras domésticas sobre a tributação dos residentes do “Estado vencido” se continuavam a aplicar internamente, como ainda podiam determinar que para efeitos de outra Convenção, o Estado que ali ficou vencido, fosse considerado como o Estado da residência.⁽⁴⁴⁾ Isto ocorrerá, por exemplo, se o terceiro Estado não se reputar o Estado da residência ao abrigo das suas normas internas.

Em parte, isto explicou a razão pela qual, no passado recente, as sociedades com dupla residência não foram votadas ao ostracismo pelos agentes económicos temerosos de uma dupla tributação. Por outro lado, a “história” conta com vários exemplos de regimes fiscais domésticos que propiciaram o aparecimento das sociedades com dupla tributação.⁽⁴⁵⁾ O paradigma destas situações terá sido,

parágrafos 22, 27 e 31 dos Comentários ao artigo 4º do MCOCDE, artigo 4º (3) do Modelo da Convenção dos EUA de 1996 - Anexos.

⁽⁴³⁾ A expressão “uma pessoa, que não seja pessoa singular” exige que se analisem os termos “pessoa” [artigo 3º (1) do MCOCDE] e “pessoa singular” [artigos 3º (1) a) e 4º (2) do MCOCDE] e, em regra, tanto abrange sociedades como quaisquer outros agrupamentos de pessoas, independentemente do facto de possuírem ou não personalidade jurídica. Vide o parágrafo 21 do Comentário ao artigo 4º do MCOCDE. Os Comentários aditados em 2000, ao artigo 4º (1) (parágrafos 8.2, 8.3 e 8.4) do MCOCDE permitem também detectar e cotejar os problemas que se podem dar (ou não), face à eventual dupla residência dos *partnerships*. No caso do *partnership* ser reconhecido num Estado como uma entidade independente sujeito a imposto e noutro Estado como entidade transparente (dando origem à mera tributação dos sócios), o problema tem de ser tratado à luz do artigo 4º (1) e, eventualmente, decidido no âmbito da negociação do Tratado. Veja-se também Vogel, *ob. cit.*, 3ª ed. 1997, págs. 261 e 262, paras. 100 e 101.

⁽⁴⁴⁾ Vogel, *ob. cit.*, 3ª ed. 1997, págs. 260 e 261, paras. 98a e 98b.

⁽⁴⁵⁾ A este propósito sublinha Jean-Marc Rivier, no Relatório Geral do Congresso da IFA de 1987 sobre a residência das sociedades: «... seria errado assumir que a dupla residência só tem des-

talvez, o caso das sociedades constituídas sob a lei de um dos estados da América do Norte (USA) que tinham a sua administração e controlo no R.U., conseguindo com isso deduzir duplamente os custos de financiamento, ou seja, tanto no R.U. como nos EUA.⁽⁴⁶⁾

Mas, como sublinha Klaus Vogel, “as Convenções não têm por propósito prevenir estes esquemas (planeamento fiscal) nem torná-los possíveis. Mais propriamente, esses esquemas baseiam-se nas particularidades das legislações domésticas dos dois Estados contratantes”.⁽⁴⁷⁾

2.2.2.2. O critério da “direcção efectiva”

A. Os Comentários à Convenção Modelo

a) Os Comentários até ao MCOCDE 2000

O critério da “administração efectiva” é aquele que teve melhor acolhimento ao nível das recomendações apresentadas aos Estados pelas principais organizações internacionais que propuseram Modelos de Convenção para eliminar a dupla tributação (ao nível da sua aceitação pela ONU e OCDE). Tanto a nível interno (como critério alternativo para determinar a residência) como no âmbito Convencional, este critério foi o que obteve maior consenso, tendo sido adoptado pela esmagadora maioria dos convenções bilaterais para evitar a dupla tributação como regra última e decisiva para determinar “a residência” de uma sociedade em caso de conflito.⁽⁴⁸⁾

A eleição e formulação do critério de preferência (“direcção efectiva”) foi analisado, no dizer dos próprios comentários à Convenção Modelo, em particular conexão com a tributação dos rendimentos provenientes da navegação marítima, interior e aérea, não obstante existirem várias disposições das Convenções que se lhe referem directamente.⁽⁴⁹⁾

vantagens. Ao contrário, tal como foi apontado em vários Relatórios nacionais, a dupla residência fiscal pode oferecer vantagens que são mesmo vistas como excessivas em certos países», *ob. cit.*, pág. 63.

⁽⁴⁶⁾ *Ibidem*, para. 98b. No final de 1984, o *Inland Revenue*, foi mesmo obrigado a publicar um documento que antecipava a necessidade de evitar “abusos” com o uso de sociedades com dupla residência. Um bom exemplo dessa prática pode ver-se em D.J. Murby, “United Kingdom: Dual resident companies - Uses and abuses”, *Bulletin of the IBFD*, Agosto/Setembro 1995, págs. 373-378.

⁽⁴⁷⁾ Vogel, *ob. cit.*, 3ª ed. 1997, págs. 261, paras. 98b.

⁽⁴⁸⁾ Jean-Marc Rivier confirma, aliás, este entendimento, *ob. cit.*, pág. 69.

⁽⁴⁹⁾ Cfr. parágrafo 23 do comentário ao artigo 4º da Convenção modelo.

Apesar disso, nem assim é fácil – em muitas situações – determinar o local da administração efectiva e, desde logo, porque a determinação deste lugar também é uma “questão de facto” que envolve a apreciação de sucessivos eventos e circunstâncias que, tantas vezes, nos dias de hoje ocorrem de forma súbita, estonteante, e se deparam perante o intérprete e aplicador do direito como consecutivos sinais contrários. E, ainda assim, nestas ocasiões, compete a este último “reconstruir a ordem do caos”, esgotando-se numa tarefa hermenêutica para encontrar a solução correcta, o local da “d direcção efectiva”.⁽⁵⁰⁾

Até à revisão do MCOCDE de 2000 os comentários da Convenção Modelo eram bem parcos sobre o conteúdo deste critério, só esclarecendo que correspondia ao local onde a sociedade era “efectivamente dirigida”.⁽⁵¹⁾ Apesar de tudo, da conjugação dos n.ºs 1 e 3 do MCOCDE, resulta claro que enquanto o termo “local de direcção” mencionado no n.º 1 se refere ao eventual critério a adoptar pela lei doméstica de um determinado Estado e, como tal deve ser interpretado à luz dessa mesma lei, o termo “d direcção efectiva” a que alude o n.º 3 não remete para a lei interna de qualquer Estado e, por isso, Klaus Vogel refere que tem de ser interpretado autonomamente.⁽⁵²⁾ Isso não significa, no entanto, que não possa também recorrer-se à lei do Estado que aplica à Convenção, para proceder a essa interpretação, nos termos referidos no artigo 3º (2) do MCOCDE. Tal situação só não deverá acontecer se a “letra” ou o contexto exigirem interpretação diferente.⁽⁵³⁾

b) Os Comentários ao MCOCDE 2000

Hoje, porém, o parágrafo 24 dos comentários ao artigo 4º, esclarece expressamente 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 de uma entidade são efectivamente tomadas.

⁽⁵⁰⁾ Cfr. parágrafo 24 *in fine* do Comentário ao artigo 4º do MCOCDE 2000.

⁽⁵¹⁾ Cfr. parágrafo 22 dos Comentários ao artigo 4º do MCOCDE.

⁽⁵²⁾ Vogel, *ob. cit.*, 3ª ed. 1997, pág. 262, para. 104. O artigo 4º (1) prevê assim uma excepção à regra geral prevista no artigo 3º (2), na medida em que a qualificação é feita à luz de uma legislação que não é necessariamente a do Estado que aplica a Convenção. Cfr. Guy Gest e Gilbert Tixier, *Droit fiscal international*, pág. 104 (para. 76) 2ª ed. PUF, Paris 1990.

⁽⁵³⁾ Cfr. Giuseppe Marino, *La residenza nel diritto tributario*, págs. 209 e 210, ed. Cedem, Milão 1999. Esta regra é a transposição da *lex fori* do direito internacional privado e acaba por permitir o reenvio à legislação do Estado que aplica e, portanto, interpreta a Convenção.

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 são determinadas as directrizes para ser adoptadas pela entidade em causa; 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».⁽⁵⁴⁾

Desde logo, no plano jurídico, vislumbramos uma clara opção por um critério que, numa primeira linha, interage com a própria gestão da sociedade e que só, subsidiariamente, faz apelo a critérios formais relacionados com a residência dos administradores e, acima de tudo, com a dos próprios accionistas.⁽⁵⁵⁾ Parece-nos também poder entrever, ainda que as balizas traçadas sejam ténues, uma opção do critério da “administração principal e prevalente («... the place where key management and commercial decisions [...] are in substance made» sob o critério da administração do expediente diário («the place where day-to-day management is exercised»), na medida em que se elegem, como determinantes, as decisões mais importantes, o local onde as directivas são decididas e o local onde se encontra a pessoa ou grupo de pessoas mais importantes (e.g. o conselho de administração).⁽⁵⁶⁾

⁽⁵⁴⁾ Aditamento incluído em 2000.

⁽⁵⁵⁾ O documento apresentado pelo TAG em Fevereiro de 2001 (vide nota de rodapé 6 supra e ponto 4.1 infra) confirma que o novo parágrafo dos comentários (24) ao artigo 4º do MCOODE foi aditado para encontrar o local onde estão as pessoas que realmente tomam as decisões societárias, independentemente de serem ou não administradores. No entanto, como estas situações só ocorrerão em casos verdadeiramente excepcionais, razões de segurança e certeza exigem que a administração fiscal de um Estado que alegue esse facto produza a prova de forma concludente, demonstrando como, quando e onde são tomadas as mais importantes medidas que a sociedade executa; e, em princípio, salvo se o contrário resultar dos documentos sociais ou de prova evidente em sentido oposto, estas “decisões” de terceiros não podem considerar-se “superiores” às decisões tomadas pelos órgãos societários nos seus momentos e lugares próprios. Elas só deverão tomar-se em consideração quando estas últimas não sejam senão uma mera reprodução formal daquelas. Cfr. TAG discussion paper, *ob. cit.*, para.32.

⁽⁵⁶⁾ Como salienta Jean-Marc Rivier, não basta eleger o critério da direcção efectiva. É preciso acordar nos pressupostos do conceito de direcção efectiva, sob pena do teste realizado por Estados distintos apontar diferentes soluções em função da “ideia” que cada um faz do próprio conceito de direcção efectiva (como administração corrente ou como tomada das decisões mais importantes). Sendo certo que cada Estado tem tendência para interpretar o conceito de acordo com a sua legislação interna, esta situação pode dar origem a duplas residências (conflito residência - residência) e duplas tributações, *ob. cit.*, pág 69. Cfr. Guy Gest e Gilbert Tixier, *ob. cit.*, pág. 192, para. 161.

Por outro lado, constata-se também uma rejeição do “critério económico” que procurasse identificar o local da direcção efectiva com o sítio onde se desenvolve a actividade principal e substancial da sociedade em causa. Aliás, a não concordância com esta posição, levou a Itália a apresentar as suas observações, neste ponto, ao novo parágrafo 24.⁽⁵⁷⁾

Finalmente, os novos comentários afinam o diapasão pela adopção do critério da “substância sobre a forma”, onde a verdade material exige a análise concreta de todos os factos e circunstâncias relevantes para que os inspectores tributários não “vejam” apenas fachadas, nem se ponham a “imaginar” sobre a existência de direcções efectivas utópicas, cuja existência só se justificaria para permitir encher os cofres do respectivo Estado.

B. O valor jurídico dos Comentários ao MCOCDE

O valor jurídico dos Comentários ao MCOCDE não tem sido sempre reconhecido em todos os Estados, pelas administrações fiscais, sujeitos passivos ou Tribunais. A utilização dos comentários como elemento interpretativo de um conceito utilizado numa Convenção bilateral levanta problemas porque o próprio MCOCDE mais não é do que uma recomendação da OCDE.

Apesar de tudo, a generalidade dos Estados tem baseado muitas das suas Convenções bilaterais no MCOCDE, ainda que utilizem também outros modelos como inspiração. Portugal tem seguido de perto o Modelo de Convenção das Nações Unidas em relação a várias questões concretas. Em certos assuntos (e.g. como neste, respeitante à residência) os Modelos citados não apresentam divergências de maior.

Assim, antes de mais, importa saber se os Comentários do MCOCDE podem ser utilizados na tarefa hermenêutica, seja como uma regra geral ou como um meio complementar de interpretação (cfr. artigos 31º e 32º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados).⁽⁵⁸⁾ ⁽⁵⁹⁾

⁽⁵⁷⁾ Cfr. As observações italianas no parágrafo 25 do Comentário ao artigo 4º do MCOCDE e Carlo Romano, “The evolving concept of «place of effective management» as a tie-breaker rule under the OECD Model Convention and Italian Law”, *European Taxation*, Setembro 2001, págs. 339-343 (assim, pág. 340, 341 e 342).

⁽⁵⁸⁾ Apesar de Portugal não ser parte desta Convenção é nosso entendimento que a mesma é parte do direito internacional geral, integrando-se, portanto no direito português ao abrigo do artigo 8º (1) da CRP. Vide, no mesmo sentido, Glória Teixeira e David Williams, “The Portuguese tax systems and double tax agreement network”, *Intertax* Abril de 1994, págs. 167-181 (assim, pág. 168) e Philip Baker, “Recent developments in the interpretation and application of double taxation conventions”, *Fiscalidade* nº 4, págs. 15-27 (assim, pág. 19).

Não obstante as diferentes opiniões tecidas em torno desta questão, existe um largo consenso, que se generaliza cada vez mais, no sentido de, ao menos, lhe assegurar um papel como um meio complementar de interpretação.⁽⁶⁰⁾ E, actualmente, neste contexto os comentários têm servido como elementos auxiliares de interpretação.

Todavia, a utilização dos comentários ao MCOCDE como elemento interpretativo das disposições das Convenções bilaterais celebradas pelos Estados traz dificuldades acrescidas em virtude destes comentários sofrerem actualizações periódicas que sucedem à data em que foram celebradas as Convenções bilaterais. É que, sendo assim, pressupõe-se que não foram considerados como

⁽⁵⁹⁾ Os artigos 31º e 32º da Convenção de Viena sobre os Tratados estabelecem que:

- «Artigo 31º

Regra geral de interpretação

1. Um tratado deve ser interpretado de boa fé, segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado no seu contexto e à luz dos respectivos objecto e fim.
2. Para os fins de interpretação de um tratado, o contexto compreende, além do texto, o preâmbulo e anexos inclusos:
 - a) qualquer acordo que tenha relação com o tratado e que se celebrou entre todas as partes na altura da conclusão do tratado;
 - b) qualquer instrumento estabelecido por uma ou várias partes na ocasião da conclusão do tratado e aceite pelas outras partes como instrumento relacionado com o tratado.
3. Ter-se-á em consideração, simultaneamente com o contexto:
 - a) todo o acordo ulterior estabelecido entre as partes sobre a interpretação do tratado ou a aplicação das suas disposições;
 - b) toda a prática seguida ulteriormente na aplicação do tratado pela qual se estabeleça o acordo das partes em relação à interpretação do tratado;
 - c) toda a regra pertinente de Direito Internacional aplicável às relações entre as partes.
4. Um termo será entendido num sentido particular se estiver estabelecido que tal era a intenção das partes».

- «Artigo 32º

Meios complementares de interpretação

Pode recorrer-se a meios complementares de interpretação e, designadamente aos trabalhos preparatórios e às circunstâncias em que foi concluído o tratado, com vista, ou a confirmar o sentido resultante da aplicação do artigo 31º, ou a determinar o sentido, quando a interpretação obtida segundo o artigo 31º:

- a) deixa o sentido ambíguo ou obscuro; ou
- b) conduz a um resultado que é manifestamente absurdo ou desrazoável».

Cfr. Pedro Romano Martinez e J.A. Azeredo Lopes, *Textos de Direito Internacional Público*, 6ª ed. Pág. 432, Almedina, Coimbra 2000

⁽⁶⁰⁾ Cfr. Philip Baker, *Recent developments...*, cit., pág. 21, Maria Margarida Cordeiro Mesquita, *ob. cit.*, págs. 20 a 23 e Inês Batalha Mendes, “A importância dos comentários ao Modelo de Convenção Fiscal da OCDE na interpretação de acordos de dupla tributação”, *Revista Jurídica* nº 23, Novembro 1999, Nova série, págs. 461-479.

tal pelas Partes. O parágrafo 24 do comentário ao artigo 4º do MCOCDE, incluído na actualização de 2000 é, aliás, um bom paradigma dessa situação. Em que medida é que o conceito de direcção efectiva previsto no nº 3 do artigo 4º de uma Convenção bilateral pode ser interpretado à luz do disposto no parágrafo 24 do Comentário ao MCOCDE 2000?

A questão que se levanta, então, é a de saber a que Comentários se deve reportar o intérprete; aos comentários existentes à data em que foi celebrada a Convenção bilateral (repare-se que, muitas vezes, não coincidem sequer com a data das negociações da Convenção que se arrastaram durante anos), aos comentários existentes à data de uma eventual fiscalização tributária praticada num dos Estados contratantes ou aos comentários vigentes no momento em que um Tribunal procede à efectiva interpretação e aplicação da mesma Convenção?

Entre nós tem sido entendido que «as autoridades fiscais, ao incorporarem nas suas convenções o texto de uma disposição do Modelo, aceitam-na, implicitamente, nos termos em que ela é interpretada pelos Comentários então existentes».⁽⁶¹⁾ No entanto, o CAF da OCDE defende uma posição mais abrangente, considerando que as alterações aos Comentários são relevantes para interpretar e aplicar as Convenções celebradas anteriormente a essas alterações. Não obstante, não concorda com uma interpretação *a contrario*, segundo a qual qualquer alteração ao Modelo ou aos seus Comentários implicaria, necessariamente, que a redacção anterior conduzisse a consequências diferentes das da disposição alterada.⁽⁶²⁾ A razão de assim ser decorre do facto de grande parte das alterações e actualizações dos Comentários visar, exclusivamente, clarificar e precisar termos e situações não definidas. Como é óbvio, o intérprete e aplicador

⁽⁶¹⁾ Maria Margarida Cordeiro Mesquita, *ob. cit.*, pág. 23. Esta posição foi, por exemplo, perfilhada pelo Supremo Tribunal Administrativo Austríaco em 31.07.96, o qual considerou que a interpretação dos termos convencionais deveria ser feita à luz dos comentários ao MCOCDE existentes à data da celebração da Convenção entre a Áustria e a Suíça, uma vez que o MCOCDE foi tido em consideração na negociação e celebração dessa Convenção. Dietmar Aigner e Tobias Vetter, "Austria: Autonomous interpretation of tax treaties? Administrative court provides guidance" *European Taxation*, Março de 1998, págs. 95 e 96. Esta decisão foi particularmente importante porque o Tribunal concluiu que se deveria proceder a uma interpretação autónoma sobre o termo convencional em presença (e.g. remuneração do administrador *vis-à-vis* os artigos 14º, 16º ou 21º da Convenção celebrada entre a Áustria e a Suíça), banindo a tendência da administração fiscal austríaca para interpretar conceitos convencionais indefinidos com base na legislação fiscal doméstica.

⁽⁶²⁾ Cfr. para. 36 dos Comentários à Introdução do MCOCDE 2000; como aí se sublinha, «many amendments are intended to simply clarify, not change, the meaning of the Articles or the Commentaries, and such *A CONTRARIO* interpretations would cleraly be wrong in those cases».

do direito não se podem servir de Comentários que pressuponham uma alteração jurídica do problema. Com esta ressalva somos, portanto, da opinião de que os vários textos dos Comentários e os diferentes elementos de interpretação (e.g. incluindo o elemento histórico e o elemento actualista) devem estar presentes no momento de interpretação e aplicação de uma Convenção, cabendo ao intérprete e aplicador do direito ponderar e utilizar aquilo que se lhe afigurar mais apropriado para manter “viva e actual” a expressão interpretanda, sem alterar a substância de Convenção celebrada entre as Partes contratantes.⁽⁶³⁾ Claramente, isso não será assim se as próprias Partes contratantes excluïrem expressamente esta possibilidade, como aconteceu recentemente na Convenção celebrada entre Portugal e os EUA, em que as Partes se obrigaram a interpretar

⁽⁶³⁾ Philip Baker, “Recent developments...”, cit., págs. 21 e 22. Na Alemanha, por exemplo, há mais de sessenta anos que os Tribunais se referem aos Modelos das Convenções (e.g. a primeira decisão teve em consideração a Convenção Modelo e o Comentário da Liga das Nações de 1928), apesar do valor jurídico que lhes atribuem variar; em regra, a jurisprudência e a doutrina alemã não têm considerado os Comentários ao MCOCDE como uma fonte genuína de direito internacional público e, portanto, têm recusado atribuir-lhes efeito vinculativo na interpretação das disposições contidas nas Convenções bilaterais. Por um lado, os Comentários não fazem parte do “contexto” no sentido compreendido no artigo 31º (3) da Convenção de Viena sobre os Tratados (CVT). Por outro lado, não foram elaborados por “ocasião da conclusão do Tratado” como exige o artigo 31º (2) b) da CVT, nem são vistos como textos que fazem parte dos trabalhos preparatórios, de acordo com o artigo 32º da CVT. No entanto, parte da doutrina tem-lhes atribuído valor com base no artigo 31º (3) c) da CVT (entendendo-os como regra pertinente de direito internacional aplicável às relações entre as partes) ou até ao abrigo do nº1 da mesma disposição, considerando que o “sentido comum” dos termos da Convenção bilateral está determinado no MCOCDE e explicitado nos Comentários. Assim, ao fim e ao cabo, o MCOCDE e os Comentários têm acabado por ter relevância na interpretação dos Tratados e têm até servido para - na medida do possível - conseguir obter uma interpretação jurisprudencial comum dos tribunais de vários Estados. Cfr. Klaus Vogel, *ob. cit.*, 1990, págs. 33-36 (paras. 78-82), Klaus Vogel e Rainer G. Prokisch, “General Report: Interpretation of double taxation conventions”, págs. 55-85 (assim, 64-66), Cahiers de DFI, Vol. LXXVIIa, ed. Kluwer, 1993, Ekkehart Reimer, “Germany: Interpretation of tax treaties”, *European Taxation*, Dezembro 1999, págs. 458-474 (assim, págs. 467-469). Para o caso Espanhol, vejam-se José M. Calderón e M. Dolores Piña, “Spain: Interpretation of tax treaties”, *European Taxation*, Outubro 1999, págs. 376-386 (assim, págs. 383-386). Em Portugal, para além das referências anteriores vejam-se, Manuel Pires, “Portugal: Interpretation of double taxation conventions”, Cahiers de DFI, Vol. LXXVIIIa, ed. Kluwer, 1993, págs. 521-536 (em particular, págs. 529 e 530) e Ricardo Henriques da Palma Borges e Raquel Maria Maymone Resende “Tax treaty interpretation in Portugal”, *Fiscalidade* nº 6, págs. 85 - 114 (sobre este problema, págs. 98-103). Refira-se também que a própria circular 18/99 da DGCI esclarece, na sua introdução, que os Estados devem ter presente o MCOCDE e os respectivos Comentários quando aplicam uma Convenção. No entanto, tanto o MCOCDE como os próprios Comentários terão menor relevância para efeito de interpretar um termo ou disposição incluída numa Convenção celebrada com um Estado não membro da OCDE.

certas expressões de forma estática, de acordo com o disposto em parágrafos específicos dos Comentários relativos aos artigos 8º e 14º do MCOCDE de 1992. ⁽⁶⁴⁾

Neste sentido é sempre possível analisar uma série de factos e circunstâncias que ajudam a determinar o local da direcção efectiva, podendo distinguir-se em função da sua importância e da sua própria natureza. Vejamos:

C. Os critérios que permitem determinar a direcção efectiva

A este propósito, reconhecendo que esta questão é fundamentalmente uma “questão de facto” procurámos em conformidade com as diferentes posições na doutrina e sedimentada também na jurisprudência comparada, identificar os índices principais e secundários que permitem responder à questão: - onde se encontra a direcção efectiva? ⁽⁶⁵⁾

(i) Principais índices que permitem determinar o local da administração da sociedade ⁽⁶⁶⁾

- Onde são realizadas as reuniões do Conselho de Administração?
- Onde são tomadas as decisões mais importantes?
- Quem adopta as decisões mais importantes?
- Onde é adoptada a “política societária” e quem a determina?
- Existem outros corpos sociais (e.g. conselhos consultivos)? Com que tipo de poderes?
- O Conselho Administração recebe instruções de terceiros, residentes noutros Estados, para deliberar e executar as suas decisões?
- Quem celebra os contratos societários?

⁽⁶⁴⁾ Cfr. Protocolo da Convenção celebrada entre Portugal e os EUA n.ºs. 7 e 13. Numa recente decisão (6 de Abril de 2001 - Proc. Halliburton Company Germany GmbH v. Ministério das Finanças), um Tribunal superior dinamarquês entendeu que a interpretação do conceito “aluguer de mão de obra” (“hire out of labour”), deveria ser interpretado com base na última versão dos comentários do MCOCDE de 1992, vigente na data de aplicação das Convenções, não obstante o caso sob discussão (e.g. liquidação de imposto) respeitar ao ano de 1990 e o Tratado ter até sido celebrado muito antes disso - cfr. Jorn Qviste, “Denmark - Interpretation of Tax Treaties: two recent Danish court decisions”, *European Taxation*, Julho / Agosto, 2001, págs. 284-286.

⁽⁶⁵⁾ A resposta a esta questão pode pressupor, em qualquer caso, uma opção sobre o modelo acolhido: “administração corrente” ou “tomada de decisões mais importantes”.

⁽⁶⁶⁾ TAG discussion paper, *ob. cit.*, para 31 e Vogel, *ob. cit.*, 3ª ed. 1997, págs. 262 e 263 (paras. 105 e 106).

- Estes contratos estão sujeitos a aprovações prévias ou ratificações posteriores, para além de eventuais autorizações a conceder pela Assembleia Geral no âmbito normal de um controlo do Grupo?
- Onde são celebrados os contratos celebrados pela Sociedade?
- Existem contratos de administração celebrados com terceiras entidades que não sejam os administradores eleitos pela Assembleia Geral?

A estas questões acrescem outras, sobre a residência dos administradores e até dos accionistas que, em certos casos, podem ser úteis para definir o local da residência das sociedades.

(ii) Critérios secundários sobre a administração da sociedade ⁽⁶⁷⁾

- Qual o local da residência dos administradores? ⁽⁶⁸⁾
- Onde é que se realiza a actividade económica e empresarial? ⁽⁶⁹⁾
- Qual o local da residência do accionista único ou principal? ⁽⁷⁰⁾

⁽⁶⁷⁾ As experiências nacionais mostram que a residência dos accionistas e até administradores não é determinante. A experiência inglesa, assente em jurisprudência secular, foi mesmo obrigada a admitir que o local da “administração efectiva” (na sequência das pressões do *Inland Revenue* e da publicação do “Statement of Practice on Company Residence”, em Julho de 1983), pode, em certos casos, encontrar-se em local diferente do “local da administração principal e controlo” (e.g. o que acontecia, por exemplo, em situações em que a sociedade era gerida por administradores executivos no estrangeiro, mas “comandada” por administradores não executivos que se reuniam no Reino Unido com esse propósito. Esta regra interna não pode, no entanto, prevalecer perante Convenções bilaterais quando se afigurar contrária a estes. Cfr. B.M. Jeffcote, *ob. cit.*, pág. 514 e, Philip Baker, *ob. cit.*, págs. 131, e 132. Este último Autor refere que o Statement of Practice (SP) n° 6/83 de 1983 foi, entretanto, substituído pelo SP 1/90. No que respeita à insignificante relevância da nacionalidade ou residência dos accionistas, veja-se Jean-Marc Rivier, *ob. cit.*, págs. 54 e 57.

⁽⁶⁸⁾ Este critério é de difícil uso porque, em regra, nestas situações os administradores residem em diferentes Estados, tornando-se difícil, senão impossível, eleger um Estado e preterir o/s outro/s.

⁽⁶⁹⁾ Este elemento pode ter uma dupla leitura: pode ser utilizado para detectar onde se encontra a administração diária e corrente e, bem assim, para eleger umnexo económico decisivo para determinar a residência societária. Este critério exige uma análise cuidada dos factos, de modo a permitir encontrar o laço económico mais relevante (e.g. imaginem-se as sociedades com várias sucursais no estrangeiro). Também pode discriminar contra as multinacionais residentes em pequenos países, e com muita actividade realizada fora dos escritórios centrais.

⁽⁷⁰⁾ Este critério é ainda menos adequado porque não tem em conta a independência jurídica da subsidiária. Só é utilizado se se provar que a sociedade-mãe:

- a) Interfere na condução normal dos negócios da subsidiária;
- b) Tem uma influência decisiva na realização das transacções correntes;
- c) Quer ser - e é - informada dos negócios diários, acabando por tomar as várias decisões da subsidiária em todas as áreas: novas políticas e investimento, produção, marketing, laboral, etc...

Além destes critérios, existem outro tipo de aspectos relacionados com elementos societários e contabilísticos que podem e devem ser apreciados, variando a sua importância em função do tipo de sociedade (e.g. uma sociedade que desenvolve uma actividade industrial tem, em princípio, necessidades e propósitos, muito diferentes de uma sociedade holding, de uma trading ou de uma sociedade de serviços). Não é o número de pessoas, o volume de equipamentos ou a quantidade de activos próprios que dá substância à sociedade no sentido de lhe reconhecer a direcção efectiva num Estado em concreto; na verdade, esses elementos podem ser decisivos para determinar se existe ou não um estabelecimento estável, mas não são eles que permitem encontrar a direcção efectiva de uma sociedade. Aliás, se assim não fosse apenas se iludia o conceito, discriminando-se apenas contra as empresas com menos meios humanos, técnicos e financeiros que, eventualmente, não pudessem ou quisessem colocar-se no “patamar” exigido para receber a qualificação de sociedade com direcção efectiva. Aqui virar-se-ia o “feitiço contra o feiticeiro”, porque seriam precisamente as empresas com maior presença nos diferentes mercados (empresas multinacionais) que teriam maior capacidade para “camuflar” a sua presença no mercado com a “fachada da substância”.

Assim, neste tipo de análise, é fundamental começar por identificar e caracterizar o objecto e a actividade social da sociedade, posto que enquanto uma empresa industrial emprega – em regra – meios humanos consideráveis, uma entidade financeira pode socorrer-se de menos trabalhadores, e uma sociedade holding pode até prescindir dos mesmos porque a sua administração (o conselho de administração) e secretariado podem ser suficientes para conduzir os negócios societários (e.g. gestão de participações sociais).

Ainda assim, há um mínimo de meios humanos e técnicos com que – em regra – todas as empresas contam e, por isso, importa também saber onde se encontram e em que consistem.

Vejamos:

(i) Critérios societários e outros índices respeitantes aos meios humanos e técnicos ⁽⁷¹⁾

- Onde se encontra feito e localizado o registo societário e dos administradores?
- Qual é o local da sede estatutária?

⁽⁷¹⁾ Jean-Marc Rivier, *ob. cit.*, págs. 57 e 58 e Klaas Nauta, “Netherlands: the fiscal residence of companies”, *Cahiers DFI*, *ob. cit.*, págs. 445 e 446.

- O Estado da constituição coincide com o Estado da sede estatutária e com o da direcção efectiva?
- A sociedade tem imóveis próprios ou arrendados ou beneficia de um comodato?
- A sociedade tem activos mobiliários ou paga alguma renda pelo aluguer de bens móveis a terceiros?
- A sociedade paga salários?

(ii) Critérios contabilísticos e fiscais ⁽⁷²⁾

- A sociedade tem a obrigação de possuir livros contabilísticos?
- A sociedade apresenta contas nesse Estado?
- A sociedade tem os seus livros nesse Estado?
- A sociedade tem algum auditor?
- A sociedade tem os seus documentos fundacionais nesse Estado?
- A sociedade guarda a sua escrita nesse Estado?
- A sociedade paga impostos e taxas locais nesse Estado?

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. Numa primeira linha, importa averiguar se essa interpretação e aplicação da disposição convencional é feita de forma independente e autónoma, no dizer de Klaus Vogel; e, depois, convém garantir que, ainda aqueles aplicadores do direito façam apelo a critérios sedimentados nas respectivas práticas nacionais (em virtude de existirem disposições legais nacionais ou uma prática administrativa ou jurisprudencial corrente), os critérios e índices utilizados permitam de facto buscar e encontrar o termo convencional “administração efectiva”, de modo a impedir que se viole o Tratado.⁽⁷³⁾

⁽⁷²⁾ Ibidem.

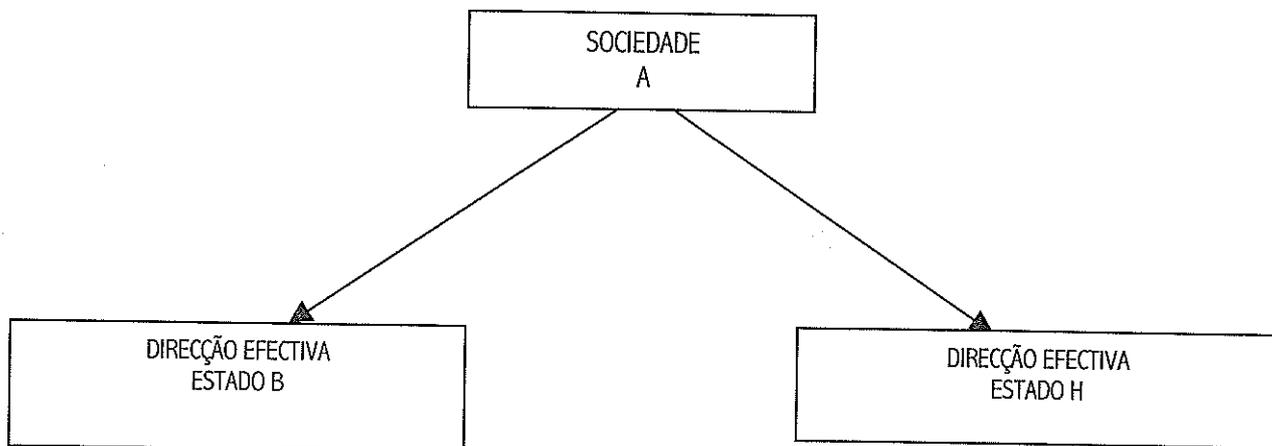
⁽⁷³⁾ Casos esses elementos internos (e.g. legislativos, administrativos ou jurisprudenciais) fossem utilizados com o propósito de “transformar”, por exemplo, o “critério da direcção efectiva” no critério da constituição ou em qualquer outro sem apego ao critério convencional determinante (e.g. direcção efectiva), a decisão interna violaria o Tratado e, por conseguinte, careceria de anulação judicial. Isto para não referirmos já as discussões que se poderiam travar no âmbito do procedimento amigável, em regra, com um regime próximo do previsto no artigo 25º do MCOCDE. Cfr. Jean-Marc Rivier, *ob. cit.*, pág. 71.

2.2.2.3. Exemplos práticos

Os exemplos que apresentámos acima (cfr. ponto 2.2.1.D. supra) são já paradigmas da “dupla residência”. Procurámos, nesse contexto, explicitar e antecipar que a solução do problema passa pela aplicação de uma regra que permite desfazer os conflitos existentes entre os Estados e que consiste em eleger e reconhecer apenas um critério derradeiro para definir o conceito de residente (em geral, a direcção efectiva).

No primeiro exemplo referido no ponto 2.2.1.D. supra, a sociedade A terá, portanto, a residência definida no Estado B. Agora suponhamos que, não obstante, a mesma sociedade A ter a direcção efectiva no Estado B (em conformidade com a Convenção celebrada entre os Estados A e B), também o Estado H, reclama que a sociedade A tem a sua direcção efectiva no respectivo território. *Quid Juris?*

3º exemplo



Nestes casos, a Convenção bilateral celebrada entre os Estados B e H torna-se quase impotente para resolver estes conflitos, posto que reconhece a residência da sociedade A no Estado onde se encontrar a respectiva direcção efectiva.⁽⁷⁴⁾

Há muito tempo que se reconhece que estas duplas residências podem ocorrer em virtude da utilização de um conteúdo diferente ou de uma interpretação divergente do mesmo critério.

⁽⁷⁴⁾ Disposição equivalente ao artigo 4º (3) do MCOCDE.

No Reino Unido, no caso da “Companhia dos Caminhos de Ferro Sueca contra Thompson”, o Tribunal entendeu que uma sociedade pode ter duas residências: “A administração e o controlo de uma sociedade pode estar dividida... e, se assim for, pode ter mais do que uma residência.”⁽⁷⁵⁾ No caso concreto, a sociedade havia sido constituída para construir e explorar uma linha de caminhos de ferro na Suécia. Os administradores e accionistas tinham as suas reuniões na Suécia e os dividendos eram aí pagos. No entanto, a conta bancária da sociedade e o local da sede estavam localizados em Inglaterra, tendo as transmissões de acções sido realizadas no Reino Unido.⁽⁷⁶⁾ A questão que se colocava, perante estes factos, era precisamente saber onde estava essa direcção efectiva.

Reconhecendo-se que esta complexidade se avolumava, o nº 3 do artigo 4º do MCOCDE foi alterado para confirmar expressamente que a entidade «será considerada residente apenas do Estado em que estiver situada a sua direcção efectiva».

Daqui um reconhecimento expresso também de que pode haver dois lugares de direcção e administração, mas de que há um só lugar de administração efectiva. Uma concepção simples e simplista, posto que acaba por ignorar a realidade em que vivemos. De todas as formas, o problema pode ser minorado se, num momento prévio, se indicarem os factores que permitem distinguir os conceitos (direcção efectiva à luz da “administração prevalente” ou da “gestão corrente”). Assim, antes de mais, será indispensável apurar a que tipo de direcção efectiva se reporta a Convenção bilateral em causa, para que nestas disputas seja ainda possível tentar desfazer o conflito sem ser necessário recorrer ao procedimento amigável previsto na Convenção.

Com este propósito específico foi integrado um novo parágrafo (24) nos comentários ao artigo 4º do MCOCDE de 2000, o qual enumera três factores que concedem a primazia ao critério da administração prevalente (i.e. onde são tomadas as decisões mais importantes) em detrimento do critério da administração corrente e que vai hoje ao encontro da maioria da jurisprudência comparada existente.⁽⁷⁷⁾ Isto não significa, como tivemos oportunidade de sublinhar, que se reconheça que a administração é realizada pelo accionista único ou maioritário.

⁽⁷⁵⁾ Cfr. citação feita por Jean-Marc Rivier, *ob. cit.*, pág. 61.

⁽⁷⁶⁾ Michael H. Wachtel comenta este caso e confronta-o com outros dois processos para demonstrar que os principais problemas podem ser resolvidos se se distinguir o critério da administração e controlo à luz do critério da “administração prevalente” em detrimento da “administração corrente”; nestes termos acaba por concluir que, olhando para estas situações, evitar a dupla residência é relativamente simples, “Australia: the fiscal residence of companies”, Cahiers DFI, Vol. LXXII a, *ob. cit.*, pág. 208. Este caso é descrito em pormenor por Tillinghast, *Tax aspects of international transactions*, págs. 22 e 23, 2ª ed. Matthew Bender, San Francisco, USA 1984.

⁽⁷⁷⁾ Klaus Vogel dá notícia da jurisprudência alemã que permite entrever a semelhança de conteúdo entre os termos “lugar de administração”, utilizado na legislação doméstica, e “direcção efectiva”,

Caso os três factores enumerados no parágrafo 24 sejam insuficientes para determinar o lugar da “direcção efectiva” é indispensável proceder a uma análise aprofundada dos factos e das circunstâncias como aliás, o próprio parágrafo 24 sugere.⁽⁷⁸⁾

Se, ainda assim, este conflito não se resolver (i.e. se, em última instância, a sociedade não conseguir persuadir uma das administrações fiscais de que não é residente no seu território), a sociedade deverá submeter o seu caso à administração fiscal do Estado de que se considere residente, de modo a que esta despolete o mecanismo previsto no procedimento amigável.⁽⁷⁹⁾

Entretanto, na generalidade das situações, as sociedades com dupla residência podem beneficiar da aplicação da Convenção, mas estarão sujeitas a uma dupla tributação.⁽⁸⁰⁾ Para a sociedade, a aplicação da Convenção poderá, ainda assim, ser relevante para efeitos da aplicação das Convenções com terceiros Estados, mas, mais uma vez, também isso poderá originar uma dupla ou múltipla tributação.⁽⁸¹⁾

Existem casos, no entanto, em que as próprias convenções bilaterais esclarecem que a pessoa (e.g. sociedade) com dupla residência não será considerada residente de nenhum dos Estados contratantes para efeitos da Convenção e, portanto, não poderá beneficiar de qualquer das vantagens consagradas nesse diploma.⁽⁸²⁾

Em virtude dos Estados preservarem integralmente o seu direito a tributar o rendimento mundial, uma sociedade europeia que se encontra mestas circunstâncias deve poder continuar a beneficiar da aplicação da Directiva 90/435/CEE, posto que se não pode considerar residente num Estado fora da Comunidade, ao abrigo de uma Convenção bilateral para eliminar a dupla tributação.⁽⁸³⁾

usado na maioria das Convenções bilaterais celebradas pela Alemanha; vide *ob.cit.*, ed. 1997, pág. 262, paras. 104 e 105. Vejam-se também, B.M. Jeffcote, *ob. cit.*, pág. 514 e Denzil Davier, *ob. cit.*, págs. 122 e segs.

⁽⁷⁸⁾ Cfr. Ponto 2.2.2.2.C *supra*.

⁽⁷⁹⁾ Cfr. Artigo 25º do MCOCDE.

⁽⁸⁰⁾ Em primeiro lugar, certos pagamentos não serão reconhecidos como pagamentos realizados pelo Estado de fonte e, portanto, não podem beneficiar da redução das taxas (e.g. dividendos, juros e royalties); e, em segundo lugar, a sociedade também terá que declarar todo o seu rendimento em ambos os Estados, só podendo, eventualmente, beneficiar de qualquer norma interna para eliminar a dupla tributação.

⁽⁸¹⁾ Os dividendos distribuídos por uma sociedade estabelecida num terceiro Estado podem, eventualmente, ser tributados nos dois estados da residência.

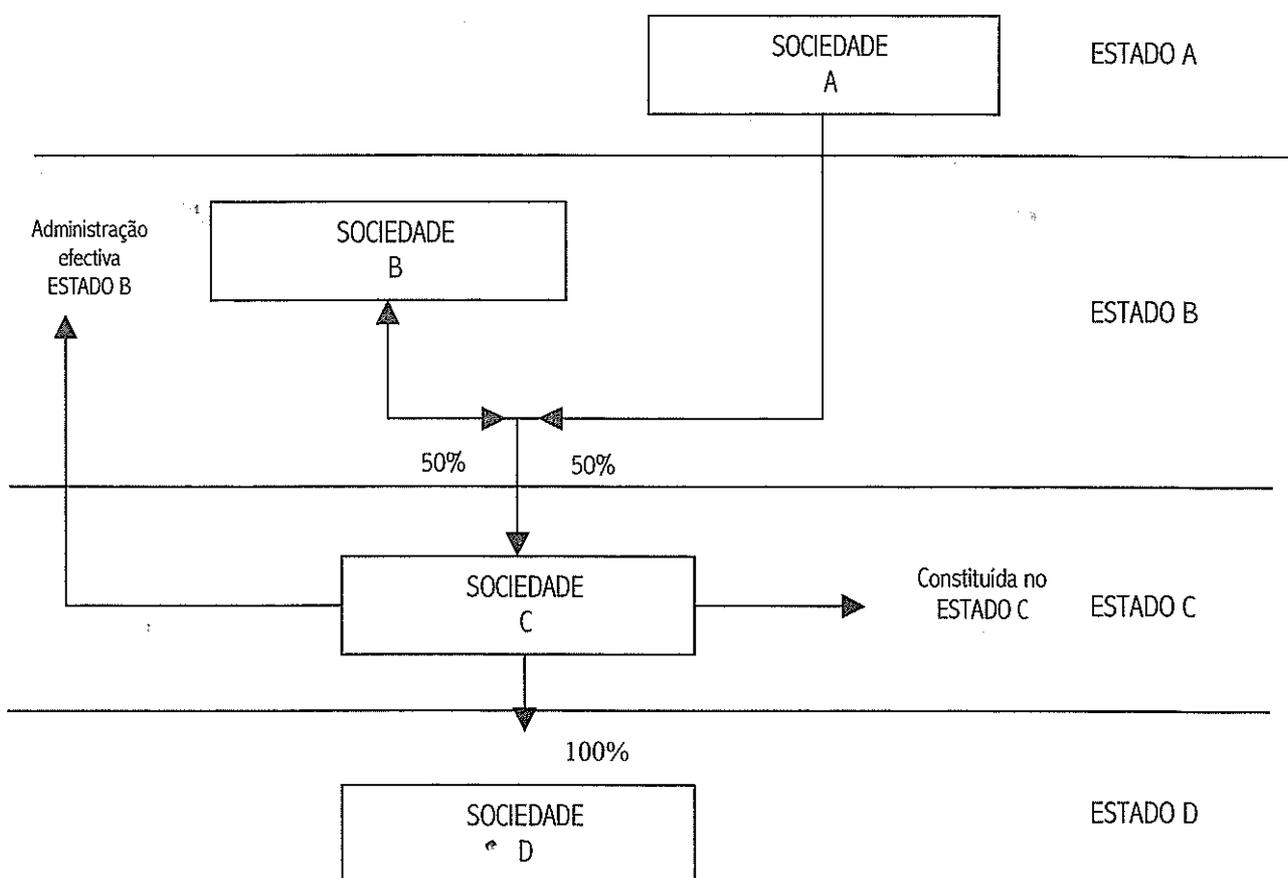
⁽⁸²⁾ Exemplo disso, são as convenções celebradas por Portugal com o Canadá e os EUA.

⁽⁸³⁾ Artigo 2º (b) da Directiva 90/435/CE de 23 de Julho de 1990. Cfr. Paul Farmer e Richard Lyal, *ob. cit.*, pág. 264.

Ou bem que tem dupla residência e, portanto, ainda tem a sua residência no espaço comunitário, ou bem que não se lhe aplica a Convenção com o Estado terceiro e, por conseguinte, mantém a sua residência original.

4º exemplo

Para além destas situações, vejamos ainda um diagrama que permite representar e discutir os problemas decorrentes de situações triangulares:



Neste caso, as sociedades-mães A e B são, respectivamente, residentes do Estado A e B e controlam duas sociedades:

- Participam directamente na sociedade C, constituída no Estado C, mas efectivamente administrada no Estado B (e.g. os administradores da sociedade são os mesmos da sociedade B e as reuniões do Conselho de Administração da sociedade C decorrem sempre no Estado B); e
- Participam indirectamente na sociedade D, a qual é directamente controlada pela sociedade C. A sociedade D foi constituída e é efectivamente administrada no Estado D.

No caso vertente, a sociedade C é residente nos Estados B e C, de acordo com os critérios domésticos previstos na legislação de cada um dos Estado B e C.

Nestas situações podem colocar-se dois tipos de problemas principais, a saber:

a) Como são tratados e tributados os rendimentos (e.g. dividendos, juros ou royalties) pagos por uma sociedade residente num outro Estado (e.g. sociedade D) a uma sociedade com dupla residência (sociedade C)?

Dever-se-á aplicar a Convenção bilateral celebrada entre os Estado B e D, aquela que foi celebrada entre os Estados C e D ou ambas? Em que termos?

b) Como são tratados os dividendos pagos pela sociedade C para os seus accionistas (sociedade B e sociedade A), admitindo que correspondem a lucros pagos pela sociedade D?

- Será que, na primeira situação (e.g. distribuição de lucros da sociedade C à sociedade B), estamos perante um pagamento doméstico ou perante uma situação em que se pode aplicar a Convenção celebrada entre os Estados B e C?

- E, na segunda situação, qual será a Convenção a aplicar a respeito do pagamento dos lucros feito pela sociedade C à sociedade A? Que convenções se poderão aplicar: a Convenção celebrada entre os Estados C-A, B-A, ambas? E a Convenção celebrada entre B-C pode ser utilizada?

A primeira destas situações [a)] é muito semelhante ao 2º exemplo atrás referido, distinguindo-se apenas daquele porque se interpôs numa sociedade intermediária com dupla residência. No entanto, no plano teórico, as razões que justificam a possibilidade da sociedade se poder prevalecer da Convenção celebrada entre B e D e C e D são precisamente as mesmas. Não se podendo impedir a sociedade C de beneficiar da Convenção celebrada por este Estado com o Estado D, com base no disposto no segundo período do nº 1 do artigo 4º, e verificando-se que a sociedade C é residente tanto no Estado C como no Estado B, deve concluir-se que a mesma pode beneficiar da eventual aplicação das duas Convenções, caso não se sobreponham quaisquer excepções ou regras especiais. A eventual vantagem desta dupla residência poderia decorrer de um dos Estados ter uma Convenção bilateral com o Estado D em que não se permitisse qualquer tributação na fonte, ficando, portanto, a sociedade D impedida de proceder a qualquer retenção na fonte quando efectuasse os pagamentos de dividendos, juros ou royalties. A desvantagem da dupla residência decorreria do facto de ambos os Estados (B e C) poderem querer disputar o direito de tributar aquele rendimento. No entanto, no plano bilateral, o Estado B teria esse direito à luz da Convenção celebrada entre os Estados B e C.

Já no que respeita à segunda das questões importa distinguir as situações. Reconhecendo-se, ao abrigo da Convenção celebrada entre os Estado C e B, que a sociedade C tinha residência no Estado B, a distribuição de lucros por si realizada à sociedade B não beneficiaria da aplicação da Convenção; assim, deveria ser tratada, no Estado B, como uma distribuição doméstica para efeitos de aplicação de eventuais vantagens reservadas às distribuições internas. Por fim, a distribuição realizada pela sociedade C à sociedade A poderia originar uma dupla tributação, como vimos acima, posto que tanto o Estado B (Estado da sede efectiva) como o Estado C (Estado da constituição) poderiam querer tributar os dividendos pagos pela sociedade C ao seu accionista residente no Estado A.⁽⁸⁴⁾

3. A residência no CIRC e no direito convencional português

3.1. A residência no CIRC

O Código do imposto sobre o rendimento das pessoas colectivas (doravante abreviadamente “CIRC” ou “IRC”, consoante nos referirmos ao código ou ao imposto) elege dois elementos de conexão alternativos (a sede ou a direcção efectiva) que permitem determinar e “fixar” a residência de uma pessoa colectiva em Portugal.⁽⁸⁵⁾

Por seu turno, o artigo 4º (1) do mesmo CIRC estabelece que as pessoas residentes estão sujeitas ao imposto «... sobre a totalidade dos seus rendimentos, incluindo os obtidos fora desse território». E o nº 2 da mesma disposição acrescenta que as pessoas que não sejam residentes «... ficam sujeitas a IRC apenas quanto aos rendimentos nele obtidos».

Tanto as pessoas colectivas (e.g. sociedades comerciais) residentes como não residentes são sujeitos passivos de imposto, sendo certo que em relação às primeiras, e segundas que tenham um estabelecimento estável em Portugal, o lucro tributável «...é constituído pela soma algébrica do resultado líquido do

⁽⁸⁴⁾ A este propósito, Kees van Raad dá notícia de que o Supremo Tribunal Holandês já decidiu no sentido de que o Estado da constituição (Estado C, no exemplo) se deveria abster de tributar esse rendimento, com base no artigo 10º (5) da Convenção celebrada entre os Estados da residência da sociedade C (e.g. Estados B e C, no exemplo supra). Segundo uma interpretação ampla do artigo 10º (5) da Convenção em causa, o Tribunal entendeu que essa limitação decorria do princípio que proíbe a tributação extraterritorial. Kees van Raad, “The 1992 OECD Model Treaty: Triangular cases” *European Taxation*, Setembro 1993, págs. 298-301.

⁽⁸⁵⁾ Cfr. artigo 2º (3) do CIRC.

exercício e das variações patrimoniais positivas e negativas verificadas no mesmo período e não reflectidas naquele resultado, determinados com base na contabilidade e eventualmente corrigidos nos termos do código». Por seu turno, os rendimentos obtidos pelas entidades não residentes sem estabelecimento estável em Portugal, ao qual os mesmos rendimentos se possam imputar, «... são determinados de acordo com as regras estabelecidas para as categorias correspondentes para efeitos de IRS».⁽⁸⁶⁾

Torna-se, pois, fundamental determinar o sentido e a extensão de cada um dos elementos de conexão acima referidos, a “sede” e a “direcção efectiva”.

O Código do IRC não os define expressamente, exigindo que se faça apelo aos próprios conceitos, bem enraizados no sector societário, nas convenções internacionais, nas legislações comparadas [quer no domínio societário (e.g. como critérios para definir a lei pessoal), quer fiscal (e.g. como elementos de conexão subjectiva para justificar uma tributação mundial dos rendimentos)], na jurisprudência e na doutrina portuguesa e estrangeira.

A sede mencionada no nº 3 do artigo 2º do CIRC equivale à sede estatutária ou social a que refere o Código das Sociedades Comerciais.⁽⁸⁷⁾

Já a “direcção efectiva” da sociedade não tem uma definição legal tão precisa, apesar dos vários elementos interpretativos acima referidos, auxiliarem a preencher esse tipo normativo. Vejamos:

- No passado, ainda no âmbito do sistema de tributação cedular, e para efeitos do imposto complementar, o Senhor Subsecretário de Estado do Orçamento sancionou por despacho o entendimento de que podia considerar-se como local da direcção efectiva de uma sociedade «... aquele em que se concentram e funcionam os órgãos de administração e controlo superior da empresa considerada na sua universalidade». ⁽⁸⁸⁾ Esta posição foi assumida com base nas

⁽⁸⁶⁾ Cfr. artigos 2º (1) a) e c), 17º e segs. e 50º (1) e 51º do CIRC.

⁽⁸⁷⁾ Cfr. artigos 3º e 12º do Código das Sociedade Comerciais, 33º do Código Civil e 11º (2) da LGT. Manuel Pires, referindo-se aos termos “sede” e “direcção efectiva” a propósito do sistema cedular abolido em 1989 (note-se que os termos não foram objecto de uma redefinição legislativa ou sequer jurisprudencial), definiu assim: «sede significa sede social, enquanto sede efectiva e direcção efectiva devem ser interpretadas como expressões sinónimas, correspondendo à gestão global do ente colectivo, ligando-se, na prática portuguesa, aos órgãos superiores das pessoas, designadamente conselho de administração». Manuel Pires, “Tributação do rendimento e situações com elementos de estraneidade”, Comemoração do XX Aniversário do Centro de Estudos Fiscais, Vol. II, pág. 409, ed. DGCI, Lisboa 1983.

⁽⁸⁸⁾ Cfr. Despacho SEO de 17 de Fevereiro de 1965. Este despacho foi proferido sob um parecer do Prof. Manuel Pires (que conjugou as várias disposições previstas nos Código da Contribuição Industrial, Código do Imposto Complementar e Código do Imposto de Capitais e se baseou fundamentalmente em jurisprudência inglesa e doutrina privatista relevante para definir a lei

considerações doutrinárias apontadas no parecer sob o qual incidiu o despacho e que, *inter alia*, sublinhava o seguinte:

- - «A sede social assim considerada é o lugar em que se exerce a direcção da sociedade, onde residem os órgãos jurídicos da sociedade, administradores, assembleias gerais, e onde são discutidos os contratos que se ligam à marcha da empresa»; ⁽⁸⁹⁾
- - «Além disso, deve presumir-se que a sede indicada é centro da administração, mas se a designação foi fictícia ou fraudulenta, a sede real deve ser o critério decisivo»; ⁽⁹⁰⁾
- - «A determinação da sede social real presta-se a dificuldades quando a direcção e a administração dos negócios sociais são repartidos em vários países. Mas esta noção não implica que a totalidade dos órgãos administrativos estejam centralizados no mesmo lugar. A sede social está onde se encontrem “a direcção superior e o controlo da sociedade” [...], e não aquele em que tem apenas a sua exploração e uma direcção de carácter secundário. É a força do sistema da sede social que há normalmente num lugar único em que devam tomar-se as decisões finais e são precisamente estas decisões que interessam ...»; ⁽⁹¹⁾
- - O mesmo Subsecretário de Estado ainda veio a sancionar o entendimento de que «... há-de encontrar-se o órgão central de administração da empresa, no local onde se tomam as decisões finais e prevalentes»; ⁽⁹²⁾

peçoal societária, onde as teorias “da constituição”, da “sede estatutária” ou da “sede ou direcção efectiva da administração” se opunham como alternativas). No caso concreto concluiu-se que “... a expressão «direcção efectiva» deve interpretar-se como «sede efectiva» para cujo entendimento são preciosas as noções doutrinárias que ficam indicadas” - Adiante faremos referência a essas situações. Por essa razão, tendo-se verificado «... que a empresa [...] tem a sua sede no estrangeiro e apenas uma sucursal neste país, com o mesmo nome, mas sem direcção efectiva no Continente ou ilhas adjacentes, podemos francamente concluir que nenhuma obrigação sobre ela impede, quanto ao Imposto Complementar por se julgar não serem os seus rendimentos aqui (em Território Continental e Insular) passíveis do mesmo imposto» - *Boletim de CTF* nº 75, pág. 226 e segs., assim págs. 241 e 242. Hoje, ainda são estas as referências a que a literatura fiscal portuguesa apela para definir o local de direcção efectiva. cfr. Alberto Xavier, *ob. cit.*, pág. 246 e Maria Margarida Cordeiro Mesquita, *As Convenções sobre dupla tributação*, pág. 88, cadernos de CTF, CEF, Lisboa 1998.

⁽⁸⁹⁾ *Ibidem*, pág. 239.

⁽⁹⁰⁾ *Id.*, pág. 241

⁽⁹¹⁾ *Id.*, pág. 240.

⁽⁹²⁾ Cfr. *Boletim CTF* nº 76 pág. 272 e segs.. Assim se conclui: «ora, no presente caso verifica-se do pacto social (art. 7º) que a exponente tem a sua sede em Luanda e uma delegação em Lisboa, mas é nesta que se realizam as reuniões conjuntas e também é a essa “delegação” que pertence a administração geral (art. 8º). Parece evidente, pois, que é exactamente na chamada “delegação” de Lisboa que se situa o centro de administração ao nível superior, o local onde a sociedade é

• - Por seu termo, o Tribunal Tributário de 2ª Instância, decidiu também 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 da empresa; 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»; ⁽⁹³⁾

• - Também a nossa doutrina entendia que o conceito de direcção efectiva equivalia à noção de “management and control” utilizado nos países anglo-saxónicos no sentido de que «visa essencialmente a localização das decisões da direcção superior, reflectindo o poder de controlo de facto, praticamente, pois, as decisões de determinação da política, de aprovação das contas, de disposição dos lucros, de aprovação dos orçamentos e dos negócios extraordinários (nível de Conselho de Administração)»; ⁽⁹⁴⁾

• - No relatório nacional Português apresentado em 1987 ao XLI Congresso da IFA sobre a “residência fiscal das sociedades”, o saudoso Juiz Conselheiro Rodrigues Pardal colocou a questão da seguinte forma: “Em princípio, consideramos como lugar da situação da sede aquele indicado nos estatutos da sociedade. Não obstante, desde que os órgãos superiores de gestão, de administração, de controlo e de representação funcionem noutra localidade, a sede efectiva da sociedade é então aí situada. É aqui que o desenvolvimento do centro e da direcção dos negócios societários da empresa se opera”; ⁽⁹⁵⁾ E,

- Finalmente, já mais recentemente, Alberto Xavier, refere-se a propósito da direcção efectiva ao local «em que se concentram e funcionam os órgãos da administração e controlo superior da empresa, considerada na sua universalidade». ⁽⁹⁶⁾

definitivamente dirigida e por isso é ele que para os fins considerados deve valer por direcção efectiva». *Ibidem*, pág. 280.

⁽⁹³⁾ Acórdão de 16 de Junho de 1987, Rec. n° 56.144, in *Bol. da CTF* n° 349, pág.356-362.

⁽⁹⁴⁾ Manuel Pires, *Da dupla tributação jurídica internacional sobre o rendimento*, ed. CEF, pág. 225, rodapé 28, Ministério das Finanças 1984. Vide também nota 10.

⁽⁹⁵⁾ Francisco Rodrigues Pardal, “Portugal - La résidence fiscale des sociétés”, *The fiscal residence of companies*, vol. LXXIIa, premier sujet, ed. Kluwer, págs. 475 e segs., assim pág. 484 (tradução, nossa). No relatório fazem-se, aliás, alusões a expressões e passagens de pareceres da própria DGCI supra mencionados.

⁽⁹⁶⁾ Alberto Xavier, *Direito Tributário Internacional*, pág. 246, ed. Almedina, Coimbra 1993.

3.2. Transferência da residência fiscal

a) Aspectos comerciais e comunitário respeitantes à transferência da sede e/ou direcção efectiva

A transferência da sede de uma pessoa colectiva de um Estado para o outro já é admitida há longo tempo pela lei portuguesa, desde que nisso conviessem as leis de uma e outra sede.⁽⁹⁷⁾

Actualmente, em relação às sociedades esta possibilidade é reconhecida em termos similares pelo próprio Código das Sociedades Comerciais (CSC). No plano comercial «a sociedade que transfira a sua sede efectiva para Portugal mantém a personalidade jurídica, se a lei pela qual se regia nisso convier, mas deve conformar com a lei portuguesa o respectivo contrato social».⁽⁹⁸⁾ Do mesmo modo, «a sociedade que tenha sede efectiva em Portugal pode transferi-la para outro país, mantendo a sua personalidade jurídica, se a lei desse país nisso convier».⁽⁹⁹⁾ (100)

⁽⁹⁷⁾ Essa transferência não extingue a personalidade jurídica da pessoa colectiva - cfr. artigo 33º (3) do Código Civil.

⁽⁹⁸⁾ Cfr. artigo 3º (2) do Código das Sociedades Comerciais. A sociedade estrangeira deverá inscrever-se no RNPC, conformar os seus estatutos perante um Notário e registar a mudança da sede social na Conservatória do Registo Comercial, procedendo às correspondentes publicações. Além disso, deve apresentar a declaração de início de actividade no Serviço de Finanças competente.

⁽⁹⁹⁾ Cfr. artigo 3º (5) do Código das Sociedades Comerciais. O CSC exige que a deliberação respeitante à transferência da sede seja adoptada por uma maioria qualificada (e.g. artigos 265º e 386º do CSC, procedendo-se ao registo da mesma deliberação). No contexto europeu existem vários países que não aceitam esta regra, exigindo a constituição da sociedade no seu Estado, sob pena de não reconhecerem o estatuto da sociedade em termos comerciais e de a tratarem como uma associação de pessoas ("partnerships"), negando-lhe o tratamento societário que tinham no estrangeiro (e.g. no Estado de origem). Veja-se a interessante polémica travada entre académicos ingleses e alemães a propósito da teoria da constituição, adoptada pelo Reino Unido, e a teoria da direcção efectiva, acolhida na Alemanha, num conjunto de artigos: Carsten Thomas Ebenroth e Claudia Daiber, "German: Dual-resident companies under german law", *European Taxation*, Vol. 30, 1990, Julho, págs. 175-178; S.N. Frommel, "German: The real-seat doctrine and dual-resident companies under german law: another view", *European Taxation*, Vol. 30, 1990, Outubro, págs. 267-274; e, de novo Carsten Thomas Ebenroth e Claudia Daiber, "Germany": "The real seat theory revisited", *European Taxation*, Vol. 30, 1990, Novembro, págs. 323-326. Veja-se também o trabalho da KPMG preparado para a Comissão, sob a epígrafe *Étude sur le transfert de siège d'une société d'un État membre à un autre*, ed. Commission de Communautés Européennes, Bruxelles, 1993, pág. 13. Esta publicação adverte que não corresponde à posição oficial da Comissão.

⁽¹⁰⁰⁾ Alguns dos problemas que se têm levantado sobre estas disposições consistem em saber se: (i): os terceiros são livres de optar pela lei da sede estatutária ou pela lei da sede efectiva, ou será que a aplicação da lei da sede estatutária apenas poderá ter lugar quando se demonstrar que os

De acordo com o artigo 3º (1) do CSC o estatuto pessoal das sociedades deve ser definido pela lei da sede efectiva.⁽¹⁰¹⁾ Contudo, nos termos do nº 2 da mesma norma, as sociedades com sede estatutária em Portugal não poderão opor a terceiros a aplicação da lei da direcção efectiva, ainda que esta última se encontre no estrangeiro.

No plano comercial e de unificação do direito internacional privado assumem também particular interesse as regras previstas no Tratado da Comunidade Europeia (e.g. artigos 43º, 48º e 293º) e a Convenção de Bruxelas de 29 de Fevereiro de 1968 sobre o reconhecimento mútuo das sociedades.

Com efeito, os Estados membros da Comunidade Europeia comprometeram-se, logo aquando da outorga do Tratado de Roma, a respeitar o direito de estabelecimento de todas as pessoas, incluindo as sociedades constituídas em conformidade com a legislação de um Estado-membro, e a entabular entre si «...sempre que necessário, negociações destinadas a garantir, em benefício dos seus nacionais: [...] o reconhecimento mútuo das sociedades, na acepção do segundo parágrafo do artigo 48º, a manutenção da personalidade jurídica em caso de transferência da sede de um país para o outro e as possibilidade de fusão das sociedades sujeitas a legislações nacionais diferentes».⁽¹⁰²⁾

E, mais tarde, através da Convenção de Bruxelas, procuraram acolher uma solução de compromisso entre os países que optam pela teoria da constituição e aqueles que escolhem a sede efectiva. Nestes termos, estabelece o artigo 1º da Convenção:

- «são reconhecidas de pleno direito as sociedades de direito civil ou comercial, incluindo as cooperativas, constituídas em conformidade com a lei

terceiros contavam com tal aplicação? (ii): o disposto no nº 2 do artigo 3º do CSC poderá ser aplicado quando tanto a sede estatutária como a sede efectiva de uma certa sociedade se situarem no estrangeiro, mas em países diferentes? Para maiores desenvolvimentos, veja-se António Andrade de Matos, “O estatuto pessoal das sociedades comerciais: as grandes opções”, *Relatório de Mes-trado apresentado na FCDUL* no ano lectivo de 1998-1999, e a doutrina portuguesa citada pelo Autor.

⁽¹⁰¹⁾ De acordo com este princípio, se a sede estatutária de uma sociedade portuguesa mudar mantendo-se a direcção efectiva em Portugal continua a aplicar-se a lei portuguesa. Se a direcção efectiva se transferir para o estrangeiro e a sede estatutária se mantiver em Portugal a lei aplicável muda, mas não é oponível a terceiros. Assim, também se a sede e a direcção efectiva mudarem para o estrangeiro a lei que regula o estatuto pessoal da sociedade deixará de ser a portuguesa. Sobre o problema de transferência da sede ainda antes da entrada em vigor do CSC, veja-se Raul Ventura, “A sede da sociedade, no direito interno e no direito internacional português”, in *Scientia Iuridica*, tomos XXVI 146/147 e 148/149, Maio-Agosto 1977 e Setembro-Dezembro 1977, págs. 344 e segs.

⁽¹⁰²⁾ Cfr. artigo 293º do Tratado de Roma (Comunidade Europeia).

de um Estado contratante e que tenham a sua sede estatutária nos territórios» em que a Convenção tenha aplicação.⁽¹⁰³⁾

Posição essa que seguiu de perto o disposto no artigo 43º do Tratado de Roma à respeito do direito de estabelecimento, impedindo que se possa questionar, e muito menos negar, a personalidade jurídica adquirida por qualquer sociedade em face da Lei da constituição.

Apesar da Convenção de Bruxelas ainda não ter entrado em vigor,⁽¹⁰⁴⁾ a verdade é que o Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia (TJCE) decidiu recentemente que um Estado (e.g. Dinamarca) não pode sequer fazer prevalecer a sua lei pessoal, alegando que a direcção efectiva da sociedade (e.g. Centros) se encontra localizada no seu Estado (e.g. Dinamarca), com base no argumento de que a sociedade apenas foi constituída no outro Estado Comunitário (e.g. Reino Unido) com o propósito de, ao abrigo da liberdade de estabelecimento, abrir uma “sociedade disfarçada de sucursal” no seu Estado (Dinamarca), eximindo-se assim à aplicação das normas de constituição de sociedades que aí são mais rigorosas em matéria de liberação de capitais sociais mínimos.⁽¹⁰⁵⁾

Esta decisão admite definitivamente que o artigo 48º do Tratado CE tem alcance conflitual, implicando um princípio de reconhecimento recíproco das sociedades e, nessa medida, deixando entrever que o princípio da direcção efectiva é incompatível com o Tratado da Comunidade Europeia ou que, pelo menos, não pode ser utilizado para restringir o próprio direito de estabelecimento.⁽¹⁰⁶⁾ Se esse reconhecimento mútuo não fosse garantido e essa continuidade

⁽¹⁰³⁾ As excepções à regra geral encontram-se, logo de seguida, nos artigos 3º e 4º da Convenção. A aplicação de tais artigos depende da prévia apresentação (aquando da ratificação da Convenção), de uma reserva. Esta Convenção ainda não se encontra em vigor porque não foi ratificada por alguns Estados.

⁽¹⁰⁴⁾ Provavelmente, já não entrará em vigor dada a entrada de novos membros na CE e as dificuldades em aprovar essa Convenção.

⁽¹⁰⁵⁾ Mesmo que se demonstre que efectivamente a direcção efectiva aí está localizada, como aconteceu no Caso Centros. Vide Processo C-212/97, Caso Centros Ltd contra Erhuervs - og Selskabsstyrelsen. As conclusões do Advogado-Geral foram apresentadas em 16.07.98 e a decisão do TJCE é de 09.03.1999.

⁽¹⁰⁶⁾ Cfr. Francisco J. Garcimartin Alférez, “La Sitztheorie es incompatible com el Tratado CE”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 232, Abril - Junho 1999, págs. 645-686, Madrid; Pedro Cabral e Patrícia Cunha, “Presumed innocent: companies and the exercised of the right of establishment under Community Law”, 2000 25 *ELRev.* Abril 2000, págs. 157-164 e Grik Werlauff, “The consequences of the Centros decision: Ends and means in the protection of public interests”, *European Taxation*, Dezembro 2000, págs. 542-545. Andreas Schulz e Klaus Eicker citam também vários autores alemães que perfilham a opinião de que a teoria da direcção efectiva constitui uma violação ao direito de estabelecimento, assim como alguns outros que não vêm necessariamente na decisão Centros essa consequência; “The European Company Statute - the German View”, *Intertax*, Vol. 29, nº 10, págs. 332-341 (assim, pág. 33, notas de rodapés 18 e 19).

não fosse assegurada, a sociedade teria de ser dissolvida e re-constituída no outro Estado, com as consequências comerciais e fiscais daqui decorrentes.

No entanto, no plano comercial a problemática ainda não está, porventura, totalmente encerrada.

A liberdade de estabelecimento secundária está totalmente garantida pelas disposições do Tratado de Roma e confirmada por inúmera jurisprudência do TJCE. Já no que respeita à liberdade de estabelecimento primário, quando a mesma se reporta directamente à transferência da administração efectiva de um Estado para outro Estado Comunitário, restam algumas dúvidas em face da decisão proferida no Processo *Daily Mail*.⁽¹⁰⁷⁾

Em qualquer caso, a doutrina passada que considerava a decisão *Daily Mail* totalmente desadequada (e.g. considerando que o direito de estabelecimento das sociedades consagrado nos artigos 43º e 48º do Tratado CE é directamente aplicável e envolve o direito de saída do Estado de origem e o direito de entrada no Estado de destino) foi reforçada pelo Acórdão *Centros*, do qual se extraem consequências que implicam que «uma sociedade deve poder mudar de sede efectiva dentro da Europa sem necessidade de alterar a sua lei societária».^{(108) (109)}

⁽¹⁰⁷⁾ Neste processo, o High Court of Justice Britânico submeteu ao TJCE quatro questões prejudiciais relativas à interpretação dos artigos 52º e 58º (actualmente 43º e 48º) do Tratado CE, bem como da Directiva 73/148 do Conselho do 21 de Maio de 1973, relativa à supressão das restrições à deslocação e à permanência dos nacionais dos Estados-membros na Comunidade, em matéria de estabelecimento e da prestação de serviços. O TJCE clarificou que a Directiva 73/148 respeitava à deslocação e permanência de pessoas singulares e não admite a sua aplicação por analogia às pessoas colectivas. Do mesmo modo clarificou que não era necessário responder a todas as questões colocadas, posto que, no que respeitava à primeira questão (primeira parte), devia responder-se que: «os artigos 52º e 58º do Tratado devem ser interpretados no sentido de que, no estágio actual do direito comunitário, não conferem a uma sociedade constituída em conformidade com a legislação de um Estado-membro e que neste tenha a sua sede social, o direito de transferir a sede da sua administração para outro Estado-membro» (para. 23 do Acórdão de 27.09.88, proferido no processo 81/87). No caso concreto, a sociedade *Daily Mail and General Trust PLC* foi impedida de transferir a administração efectiva de Inglaterra para a Holanda (i.e. foi-lhe negada a autorização que, na altura, era exigida pela lei inglesa, para transferir a sede da sua administração para a Holanda, cuja legislação não impede que as sociedades estrangeiras estabeleçam a sua administração central nesse país, e onde a sociedade pretendia, realizar as reuniões do seu conselho de administração e arrendar instalações para a sua administração) pelas autoridades britânicas.

⁽¹⁰⁸⁾ *Servaas van Thiel*, “*Daily Mail Case: Tax planning and the European Right of Establishment: a Setback*”, *European Taxation*, Novembro 1988, págs. 357-366 (assim, pág. 360 e segs); e Francisco J. Garcinesteri Alférez *ob. cit.* pág. 681.

⁽¹⁰⁹⁾ Este princípio é garantido actualmente para a Sociedade Europeia (SE). Nos termos do artigo 8º do Regulamento nº 2157/2001 do Conselho, de 8 de Outubro de 2001 relativo ao estatuto da SE, a sede da SE pode ser transferida e essa transferência não origina a dissolução da SE, nem a

Com efeito, se as regras fiscais tinham as suas raízes no direito comercial e assentavam no pressuposto de que o direito comunitário aderiria à teoria da sede efectiva rejeitando a da constituição, é de esperar que a reviravolta jurisprudencial trazida pela decisão Centros e amparada pelo novo estatuto da SE e por outros trabalhos comunitários venha a médio prazo permitir que todas as emigrações e imigrações no âmbito comunitário se realizem com neutralidade fiscal.⁽¹¹⁰⁾

criação de uma nova pessoa colectiva; no entanto, os Estados-membros podem impor às SE registadas no seu território a obrigação de terem a administração central e a sede no mesmo local (artigo 7º do Regulamento).

⁽¹¹⁰⁾ Em rigor, caso se exija a criação de um estabelecimento estável ao qual ficam afectos os bens anteriormente registados no balanço da sociedade que emigra, não se altera sequer o direito do Estado de origem a tributar - aquando da realização - quaisquer mais-valias futuras. Ao fim e ao cabo, trata-se apenas de ampliar o âmbito da aplicação da Directiva 90/434/CEE. O projecto do Estatuto da Sociedade Anónima de 1977 continha uma disposição que previa expressamente o reconhecimento da neutralidade fiscal para a mudança da sede da SE. O actual Regulamento não prevê essa situação, assim como qualquer outra implicação fiscal. No entanto, uma vez que a transferência da sede não origina a dissolução da SE nem a criação de uma nova pessoa colectiva (ao contrário do que dispõem várias legislações europeias), tem sido entendido que a neutralidade fiscal virá a ser assegurada, senão por via legislativa comunitária (seria a forma preferível), através da concorrência fiscal para atrair novo investimento, assegurando apenas a manutenção de um estabelecimento estável no país de emigração. Mais, uma vez que uma sociedade anónima constituída num Estado Comunitário pode ser transformada em SE (e.g. desde que detenha, há pelo menos dois anos, uma filial noutro Estado membro - artigo 2º (4) do Regulamento da SE) e, na sequência disso, pode mudar a sua sede (ainda que não o possa fazer no momento da transformação - artigo 37º (3) do Regulamento da SE) parece evidente que os dias do bloqueio às emigrações e imigrações das sociedades estão contados. Num contexto de liberalização (ainda que sem qualquer regime fiscal harmonizado, para além do disposto na Directiva 90/434/CEE), os Estados que dificultarem as reorganizações e a melhor afectação dos recursos pela via fiscal podem comprometer a eficiência do próprio mercado (nacional). Na Alemanha, país que tradicionalmente adere à teoria da direcção efectiva e ainda impõe a dissolução e liquidação das sociedades nacionais que pretendem emigrar e a constituição de novas sociedades em relação às que imigram para o seu território, reclama-se com vigor o aparecimento de legislação fiscal mais favorável. Cfr. Andreas Schulz, "The European Company Statute - the German View", *Intertax*, Vol. 29, nº 10, págs. 340 e 341. A título de exemplo não se deve esquecer que os Agrupamentos Europeus de Interesse Económico (AEIE) já podem mudar a sua sede no mercado único há alguns anos. Não obstante, os problemas daí decorrentes serem menores (e.g. as suas regras estão "vertidas" num Regulamento Comunitário - cfr. JOCE L nº199 de 31 de Julho de 1985), a verdade é que não existe uma experiência comunitária negativa. Vejam-se também Paul Farmer e Richard Lyal, *ob. cit.*, págs. 39-322, ed. Clarendon Press, Oxford 1994, e o trabalho realizado pela KPMG para a Comissão sobre a transferência da sede social no espaço comunitário, *cit.*. Este estudo é concluído com dois projectos de propostas de Directiva que admitem a transferência da sede sem dissolução da sociedade; uma proposta reflecte a adesão à teoria da incorporação (cfr. págs. 37-41) e a outra adere à teoria da direcção efectiva (cfr. págs. 53-62).

De qualquer forma, no estágio actual do direito comunitário não basta ainda assegurar o reconhecimento mútuo das sociedades para garantir total neutralidade no momento da transferência da sede social ou da direcção efectiva de um Estado Comunitário para o outro.⁽¹¹¹⁾

b) Aspectos fiscais

(i) Em geral

Não obstante se poder entender, no plano teórico, que as medidas que dificultam ou impedem a transferência da sede social ou da direcção efectiva de um Estado para o outro (no plano societário), e/ou que tornam essa operação extremamente onerosa, posto que presumem a realização de mais-valias e reservas ocultas (no plano fiscal), são contrárias ao artigo 48º do Tratado da CE, esse tipo de regras ainda subsistem na Europa Comunitária.⁽¹¹²⁾

Vejam, em qualquer caso, algumas das situações mais frequentes em que ocorrem estas emigrações:⁽¹¹³⁾

- A sociedade A, com sede e direcção efectiva no Estado A, muda a sua sede para o Estado B, mas mantém a direcção efectiva no Estado A;
- A sociedade A, com sede e direcção efectiva no Estado A, muda a sua direcção efectiva para o Estado B, mas mantém a sede no Estado A;
- A Sociedade A, com sede e direcção efectiva no Estado A, muda a sua sede para o Estado B e a sua direcção efectiva para o Estado C;
- A Sociedade A, com sede no Estado A e direcção efectiva no Estado B, muda a sede para o Estado B;
- A Sociedade A, com direcção efectiva no Estado A e sede no Estado B, muda a sua direcção efectiva para o Estado B.

No caso da direcção efectiva ser o critério convencional determinante para reconhecer a residência da sociedade tanto no Estado A como no Estado B e que ambos os elementos são critérios que determinam a residência à luz da

⁽¹¹¹⁾ A transferência da residência fiscal tem, como regra, consequências fiscais não só no contexto comunitário, como e sobretudo no contexto internacional.

⁽¹¹²⁾ Nas operações que envolvem a transferência da sede e/ou da direcção efectiva para fora ou para dentro da União Europeia não se pode - obviamente - invocar o "direito de estabelecimento" para evitar qualquer tributação que o Estado de origem ou de destino impôs, criando uma ficção sobre a realização das mais-valias (para quem sai), ou sujeitando, por exemplo, a imposto de selo, novamente por ficção, a realização de capital (de quem entra). A intervenção de um Estado terceiro impede que aquela análise se faça à luz do direito comunitário.

⁽¹¹³⁾ Na prática é fundamental apurar qual o critério adoptado pela legislação comercial e fiscal (e.g. critério da constituição, da sede ou da direcção efectiva) de cada um dos Estados A, B ou C.

legislação doméstica, admite-se que a primeira decisão (a mudança de sede) não levante - regra geral - problemas de maior.⁽¹¹⁴⁾

Já a segunda e terceira situações - alteração da direcção efectiva - podem dar origem a problemas fiscais no Estado de origem: (i) há Estados que ainda pressupõem a dissolução da sociedade A, no momento da emigração da sociedade, com todas as consequências comerciais e fiscais daí decorrentes⁽¹¹⁵⁾; (ii) Outros Estados asseguram a neutralidade fiscal a essas operações - nos mesmos termos em que a 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. Assim se procura preservar o direito de tributar no futuro.⁽¹¹⁶⁾

(ii) Em Portugal

Do ponto de vista civil e comercial nada obsta à emigração das sociedades Portuguesas (as quais podem mudar a sua sede efectiva para o estrangeiro) ou

⁽¹¹⁴⁾ Tendo os Estados A e B celebrado uma Convenção bilateral para eliminar a dupla tributação e prevalecendo o direito de tributar no Estado da direcção efectiva, de acordo com o artigo 4º (3) não se levantam disputas com essa decisão.

No caso concreto, a sociedade A abre um novo estabelecimento no Estado B, mas mantém a sua residência fiscal no Estado de origem.

⁽¹¹⁵⁾ Cfr. Na União Europeia, são exemplos disso a Alemanha, a Áustria e a Dinamarca, referidas por Jean-Marc Rivier, *ob. cit.*, pág. 64. Vejam-se também os pontos 15.5, 8.3.1.3 e 8.4.1.2 dos capítulos respeitantes a cada país, a propósito do tratamento comercial e fiscal da emigração e imigração das sociedades na Europa in *Taxation of companies in Europe*, 4 Vols. Ed. IBFD. Até 1988, as sociedades inglesas não podiam transferir a sua residência para o estrangeiro sem autorização do *Inland Revenue*. O processo Daily Mail é exemplo disso. No decurso do processo judicial (em 1988) o governo Britânico decidiu mudar as regras do jogo, introduzindo uma ficção legal de que a emigração de uma sociedade equivale a uma transmissão de todos os activos que não fiquem afectos a um estabelecimento estável no Reino Unido (i.e. que permitem assegurar uma tributação futura). Isto foi até visto como uma medida para prevenir os efeitos de uma eventual decisão negativa no caso Daily Mail. Cfr. Geoffrey Pink, "UK Finance act 1988 - Corporate residence and emigration", *European Taxation*, Dezembro 1988, pág. 407-409, e Servaas van Thiel, *ob. cit.*, pág. 365, e Paul Farmer e Richard Lyal, *EC Tax Law*, pág. 321, rodapé 47, ed. Clarendon Press, Oxford 1994.

⁽¹¹⁶⁾ São exemplos disso, a Irlanda, a Itália e a Noruega. Cfr. Giuseppe Marino, "Italy: The transfer abroad of a company seat", *European Taxation*, Maio 1994, pág. 136-138. O Supremo Tribunal Holandês também 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 - cfr. Theodoor Huisker, "Netherlands: Transfer of the place of effective management of a limited liability company", *European Taxation*, Fevereiro, pág. 67-69.

à imigração para Portugal de sociedades estrangeiras.⁽¹¹⁷⁾ O Código do IRC não se preocupou em regular especificamente o problema da transferência da residência fiscal das sociedades e, mais concretamente, a questão da emigração das sociedades portuguesas ou a imigração das sociedades estrangeiras.⁽¹¹⁸⁾ ⁽¹¹⁹⁾

A emigração de sociedades portuguesas no plano fiscal

A emigração das sociedades portuguesas para o estrangeiro não tem no Código do IRC qualquer referência, à excepção da regra especial que regula o respectivo período de tributação das sociedades e que, neste aspecto, é exigida pelo próprio princípio da soberania fiscal territorial. Quando uma sociedade emigra, a soberania fiscal do Estado é auto-limitada pela mudança do elemento de conexão (um “residente” torna-se “não residente”) e, nessa medida, alteram-se os pressupostos da tributação. Como já sublinhámos, as sociedades residentes em Portugal, diferentemente das “não residentes”, estão sujeitas a IRC relativamente a todos os rendimentos obtidos durante o respectivo exercício económico, o qual coincide com o ano civil.⁽¹²⁰⁾

Por isso, ocorrendo a emigração de uma 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 Português...».⁽¹²¹⁾ Assim, o direito de tributação ilimitada é, supostamente, a partir dessa data, atribuído ao Estado estrangeiro de acolhimento. Como se constata, esta ficção

⁽¹¹⁷⁾ A nacionalidade da sociedade pode mudar em conformidade com a lei que define o seu estatuto pessoal. A alteração da direcção efectiva para outro Estado implica, em regra, a mudança da sua lei pessoal, mas à luz da decisão Centros, atrás citada, afigura-se que a sociedade poderá manter a sua lei pessoal, caso seja possível manter a sua sede social no Estado de origem. Esta situação pode ser relevante para efeitos de aplicação do artigo sobre a não discriminação previsto nas Convenções bilaterais celebradas pelo Estado de origem.

⁽¹¹⁸⁾ Fosse porque se entendia que essas situações eram manifestamente excepcionais ou não ocorriam na prática, fosse porque se julgou que as regras existentes seriam suficientes para assegurar a resolução dos problemas levantados com essas ocorrências. Veja-se que no 41º Congresso Internacional da IFA, realizado em 1987, sobre a residência fiscal das sociedades, o relator nacional não sublinhou a necessidade de introduzir quaisquer mudanças na legislação nacional. É neste contexto que é realizada a reforma da tributação do rendimento (1989), na qual este assunto não assume prioridade.

⁽¹¹⁹⁾ Aliás, no domínio do sistema cedular já se admitia a emigração e a imigração de sociedades em Portugal, não obstante não existirem regras especiais sobre essa situação. Cfr. Francisco Rodrigues Pardal, *ob. cit.*, págs. 487-490.

⁽¹²⁰⁾ Esta é a regra geral prevista nos artigos 4º (1) e 8º (1) do CIRC.

⁽¹²¹⁾ Cfr. artigo 8º (5) a) do CIRC.

legal exige que a sociedade deixe de ser residente em Portugal nos termos da lei doméstica (i.e. deixam de se verificar, cumulativamente, ambos os elementos de conexão subjectiva em que se baseia o critério de residência - sede e direcção efectiva)⁽¹²²⁾ e, se assim não for, Portugal mantém o seu direito de tributar os rendimentos universais. Admitindo, no entanto, 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, a declaração relativamente ao exercício imediatamente anterior, quando ainda não tenham decorrido os prazos legais;⁽¹²³⁾

b) A declaração anual de informação contabilística e fiscal;⁽¹²⁴⁾

c) A declaração de cessação da actividade.⁽¹²⁵⁾

Como se compreende, os activos da sociedade que emigra podem - ou não - ficar afectos a um estabelecimento estável português. Esta será, porventura, a situação mais frequente se a sociedade que emigra for uma sociedade que actua no sector secundário (e.g. as fábricas, as máquinas e os trabalhadores mantêm-se no território português), mas já poderá ser menos corrente se a sociedade operar no sector terciário. Imaginemos uma sociedade holding que apenas detinha participações sociais e realizava, ocasionalmente, prestações de serviços a favor das suas subsidiárias (e.g. as acções não constituem um estabelecimento estável). No primeiro caso, Portugal mantém o direito de tributação respeitante às reservas ocultas, mas isso poderá já não ocorrer na segunda situação.⁽¹²⁶⁾

⁽¹²²⁾ A utilização da coordenada copulativa “e” em substituição da coordenada disjuntiva “ou”, utilizada para identificar os dois critérios que permitem qualificar um residente à luz do CIRC [cfr. artigo 2º (3) do CIRC], parece manifestamente evidenciar que o legislador não estabeleceu a mesma cominação para o caso de apenas um dos critérios deixar de se verificar (i.e., se a sociedade transferir apenas a sede ou a direcção efectiva para o estrangeiro). O que, aliás, se explica pelo facto da sociedade continuar a considerar-se uma sociedade residente para efeitos de IRC. No entanto, esta “nuance” poderá ser relevante no caso de uma sociedade transferir apenas a sua direcção efectiva para o estrangeiro e ainda que não cumpra com todas as exigências societárias nacionais. Para efeitos convencionais, a sociedade poderá ser já uma sociedade residente no estrangeiro.

⁽¹²³⁾ Cfr. artigo 112º (3) do CIRC.

⁽¹²⁴⁾ Cfr. artigo 113º (4) do CIRC.

⁽¹²⁵⁾ Cfr. artigo 110º (6) do CIRC.

⁽¹²⁶⁾ Assim, se uma sociedade holding em Portugal emigrar para um Estado com quem Portugal celebrou uma Convenção bilateral (sem manter qualquer estabelecimento estável em território português), é muito provável que a futura venda daquelas participações não esteja sujeita a imposto em Portugal de acordo com a regra convencional que - em geral - reserva ao Estado de residência o direito de tributar as mais-valias mobiliárias.

Mesmo nas situações em que a sociedade continua a desenvolver a sua actividade em Portugal através de um estabelecimento estável parece que se lhe exige a entrega da declaração da cessação de actividade como “residente” e a apresentação de uma nova declaração de início de actividade como entidade “não residente”, o que, aliás, acabará por ser articulado com a documentação comercial a apresentar.⁽¹²⁷⁾

No entanto, o legislador nacional não criou qualquer 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,⁽¹²⁸⁾ 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.

Ora, estando o direito fiscal sujeito ao princípio da legalidade e da tipicidade fechada e não admitindo a utilização da analogia, não é possível equiparar a transferência da sede e direcção efectiva a uma transmissão de activos ou a uma dissolução e liquidação de sociedade.⁽¹²⁹⁾

Verifica-se, assim, que a lei fiscal portuguesa é bem mais generosa do que as restantes legislações europeias, posto que não se limita a assegurar neutralidade fiscal à operação, com base no princípio da continuidade, uma vez que não despoleta a tributação nos casos em que os activos não ficam afectos a um estabelecimento estável em Portugal.⁽¹³⁰⁾

⁽¹²⁷⁾ A declaração da cessação de actividade prevê expressamente a cessação da actividade por motivo de transferência da residência para o estrangeiro (Cfr. Quadro 08, campo 3) e a declaração de início de actividade prevê a entrega da declaração pelo estabelecimento estável da entidade não residente. Talvez fosse mais curial, em obediência aos princípios da continuidade e da simplicidade, apresentar uma única declaração de alterações.

⁽¹²⁸⁾ Na verdade, a presunção legal estabelecida no artigo 8º (5) a) do CIRC não tem por escopo determinar a matéria colectável nem permite legitimar uma tributação de mais valias potenciais, e os artigos 43º e 73º e segs. do CIRC não prevêm a tributação das reservas ocultas. Cfr. William T. Cunningham *ob. cit.*, pág. 85-89 (assim, pág. 87).

⁽¹²⁹⁾ Concordamos totalmente com William Cunningham, quando sublinha que «... the way seems open for tax-free migrations of Portuguese-resident companies», in *ob. cit.*, pág. 87. Cfr. por todos, Pedro Soares Martínez, *Direito Fiscal*, págs. 106-108, Ed. Almedina, Coimbra 1993.

⁽¹³⁰⁾ No plano comunitário, as cláusula gerais anti-abuso, de origem doméstica [e.g. artigo 38º (2) da LGT], não devem servir para travar a emigração das sociedades, sob pena da sua aplicação violar o direito de estabelecimento.

A imigração de sociedades estrangeiras no plano fiscal

Por seu turno, a transferência da residência de uma sociedade estrangeira para Portugal também não tem implicações fiscais significativas. A sociedade “abre as suas contas” nos termos em que as fechou no estado de origem e dá início à sua actividade comercial com essa base contabilístico-fiscal.

Os valores dos activos e passivos registados no balanço, de acordo com o princípio da continuidade, são aqueles que constavam na sociedade estrangeira, pelo que qualquer mais-valia futura, determinada de acordo com as regras domésticas, será tributada em Portugal.

A imigração das sociedades estrangeiras pode dar origem a situações de dupla tributação. Ou porque o Estado de origem estabelece uma presunção que equipara a mudança da sede ou direcção efectiva 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 realização.⁽¹³¹⁾ ⁽¹³²⁾

Neste último caso, o Estado de residência (e.g. Portugal) também tributará essas mais-valias no momento da realização, mas essa dupla tributação será eliminada ou, pelo menos, atenuada através do mecanismo convencional ou unilateral.⁽¹³³⁾

⁽¹³¹⁾ Em certos Estados (e.g. Austria), admite-se até que a transmissão de activos de um estabelecimento estável para uma sociedade (i.e., a situação inversa à que analisamos e que ocorreria se a sede ou direcção efectiva localizada no estrangeiro fosse transferida para Portugal, onde anteriormente estava apenas localizado num estabelecimento estável) possa ser tratada como uma liquidação do estabelecimento estável.

⁽¹³²⁾ Esta dupla tributação, é mais grave se o Estado de origem tributar as mais-valias potenciais na data da imigração da sociedade para Portugal e se este último novamente as tributar quando a sociedade as realizar. Em geral, nestas situações não há sequer uma transmissão de activos (nisto consiste o planeamento fiscal), uma vez que aquela determinaria, necessariamente, a realização das mais-valias. Esta, foi aliás, uma das críticas levantadas às posições defendidas pelo Advogado Geral Darmon (3ª conclusão) no caso Daily Mail, as quais assentavam no pressuposto de que o direito de estabelecimento não se opunha a que um Estado exigisse que uma sociedade que transfere a administração central para outro Estado promova «... o apuramento da sua situação fiscal relativamente à parte do património social a que essa transferência diga respeito e avaliada no momento em que esta seja efectuada». Cfr. Servaas van Thiel, *ob. cit.*, pág. 363.

⁽¹³³⁾ Cfr. Disposição correspondente ao artigo 23º do MCOCDE e artigo 85º do CIRC. No caso das tributações ocorrerem em exercícios distintos em cada um dos Estados (e.g. o Estado estrangeiro tributou a mais-valia no momento da imigração), é provável que não seja possível eliminar a dupla tributação. Primeiro, porque, em princípio, só se evidenciará muitos anos depois, quando os activos foram alienados pela sociedade já com residência portuguesa. Segundo porque a tributação no Estado de origem é uma tributação presumida, sem ter na base um rendimento

A experiência portuguesa neste domínio também é muito limitada e no único caso que se conheça que chegou aos Tribunais - Processo Wagons Lits - por a administração fiscal entender que a direcção efectiva de uma sociedade estrangeira se encontrava em Portugal, o Tribunal Tributário de 2ª instância concluiu que aquela não havia sido transferida para o nosso território. ⁽¹³⁴⁾

No passado recente existem, no entanto, várias casos em que sociedades estrangeiras optaram por se tornar residentes em Portugal, em virtude das vantagens de que aqui poderiam auferir. ⁽¹³⁵⁾

3.3. A residência nas Convenções celebradas por Portugal

A. A residência das sociedades nas Convenções celebradas por Portugal

a) Aspectos mais significativos das Convenções bilaterais celebradas por Portugal

No que respeita ao artigo 4º, que se reporta ao “residente”, as Convenções bilaterais celebradas por Portugal inspiram-se nos diferentes MCOCDE’s vigentes à data da sua negociação ou celebração, tendo acolhido uma versão muito próxima daquela.

Não obstante esta tendência geral, algumas Convenções celebradas por Portugal - ou com Estados não-membros da OCDE ou com Estados que introduziram uma reserva no MCOCDE ⁽¹³⁶⁾ - incluem a possibilidade do Estado co-

tributado no novo Estado da residência, pelo que não será fácil persuadir as autoridades deste último Estado a permitirem creditar aquele valor. Porventura, poder-se-ia ir reportando aquele montante até que a, eventual, mais-valia viesse a ser realizada, permitindo então o crédito do imposto estrangeiro. Para evitar tal situação deve-se permitir a actualização do valor dos activos no Estado da imigração, caso estes últimos tenham sido “revistos” para efeitos tributários no Estado da emigração, tendo dado origem a uma tributação de “ganhos potenciais”.

⁽¹³⁴⁾ Cfr. rodapé 93 supra.

⁽¹³⁵⁾ O Autor conhece alguns exemplos em que foram transferidas sedes de sociedades estrangeiras para o CIN da Madeira. W. Cunningham refere, ainda que teoricamente, a possibilidade de sociedades inglesas optarem por se tornarem residentes - cfr. *ob. cit.*, pág. 86. Não têm, aliás, sido também as “vantagens fiscais” oferecidas pela Holanda, pelo Luxemburgo, pela Irlanda e, dir-se-ia mesmo, por quase todos os países europeus (dependendo dos “veículos” a que nos reportamos), responsáveis pela transferência de sedes e criação de tantas sociedades naqueles espaços territoriais?

⁽¹³⁶⁾ Uma vez que o MCOCDE não é um verdadeiro Tratado, mas um mero Modelo de Convenção (objecto de uma Recomendação submetida aos Estados membro) «não se trata de “reserva” em sentido próprio». Cfr. Manuel Pires, *ob. cit.*, Lisboa 1984, pág. 586, rodapé 6.

-contratante com Portugal (ou até Portugal) poderem utilizar critérios internos para definir a residência fiscal que não constam no MCOCDE, a saber:

- (i) Na Convenção com a Bulgária estabeleceu-se que este Estado deve utilizar como critérios relevantes a nacionalidade, o local da sede ou do registo;
- (ii) Nas Convenções celebradas com os EUA e a Rússia admitiu-se que, para além dos critérios do MCOCDE, os Estados podem utilizar o “local de constituição da sociedade”, e na Convenção com a Ucrânia prevê-se a possibilidade de utilizarem também o “local de registo”.

Os problemas da dupla residência dependem, como já vimos, dos critérios acolhidos pela legislação interna do outro estado e, em última instância, da interpretação que as Partes contratantes fizeram dos factos, e circunstâncias que rodeiam a situação.

Estes problemas adensam-se também pelo facto de alguns Estados (e.g. Portugal) acolherem um elemento de conexão alternativo, estendendo a sua soberania tributária e abrindo mais facilmente as portas a um potencial conflito. Alguns desses conflitos motivados pela adopção de diferentes critérios podem sintetizar-se assim:

- a) A sociedade A tem a sua sede estatutária em Portugal mas a direcção efectiva no Estado B;⁽¹³⁷⁾
- b) A sociedade A tem a sua direcção efectiva em Portugal mas a sede estatutária no Estado B;⁽¹³⁸⁾
- c) A sociedade A tem a sua sede em Portugal, mas foi constituída nos EUA ou na Rússia;⁽¹³⁹⁾
- d) A sociedade A tem a sua direcção efectiva em Portugal, mas o local de registo na Ucrânia.⁽¹⁴⁰⁾

Mas, além disso, os conflitos podem também resultar das diferentes interpretações sobre a mesmo critério que foi adoptado por ambos os Estados. A situação mais comum é a que decorre do próprio conflito sobre o termo “administração efectiva”; Vejamos:

⁽¹³⁷⁾ De acordo com a legislação interna do Estado B, a sociedade tem aí a residência se a sua sede ou direcção efectiva estiverem localizadas nesse Estado.

⁽¹³⁸⁾ *Ibidem*.

⁽¹³⁹⁾ Cfr. artigo 4º (1) das Convenções celebradas entre Portugal e os EUA (anexo à Resolução da Assembleia da República nº 39/95 de 21.06.95 e Decreto do Presidente da República nº 73/95 de 12 de Outubro (D.R. nº 236, ISA, de 12.10.95) e entre Portugal e Rússia (Proposta de resolução nº 76/VIII).

⁽¹⁴⁰⁾ Cfr. artigo 4º (1) e (3) da Convenção celebrada com a Ucrânia (Proposta da Resolução nº 70/VIII).

a) Os Estados contratantes (e.g. Portugal e um Estado estrangeiro que também adopta o critério de administração efectiva) divergem quanto ao conceito de administração efectiva; um Estado elege como relevante a administração corrente e outro a administração que consiste na tomada das decisões mais importantes;⁽¹⁴¹⁾ ou

b) Os Estados contratantes divergem quanto à interpretação dos factos e circunstâncias que permitem localizar a direcção efectiva, considerando ambos que a administração efectiva, exibida pela tomada das decisões mais relevantes, se encontra localizada no seu Estado;

Por outro lado, em virtude das diferenças existentes nas Convenções que seguem o Projecto MCOCDE de 1963 ou o MCOCDE de 1977, verifica-se também uma divergência de tratamento de alguns residentes. As Convenções que seguem o MCOCDE de 1977 ou 2000 estabelecem que as entidades consideradas residentes para efeitos da legislação doméstica (e.g. IRC) e que só são tributadas com base numa obrigação limitada (e.g. só em função dos rendimentos de fonte nacional) não são consideradas residentes para efeitos Convencionais,⁽¹⁴²⁾ já o mesmo não ocorre com as pessoas (e.g. sociedade) que possam beneficiar das Convenções celebradas com base no Projecto do MCOCDE de 1963. Essas pessoas, ainda que só tributadas com base nessa obrigação limitada poderão beneficiar da Convenção.

Assim, se restringe a possibilidade das sociedades écrans beneficiarem da aplicação dos Tratados celebrados com Portugal.⁽¹⁴³⁾

⁽¹⁴¹⁾ Este problema pode ocorrer, por exemplo, no caso da Ucrânia que já deixou claro que interpreta o conceito de administração efectiva, no sentido de administração corrente.

⁽¹⁴²⁾ A nosso ver esta situação, mais do que qualquer outra (e.g. legislação doméstica anti-abuso, criada para combater as *base companies* ou as *control foreign corporations*, que assenta num regime de transparência fiscal internacional que, na nossa opinião, ofende os próprios Tratados - artigo 7º), constitui a “substância” do argumento que pode ser utilizado pelos Estados estrangeiros contra as entidades licenciadas no CIN da Madeira que estejam totalmente isentas de IRC em relação a todos os rendimentos estrangeiros obtidos no âmbito da sua actividade. Até agora o problema tem sido posto fundamentalmente em torno da aplicação das regras nacionais anti-abuso. Cfr. Maria Margarida Cordeiro Mesquita, “Aplicação das Convenções sobre a dupla tributação nas empresa instaladas nas zonas francas da Madeira e de Santa Maria”, Rev. Direito e Justiça, Vol. XI, Tomo 2, págs. 119 e segs. (assim, págs. 127 e 128) e Francisco de Sousa da Câmara., Portugal - Limits on the use of low-tax regimes by multinacional business: current measures and emerging trends”, relatório nacional apresentado no Congresso da IFA, realizado em 2001, em S. Francisco, Cahiers de DFI, Vol. LXXXVib, ed. Kluwer, págs. 767-802, (assim, págs. 795-797).

⁽¹⁴³⁾ Desconhece-se a razão pela qual Portugal prescindiu da inclusão do segundo período do nº 1 do artigo 4º MCOCDE nas Convenções celebradas com a Bulgária, Cabo Verde, Macau e Venezuela, quando não lhe foi permitido beneficiar do mesmo regime. Veja-se que isso poderia ter

b) Aspectos práticos sobre a aplicação das regras domésticas e convencionais

Neste domínio, como em tantos outros, o fosso existente entre o direito instituído e a vida real é flagrante.

Tradicionalmente, Portugal adoptou uma postura adequada aos países importadores líquidos de capital e menos desenvolvidos. Neste sentido, preocupou-se fundamentalmente com a tributação das entidades multinacionais que em Portugal operavam através da constituição de subsidiárias, com a abertura de sucursais ou escritórios de representação ou até simplesmente, ao abrigo de contratos de transmissão, definitiva ou temporária, de bens ou direitos, de contratos de prestação de serviços (incluindo a assistência técnica) ou outros.

As sociedades nacionais (no sentido, de empresas de capitais nacionais) não constituíram objecto de especial inquietação. Tendo a sede em Portugal estas sociedades consideram-se residentes em Portugal ao abrigo do CIRC, ainda que a direcção efectiva se encontre estabelecida noutra Estado. E, sendo assim, a menos que o problema seja levantado pela sociedade ou pelo Estado onde se encontra a direcção efectiva [fazendo prevalecer o disposto no artigo 4º (3) da Convenção respectiva] a sociedade é tributada de forma ilimitada no território português.⁽¹⁴⁴⁾

A questão também deveria ser tratada assim, caso a sociedade tivesse a sua sede social no estrangeiro, mas a direcção efectiva em Portugal.⁽¹⁴⁵⁾

Na prática, o Estado português nunca necessitou de ser agressivo neste plano, posto que a generalidade dos investidores estrangeiros têm optado por constituir sociedades de direito português ou, no caso de pretenderem operar através de um mero estabelecimento estável ou mesmo ao abrigo da LPS, têm evitado que a direcção efectiva das sociedades estrangeiras com actividade em Portugal esteja localizada em território português.⁽¹⁴⁶⁾

interesse, por exemplo, para evitar as discussões referidas no rodapé anterior a propósito de algumas das sociedades (e.g. serviços) licenciadas no CIN da Madeira.

⁽¹⁴⁴⁾ Ora, entre nós não existe experiência administrativa ou jurisprudencial (pelo menos, divulgada) que ateste a ocorrência destas situações. No entanto, dada a pulverização do investimento estrangeiro em Portugal e a enorme quantidade de subsidiárias e mesmo estabelecimentos estáveis estrangeiros em Portugal, não nos custa admitir que muitas das direcções efectivas dessas sociedades se possam localizar no estrangeiro. Nessa matéria, assumem especial relevância os factos e circunstâncias que rodeiam a situação, mas é também particularmente relevante saber “o tipo de critério de administração efectiva” a que nos reportamos (vide 2.2.2.B.c) e rodapé 64 supra).

⁽¹⁴⁵⁾ Como vimos, a maioria das Convenções celebradas por Portugal acolhe o critério de direcção efectiva como regra prevalente.

⁽¹⁴⁶⁾ Mais do que tentar converter “estabelecimentos estáveis” em entidades residentes em território Português, a administração fiscal tem-se preocupado em alargar o âmbito de aplicação do termo

No início do ano de 2001, como vimos na introdução deste trabalho, esta questão ganhou novos contornos porque o Estado português foi colocado perante a eminência (ou, pelo menos, evidência pública) de algumas entidades tradicionalmente tributadas em Portugal segundo uma obrigação ilimitada poderem reduzir a sua presença no território português à sua expressão mais ínfima e deixarem, portanto, de ser tributadas em Portugal (pelo menos, como residentes).

Neste momento, certamente já se constatou que tanto as disposições legais como as declarações fiscais que os contribuinte têm o dever de apresentar à administração fiscal não estão elaboradas para retratar e, muito menos, para evitar as consequências negativas destas situações.

Na prática, uma sociedade portuguesa que apenas pretenda alterar a sua direcção efectiva para o estrangeiro não dispõe de uma declaração *standard* para o fazer.⁽¹⁴⁷⁾ Do mesmo modo, uma sociedade estrangeira que só desloque para Portugal a sua direcção efectiva também tem dificuldades para proceder a essa declaração, posto que a declaração de inscrição no registo e início de actividade também não contém um campo para revelar estas situações.⁽¹⁴⁸⁾

estabelecimento estável, tanto em termos teóricos, como práticos. O actual artigo 5º do CIRC é mais abrangente do que o artigo 5º do MCOCDE. A actividade de “coordenação, fiscalização e supervisão de uma obra” realizada por entidades não residentes sem pessoal em Portugal, por adjudicação do trabalho a terceiros através de uma subempreitada, não prejudicava o entendimento de que aquela entidade tinha um estabelecimento estável em Portugal. Cfr. Parecer do CEF nº 72/91 e Alberto Xavier, *ob. cit.*, págs. 266-268. A mesma situação tem agora vindo a ser vivida a propósito da reformulação do conceito de estabelecimento estável no MCOCDE. Portugal e Espanha isolaram-se como os únicos países que consideram que a presença física não é necessária para existir um estabelecimento estável no contexto do comércio electrónico. E, portanto, aceitam que em certas circunstâncias uma empresa que desenvolve uma actividade comercial em Portugal ou Espanha através de um endereço electrónico (*web site*) possa ser tratada como tendo aí um estabelecimento estável. Cfr. “Clarification on the application of the permanent establishment definition in e-commerce - changes to the commentary on the model tax convention on article 5º”, CAF (OCDE), 22 de Dezembro de 2000, in Kees van Raad, *Materials on International & EC Tax Law*, págs. 523-525 (assim pág. 524).

⁽¹⁴⁷⁾ A Declaração de alterações (Modelo nº 1699 - INCM) permite que se declare a mudança da sede, mas não tem qualquer Quadro para a mudança da administração efectiva. Uma possibilidade reservada aos sujeitos passivos seria preencher o Quadro respeitante à mudança de sede, explicando através de um documento anexo que a alteração se referia à “sede efectiva” (equivalente à direcção efectiva) e não à sede social, uma vez que esta se mantinha em Portugal. No sentido de que a sede efectiva e direcção efectiva devem ser interpretadas como expressões sinónimas, veja-se “Manuel Pires, “Tributação do rendimento e situações com elementos de estraneidade”, *ob. cit.*, pág. 409. Deve-se sublinhar, no entanto, que os serviços da administração fiscal têm entendido o termo “sede” constante no “Quadro 04” como sede estatutária ou sede social.

⁽¹⁴⁸⁾ Novamente, aqui também poderão os contribuintes interpretar o termo sede como “sede efectiva” (sinónimo de direcção efectiva) e preencher a declaração em conformidade. No caso da

No plano convencional, os problemas práticos também são vários. Em primeiro lugar, o pedido da certificação fiscal limita-se a ter um campo para inscrever o local do “domicílio fiscal”.⁽¹⁴⁹⁾ Ora, este termo não é utilizado pelo CIRC. Em relação aos residentes verifica-se que o formulário *standard* existente não permite detectar se a pessoa que requiere esse certificado, e que se considera residente nos termos do artigo 2º (3) do CIRC, tem a sua sede e/ou a direcção efectiva em Portugal.⁽¹⁵⁰⁾ Em relação aos não residentes “abre-se a porta” a que indiquem o endereço do estabelecimento estável (e.g. sucursal) ou qualquer outro, habilitando-os a beneficiar, indevidamente, de vantagens a que não têm direito.⁽¹⁵¹⁾ Também os próprios formulários que se referem à redução na fonte do imposto português sobre dividendos, juros e royalties se reportam ao conceito de “domicilio fiscal” tanto em relação aos residentes como não residentes, só se referindo ao conceito de residente no campo reservado às autoridades fiscais do Estado da residência dos beneficiários daqueles rendimentos. E, em qualquer dos casos, não permitem identificar os critérios nacionais pelos quais se reconhece essa residência (e.g. sede, direcção efectiva, lugar de registo, lugar de constituição, etc.).⁽¹⁵²⁾

B. A dupla residência das sociedades nas Convenções celebradas por Portugal

A generalidade das Convenções bilaterais celebradas por Portugal acolheu o artigo 4º (3) do Projecto de MCODE que, mais tarde, foi adoptado pelo MCOCDE de 1977 e reafirmado pelo MCOCDE 1995 (mantido até 2000),

sociedade não ter aqui um local próprio ou arrendado, o endereço ficaria, porventura, registado no local onde iriam ocorrer as reuniões do conselho de administração e onde viriam a ser tomadas as decisões mais importantes dessa sociedade.

⁽¹⁴⁹⁾ Cfr. Modelo 2 RFI. Actualmente este formulário pode ser obtido via Internet, através da página do Ministério das Finanças: www.dgci.min_financas.pt. Cfr. circular 11/99 de 28.04.99 da DSBF da DGCI.

⁽¹⁵⁰⁾ Não existem campos para autonomizar essa informação no quadro do “domicílio fiscal” que em rigor, deveria ser “residência fiscal”.

⁽¹⁵¹⁾ Lembre-se a elegante crítica de Cunningham que, a esse propósito, refere que Portugal tem sido particularmente generoso...Cfr. William Cunningham, *ob. cit.*, pág. 88.

⁽¹⁵²⁾ Em geral sobre os problemas práticos na aplicação das Convenções veja-se, Francisco de Sousa da Câmara. “Portugal: Practical issues in the application of double tax conventions”, *Cahiers de DFI*, Vol. LXXXIIIb, ed. Kluwer, págs. 563-601, 1998. Tudo razões suficientes para que se altere no plano legislativo e administrativo esta situação.

clarificando este último apenas com maior precisão, que em caso de dupla residência, a pessoa «será considerada residente apenas do Estado em que estiver situada a sua direcção efectiva».

No entanto, em certas Convenções, Portugal acordou na utilização de um outro critério, tanto com Estados-membros da OCDE que apresentaram reservas relativamente ao nº 3 do artigo 4º do MCOCDE (e.g. EUA e Canadá), como com Estados não-membros da Organização; e, no que respeita a estes últimos, quer com os que apresentaram as suas Posições específicas a propósito do critério acolhido pelo MCOCDE (e.g. China) quer com os que o não fizeram (e.g. Coreia e Índia).⁽¹⁵³⁾

No que respeita aos EUA ficou estabelecido que as questões da dupla residência de uma pessoa (e.g. uma sociedade) serão resolvidas através de «acordo amigável» e, se não for possível chegar a acordo «a pessoa em causa não será considerada residente de nenhum dos Estados contratantes para efeitos dos benefícios previstos na [...] Convenção».

Adoptando o “local da constituição” como elemento de conexão relevante (a tributação ilimitada do rendimento depende, nos EUA, do lugar da constituição), os EUA também têm procurado impôr que as duplas residências sejam resolvidas à luz daquele critério.⁽¹⁵⁴⁾ Essa posição não tem sido aceite pela generalidade dos Estados europeus, posto que resolveria automaticamente os problemas de dupla residência a favor dos Estados Unidos, e nestes termos, também tinha de ser recusada por Portugal.⁽¹⁵⁵⁾ O compromisso a que se chegou – os problemas da dupla residência deverão ser resolvidos através de um acordo amigável a resolver caso a caso, sob pena das empresas não beneficiarem da Convenção – retrata o «equilíbrio» que tem sido possível estabelecer,

⁽¹⁵³⁾ Cfr. Paras. 27 e 31 dos Comentários ao artigo 4º e para. 6 das Posições assumidas pelos Estados não-membros ao mesmo artigo.

⁽¹⁵⁴⁾ Cfr. artigos 4º (3) dos Modelos de Convenção dos EUA de 1981 e 1996. Qualquer regra que procurasse desfazer a dupla residência como base noutra critério (e.g. o lugar da administração efectiva) implicaria que algumas empresas sujeitas a imposto com base nos seus rendimentos mundiais nos EUA, de acordo com a lei doméstica, não seriam consideradas residentes americanos para efeitos da Convenção. Nesses casos, os EUA tributariam o rendimento dessas sociedades como o Estado da fonte no âmbito do Tratado, apesar da sociedade estar sujeita a imposto nos EUA da forma ilimitada. O enquadramento desta questão com o artigo 1º do Modelo de Convenção dos EUA pode encontrar-se in, Klaus Vogel, Harry A. Shannan, III e Richard L. Doernberg, *United States Income Tax Treaties*, Vol. 1, article 4º, págs. 164-167, ed. Kluwer, Maio 1989.

⁽¹⁵⁵⁾ Como as duplas residências em relação aos EUA só ocorrem se os outros Estados contratantes utilizarem um critério distinto do da constituição (o local da direcção efectiva), a regra do Modelo Americano, resolve sempre o conflito a favor dos EUA (local da constituição).

uma vez que os EUA se recusam a atribuir benefícios às sociedades com dupla residência.⁽¹⁵⁶⁾

Também se afigura importante sublinhar que certos Estados, não membros da OCDE, que aceitaram o critério da “direcção efectiva” como regra definitiva para desbloquear os conflitos de dupla residência, esclareceram, nas Posições que assumiram perante o Comentário ao artigo 4º (3) da MOCDE, que aquele termo era por si interpretado no sentido de significar a “administração corrente” independentemente do local onde se encontrasse ou fosse exercido o controlo societário.⁽¹⁵⁷⁾

Esta é precisamente uma situação típica que pode dar origem a dupla tributação, no caso de uma sociedade ser considerada residente pelos dois Estados, dando o Estado português prevalência à administração mais relevante (onde são tomadas as decisões mais importantes) e o outro Estado (e.g. Ucrânia) à administração corrente.

4. O critério da “direcção efectiva” está em crise?

4.1. As alternativas suscitadas pela OCDE: o documento TAG

A. O ponto da situação⁽¹⁵⁸⁾

Como sublinhámos na introdução deste trabalho, um dos grupos de trabalho da OCDE, consciente dos grandes e novos desafios colocados aos intérpretes e aplicadores da regra da “direcção efectiva” como critério definitivo para resolver conflitos de dupla residência pôs à discussão pública um documento sobre o assunto.⁽¹⁵⁹⁾

⁽¹⁵⁶⁾ No passado, várias sociedade «usaram e abusaram» da situação de dupla residência, sobretudo através do Reino Unido. Uma descrição destas situações encontra-se em D.J. Murby, “UK: Dual resident companies - uses and abuses” *Bulletin de IBFD*, Agosto/Setembro de 1985, págs. 373-378; vejam-se também, a título de exemplo, os comentários à Convenção celebrada pelos EUA, com a Alemanha e com a Espanha, respectivamente, in *Handbook on the 1989 double taxation convention between the Germany and the USA*, Vol. 1º. Comentário ao artigo 4º (3) págs. 26-28, ed. IBFD 1992, e Jose Maria de la Villa Gil, “Residencia y Ciudadanía: Su Tratamiento y repercusiones jurídicas”, *Estudios sobre el convenio entre España y Estados Unidos para evitar la doble imposición*, págs. 153-160, ed. Editorial Gaceta Fiscal SA, Madrid 1991.

⁽¹⁵⁷⁾ Foi, por exemplo, a posição assumida pela Ucrânia - cfr. Para 10 das Posições assumidas pelos Estados não-membros da OCDE ao artigo 4º (3).

⁽¹⁵⁸⁾ As novas questões suscitadas pelo direito comunitário e, mais concretamente, as críticas tecidas à teoria da “direcção efectiva” em face da sua desconformidade com o direito de estabelecimento foram brevemente referidas no ponto 3.2. a) supra.

⁽¹⁵⁹⁾ «The impact of the communications revolution on the application of “place of effective management” as a tie-breaker rule», elaborado pelo Technical Advisor Group on monitoring the

Sendo indisputável o facto de que as dificuldades para determinar o local da direcção efectiva têm crescido enormemente com a globalização da economia e com as novas tecnologias de comunicação, das quais se destacam as vias electrónicas que permitem proceder a discussões em grupo por via da Internet, as videoconferências e o envio de documentação com assinaturas digitais, é tempo de fazer um balanço em torno da bondade de adopção do critério da direcção efectiva.

Como vimos ao longo deste trabalho, a adopção deste critério, enunciado de forma tão singela, levanta problemas de aplicação, no plano jurídico e no plano fáctico. Juridicamente torna-se difícil proceder a uma interpretação autónoma deste conceito, sem reenvio às legislações nacionais, quando há tão poucos elementos que auxiliem essa interpretação.⁽¹⁶⁰⁾

E, em última análise, permanece um elemento subjectivo nas mãos de intérprete e aplicador do direito que se encontra em cada Estado contratante e que, intuitivamente, na ausência de regras ou sequer orientações determinantes, procede à leitura dos factos em conformidade com o seu direito e a sua prática administrativa e jurisprudencial.⁽¹⁶¹⁾

Por seu turno, o deslumbrante mundo dos factos e circunstâncias converte cada situação num caso particular, sobretudo hoje, quando a diversidade é enriquecida pela revolução tecnológica que torna desnecessária a reunião dos administradores das empresas e a sua deslocação física de um Estado para outro para tomada de decisões.⁽¹⁶²⁾ Mas, isso também não permite concluir de forma simplista que, nesses casos, a direcção efectiva coincidirá como o lugar de residência dos administradores⁽¹⁶³⁾. Ou que, percorrendo rapidamente a

application of existing treaty norms for the taxation of business profits [doravante o “documento TAG sobre o artigo 4 (3) do MCOCDE”]. Vide também a nota de rodapé nº 6 supra. Os quadros I e II em anexo apresentam uma síntese das vantagens e desvantagens de cada critério.

⁽¹⁶⁰⁾ Os recentes comentários ao MCOCDE de 2000 (parágrafo 24 respeitante ao artigo 4º do MCOCDE) contribuem para reduzir este problema mas não o resolvem, até porque não há um consenso absolutamente generalizado sobre o valor jurídico dos comentários - cfr. ponto 2.2.2.2.A. (ii) supra.

⁽¹⁶¹⁾ Porventura em conflito cerrado com as autoridades do outro Estado e com a própria pessoa (e.g. sociedade) que, intencional ou inadvertidamente, conquistou a dupla residência que se pretende eliminar.

⁽¹⁶²⁾ O novo parágrafo 24 dos comentários ao artigo 4º vem oferecer - como tivemos oportunidade de sublinhar - pistas de orientação na interpretação do critério escolhido pelo MCOCDE (e.g. tomada das decisões mais importantes); ainda assim, a formulação reencontrada não dá resposta a todos os problemas e acaba por sucumbir ao fácil reenvio do problema para o intérprete e aplicador dessa mesma regra, evidenciando que nos encontramos perante uma «questão de facto».

⁽¹⁶³⁾ Caso não existam obstáculos jurídicos a que as reuniões do conselho se realizem no local escolhido pelos administradores (i.e. não exijam que as reuniões se processem na sede social), é

tradicional lista de índices que possibilitam detectar aquele local, o encontraremos definitivamente.⁽¹⁶⁴⁾

Essa é, precisamente, a constatação feita no Documento TAG sobre o artigo 4º (3) do MCOCDE:

«In a modern environment, the application of the above factors may not result in a clear determination of which state should be given preference as the State of residence, or may result in an outcome which does not appear to accord with the policy intentions of the provision».⁽¹⁶⁵⁾

B. O futuro: Alternativas ao *status quo*

Em virtude de se entender que os factos e circunstâncias relevantes podem levar a considerar que a direcção efectiva se encontra em vários Estados, parece inevitável constatar que este modelo é incapaz de dar resposta às questões actuais.

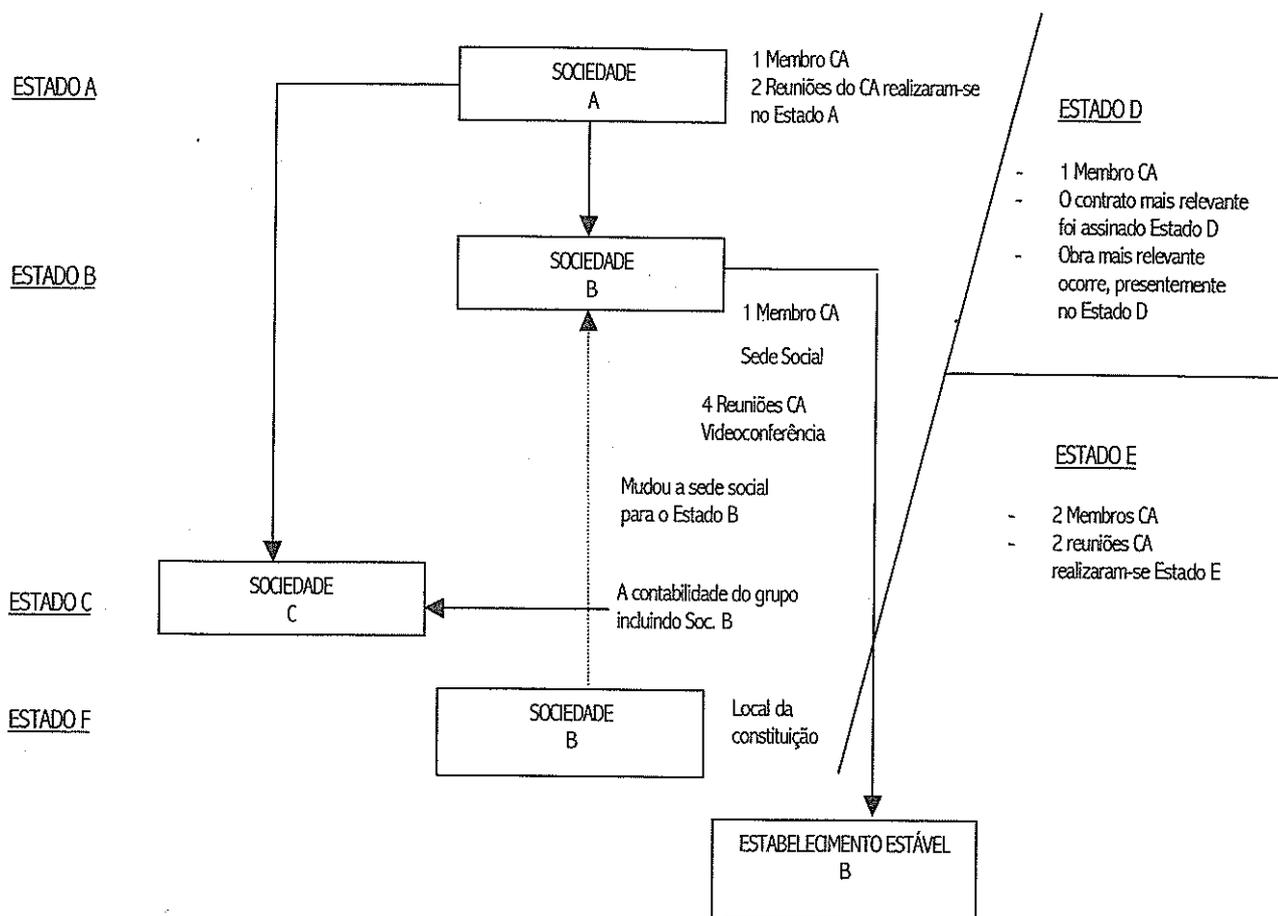
- Onde se encontra a direcção efectiva da “sociedade B”?⁽¹⁶⁶⁾

provável que certas empresas, com subsidiárias ou interesses em vários países, adoptem uma política descentralizadora de reuniões para além de admitirem que, por razões de interesse interno, em certos casos os administradores possam permanecer no local onde se encontram na data da reunião (que não coincide necessariamente com o local da sua residência ou com a sede social), juntando-se ao grupo por via audiovisual ou informática ...

⁽¹⁶⁴⁾ Cfr. ponto 2.2.2. 2. C. supra e o “Documento TAG sobre o artigo 4º (3) do MCOCDE, parag. 31-34.

⁽¹⁶⁵⁾ *Ibidem*, parág. 35. Referindo-se às anomalias, este documento lembra que pode mesmo acontecer que uma certa sociedade seja considerada residente à luz da legislação doméstica de dois Estados contratantes, mas tenha a direcção efectiva num terceiro Estado. *Ibidem*, parágrafo 45.

⁽¹⁶⁶⁾ Assume-se que: A “sociedade B” tem 5 membros do Conselho de Administração (CA); 1 residente no Estado A, outro no Estado B, 1 no Estado D e outros 2 no Estado E. A sociedade B realiza 8 reuniões do CA por ano, mas só em 4 delas é que os administradores se deslocam (4 reuniões são realizadas por videoconferência, 2 reuniões no Estado A e as outras 2 no Estado E). A sociedade B constituiu-se no Estado F, mas mudou a sede estatutária para o Estado B. A contabilidade da sociedade B está centralizada no Estado C. O contrato mais relevante foi assinado no Estado D, onde decorre a obra mais importante para o grupo.



Para responder a estes desafios o “documento TAG sobre o artigo 4º (3) do MCODE”, propõe cinco soluções alternativas para melhorar ou substituir aquela regra.

As opções apresentadas no documento são as seguintes:

1. Substituir o conceito do lugar de direcção efectiva;
2. Redefinir o critério do lugar de direcção efectiva;
3. Estabelecer uma hierarquia de critérios de aplicação subsidiária, tal como se faz a propósito das pessoas singulares; se um dos critérios não permite resolver o conflito ente os dois Estados contratantes, aplica-se o seguinte;
4. Uma combinação entre as opções (2) e (3);
5. Excluir as Sociedade com dupla residência do âmbito de aplicação de Convenção (i.e., nega-se-lhes a possibilidade de beneficiarem da Convenção).

Vejamos, brevemente, em que consiste cada uma destas opções:

1. Alternativas ao critério da direcção efectiva:

No plano das alternativas, propõem-se três critérios, a saber:

- a) O lugar da constituição ou, no caso de uma entidade não constituída regularmente, o lugar da lei que regula o respectivo estatuto pessoal;
- b) O lugar da residência dos administradores e/ou accionistas; ⁽¹⁶⁷⁾ e
- c) O lugar onde se encontrem os laços económicos mais relevantes.

O quadro I em anexo retrata, grosso modo, as vantagens e inconvenientes de cada um dos métodos propostos e que são enunciados no próprio documento TAG.⁽¹⁶⁸⁾

Dentro destas três alternativas, a primeira e a terceira afiguram-se poder vir a merecer mais atenção no seio europeu. Grande parte das desvantagens apontadas tradicionalmente ao lugar de constituição (e.g. treaty-shopping) podem ser combatidas com medidas genéricas e específicas que visam impedir a utilização abusiva das Convenções e que podem ser integradas nas próprias Convenções bilaterais.

Não obstante alguma das desvantagens não poderem ser eliminadas de imediato, é possível que, se este critério fosse harmonizado entre a generalidade dos Estados também, se reduzissem os riscos de conflitos residência-residência; acresce que, no contexto europeu, o critério da direcção efectiva foi fragilizado pelo Tribunal de Justiça (caso Centros), considerando-se des-conforme ao direito de estabelecimento.

A terceira alternativa envolve – também ela – uma análise às questões de facto para determinar o local onde se encontram os laços económicos mais estreitos. Pode-se invocar, apesar de tudo, que o lugar com mais fortes laços económicos (e.g. o território a que estão ligados os factores de produção) com a sociedade com dupla residência e de onde derivam os rendimentos objecto de tributação é o próprio Estado onde se encontram os próprios factores de produção: terra, trabalho, capital e know-how;⁽¹⁶⁹⁾ e que a *ratio* deste critério é que deveria legitimamente fundar a residência da sociedade. A residência localizar-

⁽¹⁶⁷⁾ Vejam-se as notas de rodapé 67 e 69 supra.

⁽¹⁶⁸⁾ *Ibidem*, parágrafos 50-75.

⁽¹⁶⁹⁾ Aos factores de produção tradicionais, juntam-se hoje os conhecimentos técnicos e científicos de indisputável valor. Este critério tem uma ligação forte às teses que justificam a tributação na fonte, mas também permite a tributação na residência. Nem sempre será fácil detectar estes elementos quando a sociedade tiver vários estabelecimentos estáveis; suponhamos uma sociedade que foi constituída na Suíça onde se encontra a sede e com pequeno laboratório de R.&D. que permite a cedência de know-how a várias subsidiárias, sul americanas e europeias. Comparando o projecto Europeu com o da América do Sul verifica-se que este último projecto é consideravelmente maior em termos de volume de negócios, mas menor em rentabilidade.

-se-ia no Estado que oferece maiores benefícios à empresa (e.g. onde estão as instalações, fábricas e escritórios da empresa, onde esta tem mais infra-estruturas e equipamentos, onde tem mais trabalhadores, etc.).⁽¹⁷⁰⁾

Este critério tem, de certo modo, um paralelo com aquele que é utilizado para as pessoas singulares e que elege o “centro de interesses vitais” como o factor determinante para presumir a residência. Contudo, a sua ponderação exige ainda que se apontem as características económicas mais relevantes, de forma a que se possam hierarquizar uma série de factores que sejam tão objectivos quanto possível, sob pena da mudança de critério não atingir qualquer dos seus propósitos, de simplicidade e de substância.

2. Redefinir o critério da direcção efectiva:

Uma segunda opção seguida pelo grupo de trabalho da OCDE consiste em redefinir o próprio critério actualmente utilizado no artigo 4º (3) do MCOCDE, indicando quais são os factores predominantes que permitem determinar o local da direcção efectiva e, se necessário, definindo a ponderação de cada um deles.

Neste sentido parece apontar, aliás, o próprio parágrafo 24 dos comentários ao artigo 4º apesar de não hierarquizar propriamente cada um dos factores aí enunciados: «o local onde se encontram a pessoa ou grupo de pessoas mais importantes (por exemplo, o conselho de administração)»; o local «onde tomam as suas decisões», «o local onde as directrizes para ser adoptadas pela entidade em causa são determinadas».⁽¹⁷¹⁾

Os factores secundários que se aditam neste documento são os seguintes:

- Localização e funções desenvolvidas no escritório central (“headquarters”);
- Informação sobre onde se encontra localizada a administração e controlo da sociedade de acordo com os documentos societários (e.g. escritura, estatutos, etc.);
- Local de constituição e registo;
- Importância relativa das funções desenvolvidas em cada um dos dois Estados; e

⁽¹⁷⁰⁾ Basicamente é a justificação da tributação no Estado da fonte: o imposto é o reverso das contrapartidas oferecidas pelo Estado (serviços públicos e infra-estruturas disponibilizadas à sociedade).

⁽¹⁷¹⁾ Estes critérios servirão já, segundo este documento, para resolver a generalidade dos conflitos. São considerados os factos regra que, em princípio, devam já servir para auxiliar na interpretação de todas as Convenções vigentes, salvo se os mesmas não tiverem adoptado a regra prevista no artigo 4 (3) do MCOCDE ou o Estado em causa tenha adoptado qualquer reserva ao Comentário (e.g. parágrafo 24).

- Local de residência da maioria dos administradores.⁽¹⁷²⁾

Ao mesmo tempo, para responder aos desafios da “mobilidade”, sugere-se a inclusão de uma presunção semelhante à que se estabelece no artigo 8º (3) do MCOCDE, que prevê que o local da direcção efectiva se situa no Estado onde a empresa tem os seus laços mais próximos.⁽¹⁷³⁾

3. Hierarquia de critérios

Inspirando-se na regra prevista no número 2 do artigo 4º do MCOCDE, esta terceira opção consiste em eleger e hierarquizar um conjunto de critérios a aplicar subsidiariamente.

Neste sentido a proposta apresentada passa necessariamente por interpretar o critério da direcção efectiva à luz dos três factores mencionados no parágrafo 24 dos comentários ao número 3 do artigo 4º do MCOCDE, possibilitando ainda que sejam aditados novos factores (a regra e as excepções), a hierarquizar da forma seguinte:

- Local de direcção efectiva;⁽¹⁷⁴⁾
- Local da constituição;
- Local onde se encontrem os laços económicos mais estreitos;
- Acordo amigável.

4. Combinação da 2ª e 3ª opções

Admite-se a hipótese de se combinarem as opções e a hierarquização dos factores mencionados nas opções anteriores, podendo-se utilizar várias alternativas.

5. Exclusão de aplicação da Convenção

Em virtude das diversas reservas respeitantes ao artigo 4º (3) do MCOCDE, no sentido de excluïrem as sociedades com dupla residência do âmbito de aplicação das Convenções (e.g. Canadá, EUA e México), e do número de convenções bilaterais que já foram celebradas contendo esta cominação, o grupo de trabalho TAG considerou que esta opção pode funcionar como uma medida dissuadora à criação de sociedades com dupla residência.

⁽¹⁷²⁾ O TAG convidou todos os possíveis interessados a pronunciarem-se sobre esta lista de factores, bem como a incluírem novos índices, com o sentido de apurar se os mesmos deveriam ser incorporados nos Comentários e se deveriam ter uma ponderação igual ou diferente entre si, *ibidem*, parágrafos 64 e 65.

⁽¹⁷³⁾ Em rigor, parece-me que uma presunção deste tipo pode funcionar tanto para responder aos desafios da mobilidade como das novas tecnologias porque, em rigor, mais não é do que uma ficção que pode funcionar numa e na outra situação (cfr. para. 66-68).

⁽¹⁷⁴⁾ Definido com base nos critérios anteriormente referidos no parágrafo 24.

Mas, quando não funcionar, a função “repressiva” da mesma medida é extremamente dura porque determina a dupla tributação, salvo se se aplicar qualquer regra unilateral que a elimine ou atenua.

5. Portugal perante as novas opções

Como suspeitava William Cunningham, quando há uns anos publicou um estudo sobre o assunto, a problemática da residência fiscal das sociedades tem ganho redobrado interesse (teórico e prático) entre nós.⁽¹⁷⁵⁾

Certamente, apercebemos-nos ao longo deste trabalho dos vários factores, endógenos e exógenos, que motivaram tal crescente curiosidade pela temática da dupla residência fiscal das sociedades. Para além dos aspectos teóricos, sempre relevantes para quem deve gizar e redesenhar o sistema fiscal, certos efeitos práticos hipotéticos – provocados sobretudo pelas alterações legislativas internas – concitaram a atenção fervorosa dos agentes económicos, da Administração Fiscal e até dos cultores do direito fiscal.

No plano interno, as alterações introduzidas pela Lei 30-G/2000 de 29 de Dezembro, em sede de tributação das mais-valias das SGPS, tiveram o mérito de provocar o debate de ideias, prático e científico, sobre as (des)virtudes propostas por uma reforma feita em nome de um certo ideal de Justiça. Já no plano externo, os ventos de mudança sopram da União Europeia e de forums mais alargados, como a própria OCDE. Por um lado, o Tribunal de Justiça da CE reconhece, segundo grande parte da doutrina europeia, que o critério da sede efectiva é desconforme ao direito comunitário, mais precisamente é contrário ao direito de estabelecimento. E, por outro lado, o TAG da OCDE evidencia que a “d direcção efectiva” está manifestamente em crise e é incapaz, no estado actual das coisas, de resolver as disputas de residência, como lhe competiria nos termos do artigo 4º (3) do MCOCDE.

Por seu turno, a grande mobilidade do factor capital é hoje indissociável da questão da residência fiscal. Emigram os capitais e as próprias empresas... Os residentes convertem-se em não residentes com uma facilidade fulminante e a aposta numa economia competitiva, aliás determinante para captar receitas, não pode estar em impedir ou reduzir a mobilidade das empresas pela via tributária.

Por isso a concorrência fiscal entre os Estados-membros da U.E. surge, cada vez, mais forte, sendo difícil antever uma verdadeira cooperação ou harmonização ditada por Bruxelas para a travar. A generalidade dos Estados que reduziram as taxas de tributação sobre os rendimentos de capitais captaram novos níveis de poupança e investimento nos respectivos territórios e não estão hoje dispostos a abdicar dessa situação que (directa ou indirectamente) garante

⁽¹⁷⁵⁾ William T. Cunningham, *ob. cit.*, pág. 89.

receita fiscal adicional. A tradicional distinção entre países importadores e exportadores de capitais no contexto europeu tem mudado e, em larga medida, por razões fiscais. Os diferentes exemplos do Luxemburgo, da Holanda e da Irlanda têm, todos eles, uma base fiscal acentuada. O Código de Conduta teve, aliás, a virtude de evidenciar um conjunto bastante alargado de medidas fiscais consideradas prejudiciais que constituíam (ou constituem) as seduções dos Estados comunitários, ávidos de semear com uma mão (e.g. atraindo o investimento com medidas fiscais específicas) para colher com a outra (seja pela via do imposto que acabará por recair – em maior ou menor medida – sobre os novos investimentos, seja indirectamente pelos resultados económicos gerados pelos novos investimentos).

Ainda que o Código de Conduta e os trabalhos da OCDE venham a reduzir a agressividade fiscal, ainda que a Comissão se torne mais interventora impedindo as ajudas de Estado (por via fiscal), e que o TJCE continue o seu incessante trabalho de combate às discriminações fiscais contrárias às liberdades comunitárias, é muito provável que a concorrência fiscal se mantenha.

A residência fiscal das sociedades, enquanto critério decisivo para determinar a tributação ilimitada dos rendimentos, continuará a assumir um papel fulcral para os agentes económicos e para os Estados. No entanto, a residência é hoje no plano europeu, como vimos, uma realidade de mobilidade próxima da do capital e, por isso, os sistemas fiscais têm de ser repensados à luz dessa nova realidade, sob pena de assistirem a uma transformação do espectro societário: as subsidiárias estrangeiras dão lugar a sucursais ou escritórios de representação e as empresas nacionais tornam-se estabelecimentos estáveis de sociedades não residentes. Apesar de se poderem criar medidas para reprimir tais iniciativas, afigura-se mais sensato tentar evitar que isso ocorra e antecipar, com base em estudos económicos e estatísticos, as possibilidades que se abrem aos Estados como Portugal.

Até porque os "travões nacionais" de tipo proteccionista (e.g. exit taxes) têm tendência a ser eliminados pelo TJCE quando puserem em causa em causa o "interesse comunitário". A este propósito aguarda-se com grande interesse o desfecho do caso 9/02 (Processo Lasteyrie du Saillant), admitindo-se que o tribunal venha a considerar que o artigo 43º do TCE se opõe à tributação das mais-valias potenciais no momento da emigração.

Tradicionalmente, a generalidade das sociedades de direito português obtinham poucos rendimentos de fonte estrangeira. Os grupos nacionais investiam fundamentalmente em Portugal e as multinacionais não estabeleciam holdings intermediárias ou sociedades de base europeia em Portugal. E, portanto, não obstante a residência permitir tributar os rendimentos mundiais, o resultado da aplicação dessa regra não era significativo. Neste quadro, uma vez que os

accionistas multinacionais eram – como são – remunerados frequentemente através de dividendos, juros e royalties, foi-se acentuando uma política fiscal que exigia elevadas taxas de retenção na fonte na distribuição destes rendimentos.⁽¹⁷⁶⁾

A Directiva 90/435/CEE exauriu, praticamente, o interesse das Convenções bilaterais sobre a dupla tributação em sede de “dividendos” no seio dos grupos multinacionais. E a Directiva sobre os juros e as royalties virá também reduzir significativamente o âmbito de aplicação dos artigos convencionais que regulam essas matérias no espaço comunitário.

Os direitos dos Estados da fonte no espaço comunitário estão a mudar significativamente, passando a ter cada vez maior relevância alguns factores essenciais como a capacidade para atrair investimento e promover, indirectamente, a captação de receitas. A nosso ver, os resultados económicos a alcançar vão ser ditados fundamentalmente pela política fiscal interna, a qual deve ser suportada por uma política convencional consistente com esses objectivos. Neste contexto, é fundamental preocuparmo-nos com as questões relacionadas com a base tributável, com as taxas de imposto e com a certeza e a segurança jurídica. Os sistemas com base tributária alargada, com pequena evasão e taxas de imposto reduzidas serão premiados.

A política fiscal nacional não se deve limitar a ampliar o conceito do estabelecimento estável, mas deve ser mais ousada, procurando atrair o investimento e captar “residências” que não sejam meramente locais e que tenham uma expressão regional ou mesmo europeia.^{(177) (178)}

⁽¹⁷⁶⁾ Isto para não se referirem os casos menos habituais em que a remuneração é conseguida através dos preços dos produtos.

⁽¹⁷⁷⁾ A política fiscal deve apoiar a política económica e social para captar multinacionais de carácter peninsular. Não haverá razões para tentar evitar que as sociedades sejam constituídas em Madrid e se limitem a abrir sucursais em Lisboa ou no Porto? E se nos referirmos a sociedades de base regional não nos poderemos referir – nalguma medida – a certo tipo de veículos competitivos à escala europeia? Isso depende, em última análise, da adopção de um sistema fiscal estruturalmente competitivo.

⁽¹⁷⁸⁾ Hoje já nem sequer é admissível discriminar contra o estabelecimento estável no seio europeu. No processo Saint-Gobain, o TJCE decidiu que «os artigos 52º do Tratado CE (que passou, após a alteração ao artigo 43º CE) e 58º do Tratado CE (actual artigo 48º CE) opõem-se a que um estabelecimento estável situado na Alemanha e explorado por uma sociedade de capitais com sede noutro Estado-Membro não beneficie, nas mesmas condições que as aplicáveis às sociedades de capitais com sede na Alemanha, das vantagens fiscais seguintes: (i) isenção de imposto sobre as sociedades relativamente aos dividendos recebidos de sociedades estabelecidas em países terceiros (privilégio da filiação internacional em matéria de imposto sobre as sociedades), prevista por uma Convenção fiscal celebrada com um país terceiro para evitar a dupla tributação». Proc. C-307/97, Acórdão do THE de 21 de Setembro de 1999. Cfr. René Offermanns e Carlo Romano, “Treaty benefits for permanent establishments: The Saint-Gobain Case”, *European Taxation*, Maio 2000, págs. 180-189.

Uma economia e uma política fiscal competitiva não são, no entanto, sinónimos de generosidade filantrópica. Neste contexto, parece-nos que devem ser criadas regras fiscais sobre a emigração de sociedades para o estrangeiro, que se adaptem ao regime previsto na Directiva 90/434/CEE.

Destaque-se, entre elas, a determinação de que as sociedades que transferirem a residência para o estrangeiro devem afectar os seus activos a um estabelecimento estável em Portugal, sob pena de se admitir a tributação das mais-valias ocultas.⁽¹⁷⁹⁾

Reconhecendo-se, em qualquer caso, que o tecido empresarial português obtém a maioria dos seus proveitos no território nacional, parece que enquanto se mantiver, o critério da direcção efectiva, deveria ser interpretado à luz de um critério de administração corrente e/ou coadjuvado por um critério de base económica (laços económicos mais estreitos) que é mais adequado para defender as nossas pretensões no contexto internacional.⁽¹⁸⁰⁾ A eleição de um critério com mais forte ligação à fonte do rendimento será vantajosa desde que a política fiscal interna seja atractiva e não desincentive os investimentos em Portugal.⁽¹⁸¹⁾ Finalmente, no combate à evasão fiscal internacional deve-se ter prudência e bom senso. Não se pode presumir que a generalidade das sociedades estrangeiras constituídas por capitais portugueses têm residência portuguesa (alegando um qualquer critério menos rigoroso), sob pena de amanhã todas as sociedades portuguesas de capitais estrangeiros poderem invocar que a direcção efectiva se encontra no estrangeiro.

No plano internacional, este tipo de retaliação poderia ser devastador, sobretudo porque os próprios estabelecimentos estáveis de sociedades europeias já beneficiam (ou devem beneficiar) dos direitos atribuídos às sociedades locais.

(179) É possível que, a prazo, se admitam as emigrações das sociedades sem estas exigências, criando-se formas (registos e uma actuação concertada de assistência entre as administrações fiscais dos diferentes Estados) que permitam "dar a César o que é de César", ou seja, que admitam uma tributação a final que assegure uma "redistribuição" equitativa pelos estados onde se geraram os ganhos.

(180) Por ora, não foi essa a posição adaptada por Portugal uma vez que, ao contrário de Itália, não formulámos qualquer reserva aos comentários (parágrafo 24) ao artigo 4º do MCOCDE.

(181) Estas reflexões são mero fruto de observação e não têm na base elementos de carácter estatístico que, tanto quanto é do nosso conhecimento, são inexistentes mas que se afiguram fundamentais para justificar as opções fiscais neste domínio. Que tipo de receitas têm as sociedades com capital português e as sociedades de capital estrangeiro (rendimentos de fonte nacional e internacional)? Qual o nível de pagamentos de dividendos, juros e royalties que se efectuam para o estrangeiro e ao abrigo de que regime legal? Qual o volume de lucros que são repatriados anualmente pelas sucursais para a casa-mãe?

QUADRO I

OPÇÕES PARA DETERMINAR O CRITÉRIO DECISIVO PARA "ELIMINAR" A DUPLA RESIDÊNCIA (182)		PRINCIPAIS VANTAGENS DE CADA OPÇÃO	PRINCIPAIS DESVANTAGENS DE CADA OPÇÃO	
1ª	SUBSTITUIÇÃO CONCEITO DE DIRECÇÃO EFECTIVA	Lugar da Constituição	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Simplicidade ▪ Elimina dupla tributação ▪ Preserva "rendimento" em caso de conflito ▪ Pequenos custos administrativos 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Critério meramente formal ▪ É susceptível de manipulação ▪ Não tem relação com a actividade económica ▪ Não resolve conflitos residência-residência se o lugar da constituição for o de um 3º Estado
		Lugar da Residência Administradores Accionistas	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Aparentemente fácil de aplicar ▪ Aparentemente, ligado ao local da actividade da empresa 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Não é um critério certo: Administradores podem viver em vários Estados ▪ Pode transformar-se num critério formal ▪ Os próprios administradores ou accionistas podem ser pessoas colectivas
		Lugar dos Laços Económicos Mais Fortes	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Fundamento de tributação ▪ Permite ligar mais seguramente o lugar da fonte do rendimento à residência 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Não é de fácil aplicação ▪ Exige que se hierarquize os factores mais relevantes ▪ Admite alguma subjectividade ▪ Pode discriminar contra as multinacionais de pequenos Estados
2ª	REDEFINIÇÃO CRITÉRIO DIRECÇÃO EFECTIVA Aditam-se novos factores aos 3 enunciados no parágrafo 24 dos comentários ao artigo 4º	<p>Factores:</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ Primários: <ul style="list-style-type: none"> - Parágrafo 24/ comentários ao art. 4º ▪ Secundários: <ul style="list-style-type: none"> - Localização e funções desenvolvidas no escritório central ("headquarters"); - Informação sobre onde se encontra localizada a administração e controlo da sociedade de acordo com os documentos societários (e.g. escritura, estatutos, etc.); - Local de constituição e registo; - Importância relativa das funções desenvolvidas em cada um dos dois Estados; e <p>Local da residência da maioria dos administradores</p>	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Objectiva o critério do art. 4º (3) ▪ Maior simplicidade na aplicação do critério 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Hierarquização subjectiva ▪ Perigo de incorrecta hierarquização ▪ Não elimina todos os conflitos ▪ Os comentários não têm o mesmo valor que o MCOCE
3ª	HIERARQUIA DE CRITÉRIOS Sugere-se uma alteração hierarquizada do art. 4º (3)	<p>Novo art. 4º (3)</p> <p>Crítérios subsidiários:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Local de direcção efectiva - Local da constituição; - Local onde se encontram os laços económicos mais estreitos; <p>Acordo amigável.</p>	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Permite eliminar a maioria das "duplas residências" 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Pode-se transformar, predominantemente, no critério do local da constituição ▪ As excepções consagradas foram fixadas de forma algo arbitrária: porque fazer prevalecer o local da constituição sobre o local dos laços económicos mais estreitos?
4ª	COMBINAÇÃO DE OPÇÕES ENTRE A 2ª E A 3ª	Não foram definidas		
5ª	EXCLUSÃO DE APLICAÇÃO DA CONVENÇÃO	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Funciona como uma medida dissuasora à criação de sociedades com dupla residência 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Admite as duplas tributações 	

(182) Propostas apresentadas no *paper* da OCDE com a epígrafe seguinte: «The impact of the communications revolution on the application of "place of effective management" as a tie-breaker rule».

QUADRO II

CRITÉRIO DECISIVO PARA "ELIMINAR" A DUPLA RESIDÊNCIA	LUGAR DA DIRECÇÃO EFECTIVA (MCOEDE / MCONU)	LUGAR DA CONSTITUIÇÃO (MCEUA)
VANTAGENS	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Critério substancial: depende dos factos e circunstâncias de cada caso 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Simplicidade ▪ Elimina a dupla tributação ▪ Utilização do conceito interno dos EUA ▪ Preserva "rendimento" em caso de conflitos ▪ Pequenos custos administrativos
DESVANTAGENS	<ul style="list-style-type: none"> ▪ É de difícil aplicação na prática ("Efectiva" é um adjectivo com conteúdo subjectivo) ▪ Requer uma interpretação autónoma do conceito 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Critério meramente formal (rejeitado pela OCDE por essa razão – comentários: para. 22, Art. 4º) ▪ É susceptível de manipulação: pode provocar uma corrida ao "melhor Estado" (e.g. onde se exigem menores obrigações) ▪ Não tem qualquer relação com o lugar onde a actividade económica se desenvolve ou com a evolução da sociedade (e.g. se emigrar...) ▪ Não resolve conflitos residência-residência se o lugar de constituição estiver num terceiro Estado ▪ Pode-se alterar formalmente o lugar de constituição com uma operação de reorganização só para ludibriar o critério da residência (e.g. realização de uma fusão ou entrada de activos) ▪ Alguns Estados admitem sociedades constituídas em dois Estados: isto tornaria a regra ineficaz. ▪ Seria equivalente a reconhecer um indivíduo residente no lugar de nascimento em vez de utilizar o lugar onde vive.

SUMMARY

Within and beyond the borders of Portugal the subject of dual residence and emigration and immigration of companies has, in recent times, become wider in scope and attracted greater interest. In Portugal, the tax reform proposed at the end of 2000, namely to increase the taxation of capital gains, raised a plethora of argument and heated discussions. In this context and in the absence of exit taxes several entrepreneurs and sizeable companies announced that they would emigrate; counter attacking anti-avoidance measures were immediately announced. However, tax literature on this subject at the time was very scarce.

At the same time both in Europe and at the OECD level the subject of emigration and freedom of establishment as well as of dual residence became more attractive owing to new cases that were brought before the ECJ – such as the Centros Case and Lasteyrie du Saillant Case and also as a result of new OECD documents relating to the place of effective management.

In spite of European initiatives such as the Code of Conduct, and the fight against illegal State Aids, (in)visible European Tax competition persists, now and in the foreseeable future. It is widely acknowledged that at least a certain level of visible tax competition is healthy and legitimate. The difficulty lies in delineating the border. However, considering the "destruction" of national protectionisms and anti-avoidance tax measures by the ECJ decisions and the lack of a minimum EC tax coordination, the current *status quo* suggests that there is much to be gained from deeper analysis of emigration and dual residence.

This paper addresses the current state of the art on the subject and attempts to provide guidelines as to how Portuguese law should evolve.