



## Como matar uma *offshore*.

Pedro Leitão Pais de Vasconcelos<sup>1</sup>

### O problema

I. As *offshores* resultam do Direito Fiscal, como um efeito secundário que foi criado pelo Direito Fiscal e que este não é capaz de resolver. O problema afeta negativamente a coleta fiscal mas também, e acima de tudo, o Comércio. As *offshores* são – e sempre foram – um elemento de perturbação do Comércio, que afeta negativamente a boa fé e a sã concorrência. O problema das *offshores* não é resolvido pelo Direito Fiscal, mas pode, contudo, ser resolvido ou, pelo menos, muito atenuado pelo Direito Comercial, que sempre lidou com problemas desta natureza, e há muito desenvolveu os mecanismos necessários para lidar com os mesmos.

O primeiro ponto da abordagem ao problema das *offshores*, exige que se reconheça que não existem sociedades comerciais *offshore*, porquanto não existe nenhum tipo especial de sociedade comercial *offshore*, com um regime jurídico societário especial. Uma *offshore* é uma sociedade comercial igual à generalidade das sociedades comerciais: uma sociedade comercial com personalidade jurídica.

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito, Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e Advogado.



A *offshore* não corresponde a um tipo de sociedade comercial, mas a uma classe de sociedades, sendo que esta classificação é típica do Direito Fiscal e não do Direito Comercial.

Para o Direito Fiscal são *offshores* as sociedades sujeitas a um regime fiscal mais favorável de um determinado ordenamento relativamente à generalidade dos demais ordenamentos e que é caracterizado por um nível alto de sigilo com o fim de proteger a eficácia prática desse regime fiscal mais favorável.

Para o Direito Comercial, as *offshores* nada mais são do que sociedades comerciais constituídas, registadas, com sede, com estabelecimento, com atividade, ou com outra conexão qualquer com um determinado Estado. Estas sociedades nada têm de fora de comum, pois quase todas as sociedades têm conexões com um – ou mais – Estados.

O problema para o Direito Comercial consiste em saber se a sociedade é portuguesa ou estrangeira<sup>2</sup> e em saber qual a Lei que a regula e à sua atividade. Se é uma *offshore* ou não, é algo que pouco importa ao Direito Comercial.

II. Tanto quanto há registos, o problema das *offshores* nasceu no Direito Romano com a “guerra” entre Roma e Rodes. Terminadas as Guerras Púnicas, em que Roma conquistou todos os territórios anteriormente pertença de Cartago, no Mediterrâneo Ocidental, Roma virou-se para Leste e começou as Guerras Helénicas destinadas à conquista do Mar Helénico. Aqui avultava Rodes, a

---

<sup>2</sup> Sobre o assunto, VASCONCELOS, PEDRO LEITÃO PAIS DE, *Sociedades Comerciais Estrangeiras - O art. 4º do Código das Sociedades Comerciais*, Almedina, Coimbra, 2015.



maior potência marítimo-comercial do Mediterrâneo Oriental, uma concorrente comercial feroz e uma presa mais que apetecível. Contudo, Roma não podia fazer guerra a Rodes, pois era sua aliada.<sup>3</sup>

A solução para conquistar Rodes consistiu em optar por uma guerra económica. Roma instalou uma zona *offshore* na ilha de Delos, desviando para aí uma parte significativa do tráfego marítimo, e os respetivos lucros. Ou seja, praticou um ato de guerra encapotado, destinado a destruir economicamente Rodes, desviando para Roma os capitais de que Rodes beneficiava. O efeito foi devastador na economia de Rhodes, que deixou de ser a principal potência marítima do Mediterrâneo Oriental.

III. As *offshores* nasceram como atos de guerra económica e continuam a ser atos de guerra económica, seguindo princípios da guerra adequados a esta prática:

- Capturar a economia do adversário, sem a destruir.
- Evitar a guerra declarada.
- Manter a aparência de legalidade e superioridade moral.
- Conhecer bem as armas e estratégias militares (os regimes legais) do adversário, de modo a poder adaptar o ataque às suas variações.
- Convencer os adversários a alterarem as suas próprias armas e estratégias militares (regras legais), de modo a melhor permitir que sejam atacados, ou facilitar a defesa contra o adversário.

---

<sup>3</sup> Sobre o assunto, VASCONCELOS, PEDRO LEITÃO PAIS DE, *A Preposição – Representação Comercial*, Almedina, Coimbra, 2017.



Em suma, fazer tudo aquilo que permitir causar o máximo dano com o mínimo custo, no ataque, defesa e retaliação.

IV. O problema das *offshores* resulta da vigência de diferentes regimes fiscais em diferentes Estados, ocorrendo uma verdadeira concorrência fiscal entre os Estados, com estes a baixarem o preço dos seus produtos (os impostos) para atraírem mais clientela (empresas), num sistema de permanente guerra fiscal e económica.

Colocados perante vários regimes fiscais em alternativa, as sociedades aproveitam para pagarem menos impostos do que pagariam normalmente. Por outro lado, os comerciantes (singulares) concluem – rapidamente – que é mais proveitoso constituírem uma sociedade comercial que possa beneficiar desse regime mais favorável, integrando na sociedade o seu património ou atividade pessoais por razões puramente fiscais.

Os Estados que sofrem com esta guerra fiscal, queixam-se que pouco ou nada podem fazer, que estas sociedades estão a agir de acordo com a Lei Fiscal. Procuram, então, criar medidas de Direito Fiscal destinadas a atenuar esta prática. Mas os outros Estados retaliam, criando barreiras que procuram esconder os patrimónios ou ganhos dessas sociedades, sob a capa do sigilo fiscal, chegando a criar mecanismos legais destinados a esconder os seus sócios, os seus administradores e mesmo o local da sua sede, entre outras medidas. Alguns Estados desenvolvem sistemas fiscais simulados, nos quais cobram impostos para – depois – os devolverem através de mecanismos vários. Outros estão em permanente adaptação da legislação fiscal, de modo a se adaptarem (retaliarem) às medidas dos demais Estados destinadas a evitar este sistema, nomeadamente procurando aderir a Convenções internacionais, ou



a disponibilizarem-se formalmente a colaborar com outros Estados, mas normalmente praticando esses atos em reserva mental.

Em simultâneo, e instrumentalmente, os Estados que “promovem” as *offshores* garantem altos níveis de sigilo relativamente a estas sociedades, o que impede outros Estados de obter informações adequadas sobre a mesmas.

### **As consequências do problema**

Na generalidade dos casos, as *offshore* existem com um, ou ambos, de dois fins:

- pagar menos impostos;
- esconder património (por razões várias).

Contudo, mesmo neste segundo caso, em regra pretende-se também pagar menos impostos, pelo que é possível afirmar que a verdadeira razão de ser das *offshore* é a fuga ao Fisco, sendo esse o seu verdadeiro critério distintivo.

As *offshores* atingem estes resultados porque manipulam os elementos de conexão das normas de aplicação da Lei Fiscal no espaço, assim evitando a aplicação dos Direitos Fiscais que lhes são desfavoráveis, e procurando a aplicação do Direito Fiscal que lhes seja mais favorável.

Sucedem, no entanto, que para conseguirem ser *offshores* e evitar o pagamento de impostos, estas sociedades adotam determinadas estruturas e comportamentos que, como regra, provocam muitos outros problemas:

- menor proteção dos fornecedores que com elas interagem;



- menor proteção dos trabalhadores;
- menor proteção de terceiros em casos de responsabilidade;
- menor proteção dos direitos de personalidade;
- menor proteção de dados pessoais;
- menor proteção da sã concorrência;
- não são contabilizadas para efeitos de cálculo de PIB;
- não pagam impostos;
- não respeitam as regras anti lavagem de dinheiro;
- não pagam contribuições para a Segurança Social;
- não reportam ao Instituto Nacional de Estatística.
- não reportam às autoridades reguladoras (ex: Banco de Portugal, Comissão do Mercado de Valores Mobiliários, Instituto de Seguros de Portugal, Comissão Nacional de Proteção de Dados, Autoridade Tributária e Aduaneira e Autoridade da Concorrência).

A gravidade destes problemas é de tão grande importância, que é muito frequente que a questão da fuga ao Fisco se torne num problema secundário.

É, na prática, muito mais grave deixar todos os credores sem garantia, porque os Tribunais competentes para julgar a falência de uma sociedade são os de um Estado que não dá quaisquer garantias de justiça, do que a quantidade de dinheiro que a *offshore* deixou de pagar a título de impostos. O mesmo sucede com a proteção de dados pessoais, que são hoje muito frequentemente tratados por empresas com sede registada em Estados que não garantem



qualquer proteção, e onde não é possível aplicar Direito nacional ou da União Europeia. Para não mencionar a relevância que esta questão tem ao nível da regulação da concorrência, quando os principais concorrentes num mercado são *offshores* que se podem dar ao luxo de ignorar todas as regras de sã concorrência, porque não correm risco de sofrer sanções. Tudo porque, num primeiro momento, a empresa se organizou de modo a evitar pagar impostos.

Em suma, para conseguirem evitar o pagamento de impostos, as *offshores* colocam-se numa posição que causa graves danos e perigos à Sociedade e ao Comércio, e que se verificam nas mais variadas áreas.

O problema deixa, então, de ser um simples problema de fuga aos impostos, passando a ser um problema muito mais abrangente, com consequências muito mais graves.

O Direito Fiscal, ao promover a existência de *offshores* cria um problema em quase todos os demais ramos de Direito, que não consegue resolver e que, cada vez que o tenta resolver, o agrava. Em consequência, o Direito Fiscal está a causar graves danos a toda a Sociedade e ao Comércio ao criar o regime das *offshores*.

## **A convenção modelo da OCDE**

Os comerciantes aproveitam todas as oportunidades para obter mais riqueza; é da natureza das coisas!

A guerra fiscal entre os Estados, associado aos princípios gerais de Direito Fiscal, facilita – muito – uma espécie de *forum shopping* fiscal, no qual os comerciantes manipulam os elementos de



conexão das normas de aplicação no espaço dos vários Direitos Fiscais nacionais com o fim de obter riqueza.

A primeira resposta dos Estados é intuitiva: tributar sem considerar os demais Estados; tributar unilateralmente.

Sucedo, no entanto, que esta técnica provoca uma grande propensão para a múltipla tributação, em que um mesmo rendimento é tributado por vários Estados, aumentando exponencialmente os custos das operações comerciais e prejudicando a economia em todos os referidos Estados. Por outro lado, este sistema não afasta o risco de omissão de tributação através do referido *forum shopping*.

Este é um sistema que, apesar de poder ser eficaz no que respeita à cobrança fiscal, não é eficaz como instrumento de política económica.

A resposta dos Estados a este problema poderia passar pelo aproveitamento de técnicas características de Direito Internacional Privado, em especial as normas de conflito bilaterais. Contudo, o recurso a normas com esta estrutura implica um certo abandono da natureza de normas delimitadoras de competência legislativa fiscal. Como princípio, um Estado apenas pode tributar nos limites da sua soberania, razão pela qual faz pouco sentido aplicar uma lei fiscal com origem na soberania de outro Estado. Para além deste problema, seria, no mínimo, estranho, que a autoridade fiscal de um Estado aplicasse a cada contribuinte um regime fiscal de um diferente Estado, conforme o que resultasse de uma norma de conflitos bilateral.





Na prática, o problema apenas pode ser verdadeiramente ultrapassado através da uniformização de Direito entre vários Estados, sendo que esta uniformização apenas pode ser corretamente obtida através de instrumentos internacionais.

No entanto, a elaboração de convenções internacionais num ambiente de diplomacia de guerra económica é extremamente difícil. Apesar de os fins declarados pelas partes nas convenções internacionais em matéria fiscal consistirem frequentemente na procura de uma uniformização fiscal que impeça, ou diminua acentuadamente o *forum shopping*, ao mesmo tempo que se procura evitar a dupla tributação, a realidade é bem diferente. Nas negociações destas convenções, e como é natural, as partes (os Estados) não pretendem perder os rendimentos fiscais que já obtinham anteriormente, pelo que a negociação corre fundamentalmente em reserva mental, com cada parte (cada Estado) a tentar obter o melhor resultado para o seu lado, à custa dos demais, e, se necessário (ou útil), declarando o oposto daquilo que verdadeiramente pretende, sem que esteja disponível para cumprir com as suas próprias propostas. Os Estados chegam mesmo a celebrar acordos secretos com as empresas que mais lhe interessem, em flagrante (mas oculta) violação de tudo o que declararam nas negociações e de tudo aquilo a que se comprometeram nas convenções internacionais.

A esta realidade, acresce que as convenções fiscais se preocupam apenas com o Direito Fiscal, sem que haja o cuidado de verificar qual o seu impacto noutras áreas e sem tentarem ser compatíveis com outras áreas da economia e da sociedade. Uma destas convenções é a Convenção Modelo da OCDE sobre Rendimento e Capital de 1977. Este modelo de convenção, que se



afirma como destinado a evitar a dupla tributação, é substancialmente um tratado de paz fiscal, o que é de enaltecer.

No entanto, esta convenção não tem qualquer relação com a realidade comercial, recorrendo a elementos de conexão não comerciais para tentar tributar o comércio. Por esta razão, as soluções que esta convenção apresenta causam graves problemas no Mercado, especialmente porque esta se encontra “transposta” para o Direito Fiscal nacional de vários Estados.

É na Convenção Modelo da OCDE sobre Rendimento e Capital que se situa uma parte importante do problema.

### **A causa do problema: o “estabelecimento estável”**

A convenção modelo procura criar um conceito de domicílio fiscal, sendo as sociedades tributadas no Estado deste seu domicílio. Assim, para que uma sociedade comercial evite pagar impostos em Portugal, tem de evitar – a todo o custo – ser considerada como sociedade domiciliada em Portugal para efeitos fiscais. Para tanto as sociedades comerciais manipulam as situações de facto de modo a não serem abrangidas pelas normas nacionais de aplicação no espaço do Direito Fiscal português, que resultam da “transposição” da Convenção Modelo da OCDE sobre Rendimento e Capital.

Em resultado da “transposição” da Convenção Modelo da OCDE sobre Rendimento e Capital, o sistema de aplicação no espaço do Direito Fiscal português é caracterizado por normas de conflito unilaterais, não se estatuidando qual o Direito Fiscal aplicável, mas apenas se o Direito Fiscal português é, ou não, aplicável.



Esta característica é fruto da natureza administrativa do Direito Fiscal, que limita o seu âmbito de aplicação territorial de acordo com os limites da soberania nacional. Não se procura tanto resolver um verdadeiro problema de conflito de leis, mas mais um problema de delimitação da competência legislativa portuguesa.

Esta dificuldade que decorre da unilateralidade das normas usadas em Direito Fiscal Internacional é exponenciada pela procura de segurança jurídica que é também típica do Direito Fiscal. Para tanto, o Direito Fiscal procura recorrer a elementos de conexão rígidos que garantam uma ligação estável e segura entre a sociedade comercial e a lei aplicável.

Uma das principais questões que ocorre com as *offshores*, a nível fiscal, decorre da escolha do elemento de conexão relevante. Ou seja, a escolha pelo legislador de qual o critério que é usado para determinar a aplicação do regime fiscal português.

Nesta matéria, avulta um elemento de conexão típico do Direito Fiscal:

- o estabelecimento estável.

É difícil imaginar um elemento de conexão menos adequado para regular qualquer matéria relativa a qualquer comerciante, incluindo a uma sociedade comercial, do que o estabelecimento estável. A razão é simples: no Comércio não existem estabelecimentos verdadeiramente estáveis, pois os verdadeiros estabelecimentos comerciais são sempre instáveis.

Um estabelecimento é uma das bases da empresa, sendo que a outra base é a atividade. Estabelecimento e atividade são duas faces da mesma moeda: a empresa. Assim, a empresa pode ser vista



como atividade, ou pode ser vista como estabelecimento, conforme se olhe para a sua qualidade dinâmica ou para a sua qualidade estática.

Esta é uma divisão tradicional na Ciência e no ensino do Direito: a estática do Direito, por um lado, e a dinâmica do Direito, por outro lado. De um lado as pessoas, as coisas, e a tutela jurídica paralisados no tempo, através das situações jurídicas e dos inúmeros conceitos, noções e tipos jurídicos; por outro lado, os mesmos entes na sua plenitude dinâmica, que se manifestam através dos factos jurídicos e do exercício jurídico.

Tal como ocorre com a divisão entre estática e dinâmica do Direito, o conceito de estabelecimento tem uma importância fundamentalmente pedagógica: dita a experiência que é um dos melhores modos de conseguir ensinar Direito aos alunos e de estes aprenderem a matéria. Mas o conceito de estabelecimento tem ainda importância para outros fins, em especial para aqueles fins em que, por razões técnico-jurídicas, importa fixar temporalmente a empresa, como ocorre no contrato de trespasse. Neste caso, como o contrato transmite a empresa tal como ocorria no preciso momento da eficácia do contrato, é preciso paralisar a empresa nesse preciso momento no tempo; logo, obtém-se um estabelecimento no mundo do Direito. Contudo, como o tempo não cessa de correr pelo facto de se ter celebrado um contrato, o estabelecimento também nunca parou no tempo, tendo-se mantido sempre instável. O que o contrato de trespasse opera é uma modificação subjetiva quanto à titularidade da empresa, que se reflete necessariamente no estabelecimento, no momento temporal fixado juridicamente pelas partes.



O estabelecimento estável é sempre uma fotografia de um momento no tempo e, como tal, é sempre algo de falso, que apenas representou a realidade num determinado momento do tempo que já passou. O seja, nesta visão, o estabelecimento é uma *time slice* da empresa e, como tal, nunca existe, nem nunca existirá - apenas existiu no passado e apenas pode ser visto olhando para o passado. Nesta visão das coisas, o estabelecimento estável não é; foi.

Um estabelecimento nunca é verdadeiramente estável, porque está em constante devir, em constante evolução, em constante atividade: está no Comércio.

Todas as situações jurídicas do comerciante que são funcionalmente afetadas à empresa integram o estabelecimento. Assim sucede, por exemplo com as situações jurídicas que incidem sobre as mercadorias que estão sempre a ser compradas ou vendidas, com os direitos de crédito sobre juros que estão sempre a evoluir, e com a clientela e aviamento que estão sempre a variar. Um estabelecimento não está estável porque integra a empresa, sendo que a empresa é atividade.

Um estabelecimento apenas pode ser estável se não houver atividade, o que na prática apenas pode ocorrer em duas situações: uma situação real, na qual já não há verdadeira empresa; uma outra situação, ideal, na qual não há tempo, e que apenas pode ocorrer num universo não físico, simplesmente tridimensional, despido de tempo.

Por esta razão, uma empresa nunca tem um estabelecimento verdadeiramente estável.



- ou já não há empresa, e o estabelecimento perde a sua unidade, dissolvendo-se no nada, passando a ser uma simples universalidade de facto e direito, que em nada representa nem traduz a empresa.

- ou o número de estabelecimentos estáveis de uma empresa é tão grande quanto o número de momentos no tempo em que se verifica essa empresa, ocorrendo um número infinito de estabelecimentos, um em cada momento no tempo, perdendo-se a unidade e a ordem, num emaranhado indecifrável de tempos possíveis, com multiplicidade de momentos interligados e misturados, numa espécie de multiverso quântico de estabelecimentos.

Apesar destes problemas, o Direito Fiscal insiste no recurso ao estabelecimento estável como principal elemento de conexão. A opção é tão marcante, que apesar de alguns poucos movimentos que tentam alterar o sistema de elementos de conexão – como sucede com o BEPS<sup>4</sup> – o Direito Fiscal não consegue sequer mudar de terminologia, nem largar o núcleo fundamental da estabilidade do estabelecimento: o ponto geográfico da empresa.

Acima de tudo, em movimentos como o BEPS o Direito Fiscal está a tentar resolver o problema da *offshores (inter alia)*, fazendo para tanto um considerável investimento na descoberta de novos conceitos, práticas e regimes que auxiliem na resolução deste problema. Contudo mesmo estes esforços, avanços e descobertas do Direito Fiscal não afastam o recurso ao estabelecimento estável, o que implica que estão destinados a falhar.

---

<sup>4</sup> *Base erosion and profit shifting.*



### **A resposta do Direito Comercial**

O Direito Comercial sempre lidou com a internacionalidade, recorrendo para tanto a uma das suas características mais importantes: a praticabilidade.<sup>5</sup>

O Direito Comercial pouco se preocupou com escolas de pensamento teórico, ou com o que os outros faziam. Limitou-se a resolver o problema.

Assim ocorreu com a primeira figura conhecida de Direito Comercial, na qual o Pretor resolveu um problema no Comércio que era causado pela aplicação do *ius civile*, o que foi conseguido através do afastamento do *ius civile*, e da criação de uma nova figura que inverteu todo o sistema então em vigor, mas que resolveu efetivamente o problema prático: a representação comercial.<sup>6</sup>

Num mundo no qual os sujeitos – os comerciantes – têm uma abordagem aos problemas extremamente prática e rápida, as soluções do Direito têm de ser igualmente práticas e céleres. Esse é o espírito do Direito Comercial: assegurar de um modo prático e célere o bom funcionamento do Comércio. Para tanto, é necessário manter em bom funcionamento um sistema que se apoia em alguns pilares:

---

<sup>5</sup> Também no Direito Fiscal se reconhece um princípio de praticabilidade, mas limitado pela fundamental natureza administrativa deste ramo, o que implica um nível de praticabilidade muito inferior ao que ocorre no Direito Comercial – sobre a praticabilidade no Direito Fiscal, DOURADO, ANA PAULA, *Direito Fiscal*, Almedina, Coimbra, 2016, págs. 233 a 243.

<sup>6</sup> Sobre o assunto, VASCONCELOS, PEDRO LEITÃO PAIS DE, *A Preposição – Representação Comercial*, Almedina, Coimbra, 2017.



- o dinheiro;
- o crédito;
- a boa fé;
- as leis.

Como afirmava Michele de Jorio em 1781:<sup>7</sup>

*...não há comércio sem dinheiro, não há dinheiro sem crédito, não há crédito sem boa fé, não há boa fé sem leis; o dinheiro, o crédito e a boa fé, as leis, eis os princípios e os instrumentos do Comércio. O crédito, porém, não se adquire senão pela boa fé, e a boa fé não se mantém, senão com leis proporcionais. O Comércio, portanto, não pode florir, senão por via de leis justas, iguais, adequadas, e que sejam as mais adaptadas.*

O legislador comercial faz leis, para manter a boa fé quando a prática comercial a viola, assim mantendo o crédito, de tal modo que haja dinheiro nas mãos dos comerciantes, para que o mercado funcione.

Por sua vez, o legislador fiscal faz precisamente o oposto: leis que têm como única preocupação tirar dinheiro aos comerciantes e que estão sempre a mudar, não sendo possível confiar na estabilidade dessas leis e muito menos confiar na interpretação que o Estado faz dessas leis. Leis que diminuem o crédito e que não têm preocupação com a fé (boa ou não) no Mercado. Neste Mercado, que é profundamente influenciado do Direito Fiscal, ganha mais

---

<sup>7</sup> JORIO, MICHELE DE, *Codice Ferdinando o Codice Marittimo*, Cap. XXXII (3), in MOSCHETTI, CESARE MARIA, *Il Codice Marittimo del 1781 di Michele de Jorio per il Regno di Napoli*, Vol. I, Giannini Editore, Napoli, 1979, pág. 281.





dinheiro o comerciante que mais viole a Lei Fiscal, que se comporte com pior fé e do modo mais desleal possível. Ao agir deste modo, as leis do legislador fiscal promovem um Mercado sem boa fé, sem crédito e sem dinheiro.

Dito de outro modo: o Direito Fiscal promove um Mercado desleal, no qual vencem os empresários que violem a lei e a boa fé, furtando-se aos impostos e, através deste mecanismo, ganhando ainda mais vantagens competitivas, que os demais comerciantes - honestos e probos - não têm, pelo que estes não conseguem concorrer nesse Mercado.

Este é o problema que o Comércio tem com as *offshores*: elas causam grandes danos no Mercado comercial, distorcendo gravemente a sã e lícita concorrência.

Contudo, este tipo de problemas não é novo, pelo que a questão das *offshores* pode ser resolvida ou, pelo menos, extremamente atenuada através do recurso a alguns mecanismos do Direito Comercial. Para tanto, é apenas necessário que se reconheçam as *offshores* como aquilo que são: comerciantes; não contribuintes.

Esta “pequena” alteração do modo de pensar, implica o recurso ao Direito Comercial e aos seus regimes aplicável às questões internacionais das sociedades comerciais. Regimes estes que, como se verá, resolvem não só o problema comercial das sociedades *offshore*, como ajudam a resolver o respetivo problema fiscal.

Qual a solução para o problema das *offshores*?

O Direito Comercial.



## A solução

### I. As sociedades comerciais são comerciantes.

Se há coisa que um comerciante sabe fazer é defraudar o Estado e o Direito, em especial, o Direito Administrativo e, muito particularmente, o Fisco. Assim sucede porque os comerciantes são mais rápidos e mais eficientes que o Estado e os comerciantes sabem mais sobre o Estado do que o Estado sabe sobre os comerciantes. Acima de tudo, porque os comerciantes têm muito mais iniciativa do que o Estado, agindo de imediato, enquanto o Estado demora longos períodos de tempo a reagir.

Muitos comerciantes conhecem os princípios de Direito Fiscal Internacional e são especialistas em defraudá-los. Para os que não os conhecem e não têm estas capacidades, existem outros comerciantes cuja principal atividade consiste em aconselhar os comerciantes sobre o melhor modo de defraudar esses princípios Direito Fiscal Internacional.

Face ao Mercado ilícito e desleal criado pelo Direito Fiscal, o Comércio, na sua incessante busca pelo lucro, criou uma atividade comercial internacional de fraude ao Fisco, sem que cada Estado o consiga impedir, por mais que recorra ao Direito Fiscal. Este mercado é ilícito, sendo todos os contratos celebrados nulos – art. 280º e 281º do Código Civil. Mas como o Estado não recorre ao Direito Privado, em especial não recorre ao Direito Comercial, insistindo em tentar aplicar Direito Fiscal a um problema que este não consegue resolver, o *status quo* vai-se mantendo, criando-se



uma aparência de licitude que é – na sua grande parte – imputável ao próprio Estado.<sup>8</sup>

II. No Comércio, o problema das *offshores* não apresenta desafios específicos. É um problema típico do Comércio e que lhe é natural: a anacionalidade do Comércio.

A anacionalidade do Comércio traduz-se numa natural internacionalidade do Comércio que é de tal modo evoluída, que faz com que não exista Comércio verdadeiramente nacional. O Comércio é internacional de um modo tal que, mesmo quando o Comércio parece ser interno, é naturalmente internacional. Para melhor compreender a natural internacionalização do Comércio, basta tomar como exemplo uma pequena banca de venda de jornais: vendem-se jornais a quem apareça a comprá-los, quer seja português ou estrangeiro. Claro está que, de um ponto de vista formal, com base nos critérios jus-administrativos que imperam no Direito Fiscal, este Comércio será nacional. Mas quando é vendido um jornal a um estrangeiro, esse é um contrato internacional, é um ato de comércio internacional. Assim é porque, independentemente do que qualquer lei fiscal, estatística ou contabilística possa afirmar, este ato jurídico envolve questões privadas internacionais.

Do ponto de vista puramente comercial, e como é natural, o vendedor de jornais não está preocupado em vender jornais apenas a portugueses; para o vendedor de jornais é irrelevante a

---

<sup>8</sup> Veja-se, a título de exemplo, o Decreto-Lei nº 29/2008, de 25 de fevereiro, que trata atividades ilícitas como se fossem lícitas, tratando como se fosse lícitas atividade lícitas, tudo sem qualquer critério que não o que resulta do mercado desespero do legislador fiscal face à sua própria falta de eficácia prática.



nacionalidade dos compradores. O comerciante vende a quem comprar, sem considerar a nacionalidade; ou seja, anacionalmente.

Claro está que os concretos atos comerciais praticados podem ser atos puramente internos ou atos internacionais, para efeito de aplicação de determinado Direito Comercial nacional. É o Comércio em si mesmo que é internacional, e não cada ato comercial individualmente considerado.

Contudo, o Comércio não é “apenas” internacional, mas é tão internacional quanto possível. Quanto mais ampla e internacional for a Sociedade, Estado ou Civilização no qual o Comércio se insere, mas amplo pode ser o Mercado e, logo, o Comércio que nele se desenvolve, havendo uma maior potencialidade de lucros. Numa abordagem mais concreta, se o comerciante quiser mais lucros, tentará ter uma empresa tão grande quanto possível, o que conduz a uma inevitável propensão para a internacionalização comercial. Especialmente em casos como o português, em que a pequena dimensão do País e da sua economia, conduz inevitavelmente à internacionalização do Comércio logo que cresça acima de determinada dimensão.

A razão é simples, o Comércio não considera as nações como algo de relevante. Para o Comércio não existem nações, nem Estados. Para o Comércio existem mercados, fornecedores, clientes e parceiros. Se estes são de um Estado ou de outro é irrelevante. E se, por acaso, são estrangeiros e essa sua qualidade dificultar o negócio, os comerciantes logo procuram arranjar uma maneira de adquirir a nacionalidade necessárias ao negócio que pretendem efetuar. Quer seja para vender jornais, quer seja para comprar companhias de transporte aéreo.



Com as novas facilidades de circulação e de comunicação, o Comércio passou de uma atividade apenas internacional, passando a ser uma atividade global. Global no sentido de ser simultaneamente local, regional, nacional, internacional, continental, planetária, alocalizada e omnilocalizada. Todos estes Comércios coexistem e concorrem uns com os outros, numa miríade de combinações possíveis.

Desde a pequena loja de esquina, pertença de um comerciante individual, que continua a existir, que vende mercadorias nacionais e estrangeiras a clientes nacionais e estrangeiros, até à empresa online que está simultaneamente em lado nenhum e em todo o lado, numa espécie de Comércio quântico, à semelhança do *gato de Schrödinger*, tudo existe no Comércio atual.

III. A natureza internacional do Comércio sempre levantou problemas e foi por sua causa que o Direito Comercial nasceu.

Foi pela profunda diferença que no Direito Romano se verificava entre o *ius civile* aplicável ao Comércio marítimo interno romano e o *ius comune* aplicável ao Comércio marítimo entre estrangeiros e entre romanos e estrangeiros – ao Comércio marítimo internacional –, que no séc. II a.C. nasceu a primeira figura de Direito Comercial, por concessão do Pretor: a *actio exercitoria*.<sup>9</sup>

Esta *actio* era aplicada a todo o Comércio romano, tanto nacional como internacional, provocando uma uniformização do Direito aplicável em matéria de representação comercial, de tal modo que

---

<sup>9</sup> Sobre o assunto, VASCONCELOS, PEDRO LEITÃO PAIS DE, *A Preposição – Representação Comercial*, Almedina, Coimbra, 2017.



não fazia diferença se os comerciantes e os seus clientes eram ou não romanos.

Contudo, esta solução funcionava porque o território romano constituía um único espaço jurídico e comercial, de enormes dimensões. Face à dimensão territorial de Roma, o seu Direito conseguia resolver as questões que fossem sendo levantadas nesse território, sendo que a sua dimensão implicava uma enorme uniformização geográfica do Direito.

Logo que as nações se foram erguendo, e à medida que o Direito Romano foi perdendo força, os problemas começaram a renascer. Como é natural, novos problemas levaram a novas soluções, o que provocou um renascimento do Direito Comercial, que ocorreu a partir da idade média, em especial com a luta jurídico-comercial entre o português Pedro de Santarém e o italiano Benvenuto Straccha e as suas magníficas obras de Direito Comercial, e teve o seu grande avanço com o movimento codificador do início do séc. XIX, que beneficiou muito da iniciativa pessoal de Napoleão Bonaparte,<sup>10</sup> e que provocou o progressivo (mas decisivo) ofuscamento do Direito Comercial Romano. Foi também nessa altura que ocorreu o nascimento das sociedades comerciais com personalidade jurídica reconhecida pelos Estados, questão que fez com que as *offshores* ganhasse um novo ânimo.

Até essa data, os sócios que pretendessem beneficiar de plena autonomia patrimonial face à sociedade tinham de ser “anónimos”; tinham de ser sócios de uma sociedade, mas manterem-se como

---

<sup>10</sup> Sobre o assunto, VASCONCELOS, PEDRO LEITÃO PAIS DE, A Miragem das Piastras - Napoleão, Ouvrard, Récamier e o Code de Commerce de 1807, Bubok, Madrid, 2015.



sócios anónimos. Uma verdadeira “sociedade anónima”, não no sentido atualmente atribuído a esta expressão, mas antes sociedades que não eram sequer reconhecidas como sociedades. Os sócios eram anónimos, de tal modo que a própria sociedade era anónima, no sentido de não ser (re)conhecida como uma sociedade. Ninguém sabia que a sociedade existia, e ninguém sabia quem eram os sócios.

Esta é a verdadeira e original sociedade anónima.

Este fenómeno ocorreu principalmente através de dois mecanismos:

- as comanditas.
- os testa de ferro.

Os dois casos usavam a mesma técnica, sendo que a única diferença de monta consistia em que, nas comanditas, quem surgia publicamente à frente da sociedade era um sócio (um preposto sócio, conhecido como sócio cumprimentário), enquanto nos testas de ferro quem surgia publicamente à frente da sociedade não era um sócio (um preposto não sócio).<sup>11</sup>

Em ambos os casos, do ponto de vista exterior não se reconhecia a existência de uma sociedade, pois apenas se identificava o preposto, como se este fosse “o” comerciante. Como tal, criava-se a aparência de que não existia uma sociedade, mas antes que a empresa era pertença de um único comerciante individual. Conseguia-se, através desta prática, obter a limitação da

---

<sup>11</sup> Sobre o assunto, VASCONCELOS, PEDRO LEITÃO PAIS DE, *A Preposição – Representação Comercial*, Almedina, Coimbra, 2017.



responsabilidade dos sócios, pois ao não se saber quem eram os sócios (apenas se conhecia o preposto, quer fosse sócio ou testa de ferro) não era possível acioná-los judicialmente. Na prática, isto implicava que os sócios apenas arriscavam o capital que tinham investido na sociedade, que estava em nome do preposto, única pessoa que “dava a cara”. O restante património dos sócios ficava devidamente protegido por este anonimato *de facto*.

De certo modo, o pecúlio (capital) era entregue a um preposto, para que este exercesse atividade com base nesse pecúlio, em nome próprio, mas por conta alheia.

Este sistema não era usado apenas em pequenas empresas, sendo que as pessoas que davam a cara não eram “ilustres desconhecidos”. O sistema era indiferentemente usado por pequenas, médias e grandes empresas, e mesmo por monarcas.

No que respeita à pessoa que dava a cara (o preposto), este tinha necessariamente de ter bom nome e reputação comercial, caso contrário ninguém faria negócios com ele e, através deste, com a empresa que pertencia aos sócios anónimos. Por esta razão, os prepostos (quer fossem sócios ou não) eram pessoas bem vistas no Comércio, com boa reputação, de pessoas honestas, sérias e probas, acima de qualquer suspeita, e sendo publicamente reconhecidas como comerciantes; ou, como hoje se diria, empresários de sucesso, recomendados, recomendáveis e merecedores de comenda.

Contudo, apesar de estas sociedades conseguirem garantir a efetiva limitação de responsabilidade dos sócios anónimos, não causavam especiais problemas fiscais. O suporte jurídico da





empresa era, ainda, a pessoa física<sup>12</sup> que se apresentava publicamente como dono da empresa, sendo essa pessoa física que era considerada para efeitos fiscais. Por outro lado, o Comércio internacional era muito menor do que o atual, pelo que a maioria das empresas tinham uma localização física relativamente estável, o que permitia também lançar impostos tomando em consideração o local do seu domicílio.

IV. Sendo o Comércio exercido por pessoas físicas, a questão da sua internacionalidade estava intimamente relacionada com a livre circulação de pessoas. Assim, ao longo dos tempos, e conforme o ambiente político, foi sendo promovido, permitido, restringido ou proibido o Comércio de estrangeiros em Portugal. As razões que levavam à permissão ou proibição do exercício de atividade comercial em Portugal por parte de estrangeiros foram as mais variadas, podendo ser puramente comerciais, como estar ligados às relações diplomáticas com o Estado de origem do comerciante, ou outras.

Em caso de violação destes regimes, a sanção era aplicada diretamente à pessoa do comerciante (e, por vezes, a quem com ele comerciasse), através, nomeadamente, da aplicação de penas de prisão ou de expulsão. Face a este estado de coisas, era relativamente fácil aplicar a lei (desde que se encontrasse esse comerciante). Se um comerciante estrangeiro exercesse atividade em Portugal em violação da lei, o problema resolvia-se expulsando-o, encarcerando-o, ou aplicando outra qualquer medida para o efeito, e, se necessário, matando-o.

---

<sup>12</sup> Existiam companhias soberanas, mas estas não colocavam o mesmo tipo de problemas.



V. No século XIX, o surgimento das sociedades comerciais com personalidade jurídica reconhecida pelo Estado causou um “novo” problema.

Os comerciantes já não eram apenas as pessoas físicas, mas agora também existiam estas “novas” pessoas morais, que não tinham um corpo físico propriamente dito. Como tal, à falta de corpo, não era possível encarcerá-las, nem expulsá-las fisicamente de Portugal e muito menos matá-las.

Associado ao problema referido, nasciam outros “novos” problemas, que consistiam, por exemplo, em saber qual a nacionalidade destas novas sociedades, com base em que lei é que estas tinham personalidade jurídica, se Portugal devia reconhecer a personalidade jurídica que resultava de uma lei estrangeira e, ainda, saber o que exigir dessas sociedades quando lhes fosse permitido exercer atividade em Portugal.

Por outro lado, estas “novas” pessoas, levantaram ainda outros problemas, que consistiam em saber quando é que o verdadeiro comerciante era a sociedade, e quando é que a sociedade nada mais era do que um veículo do comerciante para limitar fraudulentamente a sua responsabilidade.

Não se pretende fazer aqui uma análise da evolução dos regimes que abordam estes problemas. A análise das primeiras questões foi evoluindo ao longo dos sécs. XIX e XX, até que se obteve o atual sistema, composto pelos arts. 3º e 4º do Código das Sociedades Comerciais.



No que respeita ao segundo problema, o sistema beneficia ainda do regime dos prepostos, que consta nos arts. 248º e seguintes do Código Comercial.

Em conjunto, estas normas formam o mais eficaz sistema de matar *offshores*.

### **O ataque à *offshore* nacional**

I. É comum afirmar-se que apenas existem *offshores* portuguesas na Zona Franca da Madeira (Centro Internacional de Negócios da Madeira). Esta afirmação não é correta, pois a nacionalidade das sociedades é independente da localização das zonas *offshore*, não se devendo confundir a nacionalidade de uma zona *offshore*, com a nacionalidade das sociedades nela registadas.

Apenas existe uma zona *offshore* em Portugal, mas as sociedades que beneficiam do regime fiscal *offshore* da Madeira podem ter nacionalidade portuguesa, estrangeira ou ser apátridas.

As sociedades *offshores*, tal como todas as sociedades, são nacionais ou não nacionais. As sociedades não nacionais, podem ser estrangeiras, tendo uma ou mais nacionalidades, ou ser apátridas, não tendo qualquer nacionalidade. Portugal apenas se limita a atribuir ou não atribuir a nacionalidade portuguesa; se as sociedades têm nacionalidade estrangeira ou não, é um problema dos outros Estados.

Para Portugal, são nacionais as sociedades com sede principal e efetiva em Portugal; em consequência, são não nacionais as sociedades que não tenham sede principal e efetiva em Portugal, quer tenham a sede principal e efetiva noutra Estado, ou sede



principal e efetiva em território que não pertença a nenhum Estado, ou sede principal e efetiva em vários Estados, ou simplesmente não tenham (ou não se prove que tenham) sede principal e efetiva.<sup>13</sup>

Como resulta natural, torna-se essencial saber o que é a sede principal e efetiva.

II. A sede principal e efetiva da sociedade é o local a partir do qual a mesma é administrada, efetivamente e a título principal. Note-se que tratando-se de atribuir ou não a nacionalidade portuguesa, não interessa o concreto local, mas apenas se esse local, ou conjunto de locais, se situam em território nacional português. Contudo:

- há sociedades que não são administradas a partir de um local sito em Portugal;
- há sociedades que não são administradas efetivamente a partir de um local sito em Portugal;
- há sociedades que não são administradas principalmente a partir de um local sito em Portugal.

Estas sociedades não têm sede principal e efetiva em Portugal, pelo que não são sociedades portuguesas. Mesmo que estejam registadas em Portugal, que tenham sócios portugueses, que tenham sido constituídas em Portugal, que estejam licenciadas para operar em Portugal, que sejam fiscalmente domiciliadas em

---

<sup>13</sup> Sobre o assunto, VASCONCELOS, PEDRO LEITÃO PAIS DE, *Sociedades Comerciais Estrangeiras - O art. 4º do Código das Sociedades Comerciais*, Almedina, Coimbra, 2015.



Portugal e que desenvolvam atividade em Portugal, não são sociedades portuguesas; são sociedades estrangeiras.

Por outro lado, uma sociedade constituída no estrangeiro, com sócios estrangeiros, registada no estrangeiro, com atividade no estrangeiro, domiciliada fiscalmente no estrangeiro, com contas bancárias no estrangeiro, com atividade no estrangeiro, será portuguesa se a sua sede principal e efetiva for sita em Portugal.

III. Todas as sociedades comerciais com personalidade jurídica têm duas estruturas fundamentais de administração: a social e a comercial.

A administração social, trata das questões societárias, das relações entre os sócios e a sociedade, entre os titulares dos órgãos, entre os titulares dos órgãos e a sociedade e entre os sócios e os titulares dos órgãos. Esta é uma atividade que consiste na prática dos atos sociais propriamente ditos e tem pouca relevância direta na atividade comercial, na empresa.

A estrutura administrativa societária não trata da administração da empresa, mas antes da administração da sociedade. Dito de outro modo, trata da administração do contrato de sociedade ao qual foi atribuído personalidade jurídica. Esta administração tem pouca relevância direta para a atividade da empresa, porquanto os seus atos são fundamentalmente internos à sociedade, sem prejuízo de poderem ter reflexos externos.

A estrutura de administração verdadeiramente relevante para o Comércio é a empresarial, a estrutura administrativa comercial. Esta é a estrutura de administração da empresa que gere o modo como a estática e a dinâmica confluem para formar a empresa. De certo



modo, esta estrutura está encarregue de tomar as decisões relativas aos elementos estáticos da empresa, no que respeita ao modo como esses elementos irão ser objeto da atividade da empresa, pondo-os em ação. É esta a estrutura que torna a potência em ato.

É esta estrutura que gera dinheiro, que celebra contratos, que compra, vende, loca, mutua, hipoteca, e pratica todos os atos do comércio da sociedade. Os atos societários são fundamentais para o bom funcionamento da sociedade e para os fins dos sócios. Mas em regra não geram dinheiro de modo direto. Claro está que uma decisão estratégica societária sobre investir num ou noutro produto, ou de contratar um ou outro administrador, terá importantes consequências na vida comercial da empresa. Mas esta decisão é apenas uma causa mais ou menos longínqua do ato a praticar, não é o ato. Assim, é a estrutura administrativa comercial da empresa que é verdadeiramente relevante para a empresa.

Esta distinção entre administração da sociedade e administração da empresa é fundamental para a boa compreensão da questão.

IV. A sede principal e efetiva relevante, não é a da sociedade, mas sim a da empresa.

Uma sociedade pode ter estruturas de administração empresarial mais complexas, ou mais simples, conforme o tamanho da empresa, a dimensão da sua estrutura, a quantidade de atos a praticar e inúmeros fatores. Tanto pode integrar a estrutura administrativa da empresa um membro do conselho de administração que celebra um contrato por conta da empresa, como integra essa estrutura um funcionário de limpeza da empresa que trate da compra dos produtos de limpeza, como integra essa estrutura um caixa de supermercado que faz as vendas aos clientes,



como o técnico de manutenção que escolhe qual o horário de funcionamento dos sistemas de iluminação do edifício. Podem mesmo integrar a estrutura administrativa comercial, pessoas que não integram a sociedade, sendo-lhe externas. Todos integram a estrutura administrativa da empresa, porque todos gerem a empresa e tratam dos seus assuntos, agindo por conta da empresa. Todos praticam atos de administração ordinários ou extraordinários da empresa, quer sejam internos à empresa, quer sejam externos, podendo ser jurídicos ou materiais.

Em consequência, face à complexidade que a estrutura administrativa que uma empresa comercial pode ter, é importante saber qual é a sede principal e efetiva.

V. Uma empresa pode ter várias sedes, ou seja, vários centros da sua vida. Há empresas que têm sedes diferentes para diferentes atividades, a que correspondem diferentes estruturas administrativas. A empresa pode, por exemplo, ter um departamento comercial situado num local, o departamento de recursos humanos noutra local, a fábrica noutra local, e várias lojas em diversos locais, podendo suceder que cada um destes entes tenha a sua própria estrutura administrativa. Por esta razão, uma empresa tanto pode ter uma única sede, como pode ter várias sedes. Por sua vez, uma empresa pode abranger várias sub-empresas, cada uma com várias sedes, o que aumenta a complexidade potencial do problema.

Por outro lado, as estruturas administrativas nem sempre têm sede. Há empresas que têm setores de atividade não sedeados, não sendo possível determinar um centro principal dessa atividade e, acima de tudo, não sendo possível fixar um local para essa estrutura



administrativa. Esta situação tanto pode ocorrer quanto a um determinado departamento da empresa, como em relação a toda a empresa. Nem sempre existe uma sede, um local que corresponde ao centro da vida da empresa. Nestes casos, a empresa não tem sede.

Por outro lado, há empresas como sedes móveis e há empresas com sedes multilocalizadas. Sedes móveis, por exemplo, num navio, que tanto podem ser a única sede da empresa, como ser a sede de um departamento da empresa. Por outro lado, há sedes multilocalizadas, que integram pessoas localizadas em vários pontos, mas que trabalham em conjunto, usando tecnologia adequada para o efeito.

Por esta razão, uma sociedade comercial pode ter uma ou mais sedes, podendo cada sede ser fixa ou móvel, podendo a sede ser localizada num único local ou repartida por vários locais, numa ou outra combinação de sedes. Pode, ainda, não haver sequer uma sede, porque a dispersão da estrutura administrativa está de tal modo atomizada, que não é possível imputar-lhe uma localização geográfica.

É neste mundo que vivemos e é deste mundo que temos de partir para resolver problemas.

Não há sede; pode haver sede. Tal como pode não haver sede, podem também existir várias sedes, podendo as sedes estar em constante movimento e podem estar em vários locais ao mesmo tempo.

VI. O Direito Comercial conhece este fenómeno muitíssimo bem. Mas também sabe que, normalmente, numa empresa típica, há





uma sede que é a principal. Uma sede da principal estrutura administrativa da empresa. Daquela estrutura composta pelas pessoas que não só podem mandar nas outras, mas que efetivamente mandam nas outras. O local do “cérebro coletivo” da empresa. O local de onde parte o impulso que põe ação na estática. O local do primeiro princípio, do qual toda a atividade empresarial emana.

Esta é a sede principal e efetiva.

A sede principal e efetiva não é, nem pode ser, o “centro da vida social” pois não existe vida social; uma sociedade não tem vida. Esta expressão é uma contradição de termos, e é enganosa, pois aquilo que há de mais importante numa sociedade comercial não é o elemento “sociedade” mas sim o elemento “comercial”. A sede principal é o local onde se encontra o conjunto de pessoas que integra a estrutura administrativa principal da empresa, a estrutura administrativa de topo que trata do seu comércio, e da qual as outras estruturas administrativas dependem, da qual as outras estruturas recebem os seus poderes, da qual emana a conformação da atividade das outras estruturas e à qual as outras estruturas respondem.

Esta abordagem à questão da sede, quase torna desnecessária a referência a que esta sede tenha de ser efetiva. O problema da sede efetiva apenas se coloca quando se busca a sede social, pois empresarialmente a sede social é uma ficção, sem qualquer correspondência necessária com a atividade da empresa. Já a sede enquanto local de uma estrutura administrativa da empresa, que trata do seu comércio, é sempre, e necessariamente, efetiva. Pois apenas há uma estrutura administrativa, quanto há administração;



e sempre que há administração esta é efetiva, sob pena de não ser administração. Uma administração que não administra, não é uma administração, mesmo que seja chamada de administração e mesmo que a Lei a considere como administração. Logo, o local onde é localizada a estrutura que administra o comércio da empresa que é detida pela sociedade corresponde sempre a uma sede efetiva; ou, na sua falta, não há sede efetiva - *tertium non datur*.

VII. Chegados a este ponto, pode afirmar-se que, existindo várias sedes, e sendo todas naturalmente efetivas, provavelmente – mas não necessariamente - uma será a sede principal.

O Direito Comercial conhece este fenómeno, sabendo que pode existir uma sede principal e efetiva da administração da empresa, mas que tal não ocorre necessariamente. Como tal, a solução do Direito Comercial é dual: há uma solução para os casos nos quais há uma sede principal e efetiva em Portugal, e outra solução para os casos em que não há uma sede principal e efetiva em Portugal.

Assim, no caso em que a sede principal e efetiva é situada em Portugal, a sociedade tem nacionalidade portuguesa. Caso contrário, a sociedade não será portuguesa, mas sim estrangeira (incluindo as sociedades apátridas).

Note-se que para este critério:

- é irrelevante a nacionalidade dos sócios;
- é irrelevante o domicílio dos sócios;
- é irrelevante o local da constituição da sociedade;
- é irrelevante o local de registo da sociedade;
- é irrelevante o local da sede social;



- é irrelevante o local de qualquer estabelecimento da sociedade;

Apenas é relevante saber se a empresa tem a sua estrutura principal de administração localizada em Portugal.

Deste modo, é portuguesa uma sociedade constituída no Luxemburgo, e com sede registada no Luxemburgo, e com sede social no Luxemburgo, e com um escritório no Luxemburgo, e com conta bancária no Luxemburgo, desde que as decisões de topo relativas à sua atividade empresarial e comercial sejam tomadas em Portugal. Assim, se os membros do conselho de administração obedecerem a instruções vindas da sociedade mãe quanto à atividade comercial da sociedade, sendo a sociedade mãe quem efetivamente manda na atividade empresarial da sociedade filha, a sociedade filha é nacional portuguesa.

Ou, por exemplo, é nacional portuguesa uma sociedade registada no Panamá se as decisões relativas à sua atividade empresarial e comercial dependerem de instruções dadas por uma pessoa residente em Portugal, que as transmite a uma empresa de gestão de *offshores*, que por sua vez as transmite aos membros do conselho de administração da sociedade.

Por outro lado, não é portuguesa uma sociedade registada em Portugal, que exerce atividade bancária em Portugal, supervisionada pelo Banco de Portugal, e cujo presidente do conselho de administração vai todas as semanas a Paris para receber as instruções relativas à atividade empresarial do banco, sendo o banco administrado em estrito cumprimento dessas instruções, pois neste caso a sede principal e efetiva é em Paris.



VIII. Segundo o art. 3º, nº 2 e nº 3 do Código das Sociedades Comerciais, as sociedades comerciais com nacionalidade portuguesa estão obrigadas a:

- inscreverem-se no registo comercial português;
- a ter os seus estatutos adaptados ao Direito português.

Assim sucede independentemente do local onde esteja efetivamente registada a sociedade, e independentemente de os seus estatutos estarem adaptados ao Direito português. O único critério relevante é que tenham sede principal e efetiva em Portugal.

É, pois, juridicamente irrelevante que uma sociedade seja denominada na prática jurídica como uma “sociedade de direito estrangeiro” porque está registada no estrangeiro, ou porque foi constituída no estrangeiro tendo os seus estatutos adaptados a um ordenamento estrangeiro. Uma sociedade registada no estrangeiro, com os estatutos adequados a esse Direito, mas com sede principal e efetiva em Portugal é portuguesa, e está obrigada a registar-se em Portugal e a adaptar os seus estatutos ao Direito português.

Mesmo que seja uma *offshore*.

Assim, por exemplo, todas as sociedades registadas no Panamá, mas cuja estrutura de administração empresarial de topo se situe em Portugal, estão obrigadas a transferir o seu registo para Portugal, nomeadamente registando a sede em Portugal, e a adaptar os seus estatutos ao Direito português.

Caso uma sociedade não o faça, pode qualquer interessado acionar a sociedade, com fundamento no art. 3º, nº 2 e nº 3 do



Código das Sociedades Comerciais, obtendo uma sentença judicial na qual o Tribunal:

- declara que a sociedade tem nacionalidade portuguesa;
- ordena a inscrição da sociedade no Registo Comercial português.
- condena a sociedade a adaptar os seus estatutos ao Direito português, sob pena de aplicação de uma sanção pecuniária compulsória por cada dia de atraso.

Esta ação está sujeita a inscrição obrigatória no registo comercial (art. 3º, nº1, al o) e art. 9º, al. c) do Código de Registo Comercial), pelo que sendo proferida sentença, o registo da ação é convertido em registo de mudança de sede, ocorrendo com base na certidão da sentença.

Independentemente desta ação, a sociedade está obrigada a praticar estes atos por sua própria iniciativa. Como é natural, estes atos não serão fisicamente praticados pela sociedade, pois esta não tem capacidade natural física para o fazer. Quem o terá de fazer serão as pessoas com os poderes para o efeito, nomeadamente os sócios – no que respeita à adequação dos estatutos – e os administradores – no que respeita à inscrição em registo. Por sua vez, compete ao fiscal da sociedade garantir que a sociedade com nacionalidade portuguesa esteja registada em Portugal e tenha os seus estatutos adaptados ao Direito português.

Caso estas pessoas não o façam, violam a Lei (art. 3º do Código das Sociedades Comerciais), sendo que essa violação é praticada pelos seus sócios, administradores e fiscais, constituindo uma violação de disposições legais destinadas a proteger terceiros,



sendo aplicáveis os arts. 78º a 84º do Código das Sociedades Comerciais, com todas as consequências que decorrem deste regime.

Sem prejuízo deste regime de responsabilidade civil, e mesmo que a sociedade não cumpra a sentença, não adaptando os seus estatutos ao Direito Português, esta passa a estar registada em Portugal, e a estar judicialmente declarado que a mesma tem sede principal e efetiva em Portugal, deixando de ser uma *offshore*.

Como *offshore*, morre.

### **O ataque à *offshore* estrangeira**

I. Uma *offshore* sem sede principal e efetiva em Portugal, é estrangeira.<sup>14</sup>

Assim sucede com várias sociedades *offshore* da Zona Franca da Madeira que, apesar de registadas em Portugal, têm a sua sede principal e efetiva noutros Estados. Como é natural, também assim sucede com inúmeras sociedades *offshore* registadas noutros Estados que podem ter sede principal e efetiva nesse mesmo Estado, ou noutro Estado que não Portugal.

Todos estes casos ficam excluídos do regime do art. 3º do Código das Sociedades Comerciais, sendo abrangidos pelo art. 4º do Código das Sociedades Comerciais.

O art. 4º do Código das Sociedades Comerciais abrange as sociedades estrangeiras com atividade em Portugal há mais de um

---

<sup>14</sup> VASCONCELOS, PEDRO LEITÃO PAIS DE, *Sociedades Comerciais Estrangeiras*, Almedina, Coimbra, 2015.



ano, ou que se proponham a desenvolver atividade em Portugal por mais de um ano. Apenas ficam fora do seu regime as sociedades estrangeiras registadas em Portugal, o que se compreende, pois não há sentido em obrigar a registar uma representação permanente em Portugal quando a sede estatutária está registada em Portugal.

Assim, fora este último caso, uma sociedade comercial estrangeira com atividade em Portugal por mais de um ano, fica obrigada a registar uma representação permanente junto do Registo Comercial português, sob pena de:

- ser proibida de exercer atividade em Portugal.
- ser ordenada a cessação de atividade em Portugal.
- ser liquidado todo o seu património em Portugal, incluindo bens imóveis, móveis, estabelecimentos, posições em contratos, clientela, aviamento e todo e qualquer outro bem jurídico.
- os membros do órgão de administração da sociedade ficarem solidariamente responsáveis por todos os passivos da sociedade relativos a toda a atividade exercida em Portugal.
- todo e qualquer representante da sociedade ficar solidariamente responsável pelos passivos da sociedade relativos aos atos nos quais a representou.

A atividade abrange o conjunto ordenado de atos com uma conexão relevante com Portugal, nomeadamente:<sup>15</sup>

---

<sup>15</sup> VASCONCELOS, PEDRO LEITÃO PAIS DE, *Sociedades Comerciais Estrangeiras*, Almedina, Coimbra, 2015, págs. 64 a 72.



- negócios em que uma das partes (ou dos celebrantes) tenha domicílio em Portugal;
- negócios cujo objeto esteja em Portugal;
- negócios cujo objeto deva ser entregue em Portugal;
- negócios cujos efeitos prático-jurídicos se produzam, no todo ou em parte, em Portugal;
- atos que ocorram em Portugal;
- atos praticados por pessoa sita em Portugal;
- atos praticados perante pessoa sita em Portugal;
- atos praticados sobre objeto sito em Portugal;
- atos devidos em Portugal

II. As *offshores*, em regra, não cumprem o art. 4º do Código das Sociedades Comerciais.

O mesmo sucede frequentemente com sociedades estrangeiras não *offshore*, mas no caso destas últimas, o comportamento que adotam para obter o estatuto *offshore* implica a violação do art. 4º do Código das Sociedades Comerciais. Assim, como regra, uma sociedade *offshore* que tenha atividade em Portugal, viola o art. 4º do Código das Sociedades Comerciais.

A razão prende-se com a técnica usada pelo Direito Fiscal em matéria de determinação da competência da Lei aplicável, e que pode ser exemplarmente demonstrado por uma simples análise do art. 5º do modelo de convenção fiscal sobre o rendimento e o património 2014 da OCDE (doravante Convenção Modelo), técnica esta também usada no art. 5º do CIRC.





Segundo a Convenção Modelo, um estabelecimento permanente corresponde necessariamente a um local fixo, através do qual se desenvolve a atividade empresarial fiscalmente relevante,<sup>16</sup> sendo que, nem todos estes locais fixos são considerados como um estabelecimento permanente.<sup>17</sup>

Um destes “locais fixos” é a sucursal.<sup>18</sup>

Face a este regime, caso uma *offshore* instale uma sucursal em Portugal, cumprindo o art. 4º do Código das Sociedades Comerciais e registando essa sucursal numa morada sita em Portugal, passa a ser considerada como uma entidade residente para efeitos dos lucros obtidos em Portugal, ou corre um enorme risco de tal suceder, sendo atribuída competência ao Direito Fiscal nacional para regular esses rendimentos. Em suma, no que respeita aos proveitos da atividade desenvolvida nesse Estado, deixa de ser uma *offshore*.

Do ponto de vista de uma *offshore*, é fundamental não ter uma sucursal no Estado a cujo sistema de coleta fiscal se pretende eximir, pelo que tudo fará para que tal não suceda. Assim, como regra, uma *offshore* exerce atividade num Estado, mas sem nele registar uma sucursal, para procurar evitar que esta sucursal seja considerada como um estabelecimento estável.

Assim, de acordo com a Convenção Modelo (e com o Código do IRC), uma sociedade que desenvolva atividade comercial em Portugal, mas pretenda evitar a aplicação do Direito Fiscal

---

<sup>16</sup> Art. 5º, nº 1 da Convenção Modelo.

<sup>17</sup> Art. 5º, nº 4 da Convenção Modelo.

<sup>18</sup> Art. 5º, nº 2, al. b) da Convenção Modelo.



português, não pode ter um estabelecimento estável em Portugal, pelo que não pode ter uma sucursal registada em Portugal, sob pena de esta poder ser considerada para efeitos do art. 5º do CIRC.

Contudo, de acordo com o art. 4º do Código das Sociedades Comerciais, desenvolvendo atividade comercial em Portugal estão obrigadas a ter uma sucursal em Portugal.

Caso uma *offshore* estrangeira respeite o art. 4º do Código das Sociedades Comerciais, deixa de ser uma *offshore*, para efeitos da fiscalidade nacional ou, pelo menos, corre um grande risco de tal vir a suceder.

Em consequência, a generalidade das sociedades *offshores* estrangeiras com atividade em Portugal estão em violação do art. 4º do Código das Sociedades Comerciais, podendo (devendo) ser sujeitas às consequências acima referidas.

O que sucede pode, em suma, ser explicado do seguinte modo:

- O Direito Fiscal nacional aplica-se caso a *offshore* tenha uma sucursal em Portugal.
- O Direito Comercial obriga à instituição de uma sucursal em Portugal, caso a atividade em Portugal se prolongue por mais de um ano, ou a sociedade se proponha a desenvolver atividade em Portugal por mais de um ano.
- Para beneficiarem do regime fiscal mais favorável, as *offshore* não instituem uma sucursal em Portugal em violação do art. 4º do Código das Sociedades Comerciais

Ou seja, o que sucede, na prática, em Portugal é o seguinte:



- beneficiam de um regime fiscal mais favorável as *offshores* estrangeiras que desenvolvem atividade ilicitamente em Portugal em violação do art. 4º do Código das Sociedades Comerciais.

Na prática, as *offshores* violam a Lei (art. 4º do Código das Sociedades Comerciais) para assim conseguirem mais facilmente “fugir aos impostos”. Ou seja, quem pratica um ato ilícito beneficia de um regime fiscal mais favorável. Quem atua licitamente, paga mais impostos.

Esta inversão de valores ocorre porque as autoridades fiscais nada fazem nesta matéria, pois ignoram o Código das Sociedades Comerciais. As autoridades fiscais nem sequer têm conhecimento que têm legitimidade para intentar as ações judiciais necessárias à aplicação do art. 4º do Código das Sociedades Comerciais, pelo que não recorrem a essas ações judiciais.

O mesmo ocorre com a generalidade das demais autoridades nacionais, que em geral partilham a característica de ignorem o art. 4º do Código das Sociedades Comerciais: Ministério Público, Banco de Portugal, Comissão do Mercado de Valores Mobiliários, Instituto Nacional de Estatística, Autoridade da Concorrência, Autoridade Nacional de Comunicações, Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões, Autoridade de Segurança Alimentar e Económica, *inter alia*; todos partilham esta característica ignorância sobre um dos aspetos fundamentais do Direito Comercial – o regime internacional das sociedades comerciais, que abrange quer



sociedades de Estados não membros da União Europeia, quer sociedades de Estados membros.<sup>19</sup>

Face a este estado de coisas, as *offshores* violam o art. 4º do Código das Sociedades Comerciais, mas apenas porque beneficiam da ignorante complacência das autoridades nacionais.

Note-se que, quem não tem uma sucursal em Portugal, mas está obrigado a ter uma sucursal em Portugal, não pode invocar a falta dessa sucursal para assim se furtar à competência do Direito Fiscal português. O Direito Fiscal português aplica-se não só às sociedades que têm um “estabelecimento permanente” em Portugal, mas também às sociedades que estão obrigadas por Lei a instituir e registar uma representação permanente, e que não o fazem, violando a Lei. Mas nem assim as autoridades nacionais recorrem ao regime do art. 4º do Código das Sociedades Comerciais para procurar por um fim à prática referida.

Casos em que, como *offshore* com atividade em Portugal, morre.

### **Como matar uma *offshore*?**

É difícil acionar judicialmente uma *offshore*.

As *offshore* são naturalmente esquivas, porque a sua razão de ser consiste em esquivarem-se ao Direito Fiscal. Esta sua qualidade repercute-se noutras áreas, o que dificulta o ataque. De certo modo, as *offshores* são um alvo móvel, camuflado e com enorme capacidade de adaptação.

---

<sup>19</sup> VASCONCELOS, PEDRO LEITÃO PAIS DE, *Sociedades Comerciais Estrangeiras*, Almedina, Coimbra, 2015.



Contudo, em regra as *offshore* têm uma fraqueza manifesta: são *offshores*. São sociedades que, em regra, apenas fazem sentido se puderem beneficiar dos regimes *offshore*. O maior risco que uma *offshore* corre consiste precisamente na perda desse regime.

Para manterem o regime de *offshore*, a sociedade:

- não pode ser uma sociedade portuguesa.
- não pode ter uma sucursal registada em Portugal.

Os art. 3º e 4º do Código das Sociedades Comerciais, quando usados num ataque combinado, têm três consequências possíveis:

- o reconhecimento da sociedade como portuguesa; ou
- o reconhecimento da obrigatoriedade de instituir uma sucursal em Portugal; ou
- o reconhecimento da sociedade como não portuguesa e como não tendo atividade em Portugal por mais de um ano.

Para que este último caso ocorra, é necessário que:

- a sociedade não esteja registada em Portugal.
- a sociedade não tenha sede principal e efetiva em Portugal.
- a sociedade não tenha atividade em Portugal por mais de um ano, ou não se proponha a ter atividade em Portugal por mais de um ano.

Este é, como tal, um caso em que o contacto da sociedade com Portugal é pouco efetivo e, na parte em que é efetivo, é pouco estável, com uma duração sempre inferior a um ano. Como tal, nestes casos o art. 4º do Código das Sociedades Comerciais não obriga à instalação de uma sucursal.



Contudo, nos demais casos, pode propor-se nos Tribunais portugueses uma ação com base nos arts. 3º e 4º do Código das Sociedades Comerciais. Em suma, nessa ação alega-se que a sociedade *offshore*:

- ou é uma sociedade nacional irregular, devendo passar a estar registada em Portugal e a ter os estatutos adaptados ao direito português (art. 3º do Código das Sociedades Comerciais);
- ou é uma sociedade estrangeira a exercer atividade clandestinamente em Portugal devendo ser proibida de exercer atividade em Portugal (art. 4º do Código das Sociedades Comerciais).

A obter vencimento, esta ação termina com uma de duas sentenças:

- condenação da sociedade *offshore* a adaptar os seus estatutos ao Direito Português, passando a estar registada no Registo Comercial português; ou
- proibição da sociedade *offshore* exercer atividade em Portugal, com condenação na liquidação de todo o património sito em Portugal.<sup>20</sup>

Em ambos os casos, a sociedade *offshore* deixa de ser uma *offshore*.

---

<sup>20</sup> E condenação solidária dos administradores da *offshore* no pagamento de todas as dívidas relativas a atos praticados em Portugal por qualquer pessoa em representação da sociedade, e condenação solidária dos representantes da *offshore* no pagamento de todas as dívidas relativas a atos por si praticados em Portugal.



Em ambos os casos, a *offshore* morre enquanto *offshore*, passando a ser uma “normal” sociedade comercial nacional, ou passando a ser uma sociedade com representação permanente em Portugal. Neste caso, a empresa desenvolvida em Portugal passa a ter suporte registal em Portugal, com uma morada física em Portugal, que representa a sociedade em toda a sua atividade em Portugal, o que constitui um “estabelecimento estável” para efeitos fiscais.

Em ambos os casos a sociedade fica obrigada a apresentar contas relativas a, pelo menos, toda a atividade desenvolvida em Portugal, passando essa atividade, nomeadamente, a contar para o PIB português tal como determinado pelo SEC 2010 (Regulamento UE nº 549/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho de 21 de maio de 2013 relativo ao sistema europeu de contas nacionais e regionais na União Europeia). Passa, também, a ter uma morada onde pode ser citada, e pessoas com poderes para a representar em todos os assuntos com clientes, fornecedores, trabalhadores, colaboradores, concorrentes e autoridades.

A *offshore* deixa de ser esquiva, deixa de ser móvel, deixa de estar camuflada e deixa de ter capacidade de adaptação. Passa a operar no mercado de modo claro e aberto, de tal modo que, caso viole a Lei, pode ser punida.

Assim se mata uma *offshore*.

Pedro Leitão Pais de Vasconcelos