

O DIREITO APLICÁVEL ÀS SOCIEDADES CONTRIBUTO PARA O DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO DAS SOCIEDADES (*)

*Pelo Prof. Doutor Luís de Lima Pinheiro (**)*

SUMÁRIO:

I. Introdução. I. A tradicional oposição entre teoria da constituição e teoria da sede. *A)* Os principais critérios para a determinação do estatuto pessoal da sociedade. *B)* A teoria da constituição. *C)* A teoria da sede. II. A necessidade de uma revisão. *A)* Preliminares. *B)* O problema do Direito aplicável no momento da constituição da sociedade. *C)* A teoria da sede como qualificação da teoria da constituição. *D)* As atenuações da teoria da sede: presunção de coincidência com a sede estatutária, manutenção da personalidade jurídica em caso de transferência internacional da sede e devolução. *E)* A combinação da teoria da constituição com a teoria da sede. *F)* O problema do Direito aplicável às sociedades que se constituem sem intervenção de órgãos públicos (incluindo as sociedades sem personalidade jurídica). *G)* As atenuações da teoria da constituição. *H)* A relevância do lugar onde a sociedade desenvolve actividade. III. O Direito aplicável à constituição da sociedade. *A)* Em geral. *B)* Direito aplicável ao contrato de sociedade. *C)* Direito aplicável à forma do contrato de sociedade. *D)* Conclusões. IV. O Direito aplicável ao estatuto pessoal da sociedade – apreciação político-jurídica. *A)* Apreciação da teoria da constituição. *B)* Apreciação da teoria da sede. *C)* Posição adoptada: teoria atenuada da constituição. V. O estatuto pessoal da sociedade perante

(*) O presente trabalho foi elaborado para os Estudos em Memória do Professor João Pinto Lumbrales.

(**) Professor da Faculdade de Direito de Lisboa.

o Direito Internacional Privado português. A) Breve referência à divergência doutrinal na vigência dos arts. 109.º a 112.º C. Com. B) O Direito vigente. Arts. 33.º/1 CC e 3.º/1 C. Soc. Com. C) Articulação da sede da administração com a sede estatutária. D) Âmbito de aplicação do Direito Internacional Privado especial das sociedades comerciais. E) Da consagração da teoria da constituição pelo Direito Comunitário e pelos acordos bilaterais sobre investimento internacional.

Introdução

I. O problema do Direito aplicável à sociedade surge quando uma sociedade apresenta laços juridicamente relevantes com a esfera social ou, directamente, com a ordem jurídica de mais de um Estado. De entre os laços juridicamente relevantes avultam a nacionalidade, domicílio, residência habitual ou sede dos sócios; a nacionalidade, o lugar da constituição ou a sede da sociedade; e, o lugar onde se desenvolve a actividade social.

Ao tempo em que, normalmente, as sociedades eram constituídas num determinado Estado, por nacionais deste Estado, para desenvolver actividade no respectivo território e só em momento posterior alargavam a sua actividade a outros Estados, as atenções centravam-se na questão do *reconhecimento* das sociedades “estrangeiras”. Colocava-se então, em primeiro lugar, a questão do *reconhecimento da sua personalidade jurídica* ⁽¹⁾. Uma vez reconhecida a personalidade jurídica da sociedade, examinava-se os limites ou condicionamentos a que o Estado local subordinava o exercício da actividade social das sociedades “estrangeiras”, problema que MACHADO VILLELA designou de “*reconhecimento da capacidade funcional*” ⁽²⁾. Os arts. 109.º a 112.º C. Com. espelhavam este modo de ver as coisas, embora o art. 110.º já previsse

⁽¹⁾ Ver MACHADO VILLELA [I 238 e segs. e 252 e segs.], n. 4 ao art. 1.º do Anteprojecto de 1951, da autoria de FERRER CORREIA (in *BMJ* 24: 9 e segs.), ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO [1971: 3 e segs. e 50 e segs.] e FERRER CORREIA [1973: 121 e segs.].

⁽²⁾ Ver MACHADO VILLELA [I 255 e 263 e segs.], ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO [1971: 51 e 55 e segs.] e FERRER CORREIA [1973: 125 e segs.].

o caso de sociedades que, sendo constituídas no estrangeiro, “devam ter sede no reino e nele exercer o principal comércio”.

Por certo que o reconhecimento da sociedade pressupõe a determinação do Direito aplicável à aquisição da personalidade jurídica. Só depois de se ter determinado o Direito aplicável e verificado que, segundo este Direito, a sociedade se constituiu como pessoa colectiva, faz sentido perguntar se a sociedade é reconhecida no Estado local.

Mas o problema do Direito aplicável ao estatuto pessoal só ganha consistência prática no decurso do presente século. Com a progressiva internacionalização da economia e transnacionalização das empresas, cada vez mais sociedades apresentam, desde o início, laços importantes com diferentes Estados, mobilizam capitais provenientes de diversos países e deslocam os centros de actividade e (ou) de direcção para fora do Estado de constituição.

Este desenvolvimento é acompanhado por uma liberalização do sistema de reconhecimento, que se vem a traduzir na generalização do reconhecimento automático das sociedades de estatuto pessoal estrangeiro.

A tendência mais recente vai mesmo no sentido de negar a autonomia do reconhecimento da personalidade jurídica relativamente à determinação do estatuto pessoal. Com efeito, a partir do momento em que o reconhecimento é automático e não depende da verificação de condições fixadas pelo Direito material do foro, o “reconhecimento” da personalidade jurídica mais não é que uma consequência da aplicação da lei pessoal da sociedade ⁽³⁾.

II. Convém esclarecer o conceito de sociedade relevante para a presente indagação.

O conceito de sociedade diverge muito de sistema para sistema ⁽⁴⁾. O Direito alemão, os sistemas da *Common Law* e o § 2.º do art. 58.º do Tratado de Roma adoptam um conceito amplo de sociedade, que abrange todo o contrato por que duas ou mais pessoas se obrigam a colaborar na prossecução de um fim comum (que, no Direito alemão, nem tem necessariamente de ser de índole

⁽³⁾ Cf. KEGEL [417].

⁽⁴⁾ Ver LIMA PINHEIRO [197 e segs.].

económica). A noção que consta do art. 980.º CC port. ilustra um conceito restritivo de sociedade: duas ou mais pessoas obrigam-se a contribuir com bens ou serviços para o exercício em comum de certa actividade económica, que não seja de mera fruição, a fim de repartirem os lucros resultantes dessa actividade. Os Direitos francês e italiano, por seu turno, evoluíram de um conceito restritivo para uma posição intermédia, que admite ou tende a admitir sociedades que não têm por fim a realização, no seu património, de um lucro susceptível de distribuição.

Nesta indagação toma-se por base um conceito relativamente amplo de sociedade: o de contrato por que duas ou mais pessoas se obrigam a colaborar na prossecução de um fim económico comum. Procura-se assim abranger relações que, não sendo entre nós qualificadas como sociedades, suscitam problemas jurídico-materiais e jurídico-conflituais idênticos ou análogos.

Claro que não se pode, *a priori*, pretender que é este o conceito de sociedade relevante para o Direito de Conflitos especial das sociedades comerciais. O alcance deste conceito de sociedades comerciais é uma questão de interpretação das normas que o utilizam, questão que será adiante retomada. Mas é perfeitamente legítimo que, para efeitos de delimitação do âmbito da presente contribuição, se parta de um conceito autónomo de base doutrinal. A indagação posterior se encarregará de confirmar ou infirmar a funcionalidade deste conceito.

III. O Direito Internacional Privado português configura um estatuto pessoal da pessoa colectiva, à semelhança do estatuto pessoal dos indivíduos. O n.º 2 do art. 33.º e o art. 38.º CC contêm uma enumeração não taxativa das matérias que integram este estatuto pessoal.

Segundo esta enumeração, a lei pessoal é aplicável à capacidade; às relações internas (constituição, funcionamento e competência dos órgãos, modos de aquisição e perda da qualidade de associado e correspondentes direitos e deveres); às relações externas (termos em que a pessoa colectiva, bem como os seus órgãos e membros, respondem perante terceiros); à representação da pessoa colectiva pelos seus órgãos; e, à transformação, dissolução e extinção da pessoa colectiva.

A constituição da pessoa colectiva não consta desta enumeração. É um facto curioso, tanto mais que na doutrina, quer seja anterior ou posterior ao Código Civil, parece pacífico que esta matéria está submetida à lei pessoal. Mas, como adiante se verá, pode fazer sentido que a constituição da pessoa colectiva seja excluída do âmbito de aplicação da lei pessoal.

Esta ideia de simetria entre o estatuto pessoal dos indivíduos e o estatuto pessoal das pessoas colectivas não é comum a todos os sistemas. Designadamente, ela é estranha ao Direito Internacional Privado dos EUA, em que a delimitação do âmbito de aplicação do Direito da constituição tem sido ponto bastante controvertido (*infra* II.G) ⁽⁵⁾. Mesmo perante um sistema como o nosso deve reconhecer-se que a analogia entre o estatuto pessoal dos indivíduos e o estatuto pessoal das sociedades é bastante limitada.

Para além das questões da aquisição e perda da personalidade, bem como da capacidade, que se colocam por forma análoga, o âmbito do estatuto da pessoa colectiva abrange essencialmente matérias específicas das pessoas colectivas, que não encontram paralelo no estatuto pessoal dos indivíduos. Podemos agrupar estas matérias em quatro categorias:

- matérias relativas à *constituição da pessoa colectiva* (que, segundo a posição adiante defendida, devem ser autonomizadas);
- questões que poderemos designar por *estatutárias*: constituição e funcionamento dos órgãos e relações entre a pessoa colectiva e os sócios, ou entre os sócios, com respeito aos assuntos sociais;
- a *representação orgânica*;
- a conformação da *autonomia patrimonial da pessoa colectiva*.

IV. Fora do âmbito da presente indagação ficam todos aqueles problemas que, embora abrangidos pelo Direito Internacional Privado das sociedades, não dizem directamente respeito à constituição da sociedade e ao seu estatuto pessoal.

(5) Ver REESE [1982: 145 e seg.].

É o que verifica, em primeiro lugar, com o já aludido problema do “reconhecimento da capacidade funcional” das sociedades de estatuto pessoal estrangeiro. Não se trata, porém, de exclusão absoluta, porque, como veremos, existe um nexo entre este problema e o da determinação do estatuto pessoal, que deve ser esclarecido (*infra* II.H).

Excluídos ficam igualmente os problemas internacionalprivatísticos dos grupos de sociedades. Não se abstrairá, porém, da posição peculiar das filiais, quando se tratar de determinar o conceito relevante de sede da administração.

Enfim, exclui-se a questão da nacionalidade da sociedade, relevante principalmente para o exercício de protecção diplomática e para a aplicação de verdadeiras normas de Direito dos Estrangeiros ⁽⁶⁾.

V. O estudo principiará com uma exposição das principais teorias em presença, tal como são tradicionalmente entendidas (I). Em seguida apresentarei as razões por que, em minha opinião, o modo tradicional de colocar o problema carece de uma revisão (II). Em conformidade com estas razões, distinguirei entre a determinação do Direito aplicável à constituição da sociedade (III) e a determinação do Direito aplicável ao estatuto pessoal. Esta última parte será subdividida numa apreciação político-jurídica (IV) e numa indagação perante o Direito Internacional Privado vigente em Portugal (V).

I. A TRADICIONAL OPOSIÇÃO ENTRE TEORIA DA CONSTITUIÇÃO E TEORIA DA SEDE

A) *Os principais critérios para a determinação do estatuto pessoal da sociedade*

Para a determinação do estatuto da pessoa colectiva foram formulados diversos critérios, de entre os quais são de mencionar a nacionalidade, a *incorporation theory*, o lugar da sede estatutá-

⁽⁶⁾ Ver ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO [1963: 46 e 1971: 17 e segs.], FERRER CORREIA [1973: 106 e seg.], FERNANDES COSTA e MARQUES DOS SANTOS [1985: 51 e segs.].

ria, o lugar do centro de exploração e o lugar da sede da administração.

Do ponto de vista lógico, nada impede que o elemento de conexão relevante para as pessoas colectivas, à semelhança do que se verifica com os indivíduos, seja a *nacionalidade*. Esta é, aliás, a concepção tradicionalmente seguida nos países latinos. Mas nem sempre esta concepção foi seguida por forma coerente. Na verdade, se o critério relevante for a nacionalidade, o Direito do foro deverá limitar-se a definir as sociedades que são nacionais do respectivo Estado e a aplicar, às sociedades estrangeiras, o Direito do Estado que as considerar como suas nacionais. Ora, foi por vezes defendida a determinação da nacionalidade estrangeira com base no critério que o Direito do foro considera ser o mais significativo. Isto não é compatível com o critério da nacionalidade. Encontra-se justamente aqui a razão por que a nacionalidade tem perdido importância como elemento de conexão em matéria de estatuto pessoal das sociedades. A evolução verificada na maior parte dos países latinos aponta para a consagração de um critério de conexão baseado num laço fáctico, tal como a sede da administração, ou para uma combinação deste critério com a *incorporation theory*.

A *incorporation theory* considera aplicável à sociedade o Direito segundo o qual se constituiu como pessoa colectiva. É geralmente traduzida por “teoria da incorporação”. Mas *incorporation* mais não significa que a constituição de uma sociedade com personalidade jurídica ⁽⁷⁾. Por isso afigura-se preferível traduzir aquela expressão por “teoria da constituição”.

Segundo o critério da sede estatutária, a sociedade é regida pelo Direito do Estado onde se situa a sede fixada nos estatutos.

Os critérios da sede estatutária e do lugar do centro de exploração perderam todo o significado enquanto *critérios autónomos* de determinação do estatuto da sociedade. Adiante veremos que eles continuam a desempenhar um papel, mas em combinação com a teoria da constituição ou com o critério da sede da administração.

Para a perda de autonomia do critério da sede estatutária contribuíram diversos factores.

(7) Cf. *Jowitt's Dictionary of English Law* [2.ª ed., 1977], “Incorporation”, “Companies” e “Corporation”.

A sede estatutária é, em princípio, estabelecida no país da constituição da sociedade. As leis de alguns Estados exigem-no expressamente. É o que se verifica com o *Companies Act* com respeito às sociedades constituídas na Inglaterra, País de Gales e Escócia (*). Por conseguinte, o critério da sede estatutária coincide geralmente com a *incorporation theory* (°).

Mas a sede estatutária, tal como é concebida no Direito português e sistemas aparentados, não é idêntica ao *registered office* dos sistemas da *Common Law* (10). Quanto às sociedades constituídas na Inglaterra, País de Gales e Escócia, este *registered office* é estabelecido fundamentalmente para efeitos de correspondência, notificações e inspecção de livros, registos e outra documentação da sociedade. Normalmente o *registered office* não se situa no estabelecimento da sociedade, mas no escritório dos contabilistas ou advogados da sociedade (11). Daí que a actuação do critério da sede estatutária possa suscitar dúvidas que a *incorporation theory* não suscita.

Como é lógico, nas ordens jurídicas em que não se considerou suficiente o recurso ao Direito da constituição, o critério da sede estatutária também foi afastado, a favor da “sede real” ou “efectiva”, que corresponde, em princípio, à sede da administração.

O critério do centro de exploração foi seguido pela jurisprudência francesa na segunda metade do séc. XIX e por parte da doutrina coeva (12).

Como razões para o seu abandono, a favor do critério da sede, invocou-se, em primeiro lugar, que a sociedade pode ter centros de

(*) Cf. MAYSON - FRENCH - RYAN [17].

(°) Cf. VAN HECKE [1965a: 232] e *IPRG Kommentar*/VISCHER [Art. 154 n.º 11]. Nem sempre se verifica, porém, esta coincidência. Nos EUA, nem todos os Estados exigem que a sociedade mantenha continuamente no seu território um *registered office* — cf. HENN - ALEXANDER [299 e segs.].

(10) Cp. RAÚL VENTURA [474 e segs.].

(11) Cf. MAYSON - FRENCH - RYAN [37]. Nos EUA, segundo HENN - ALEXANDER [299 e segs.], a maior parte dos Estados requer, além da indicação do *registered office*, a designação de um “representante registado” [*registered agent*]. É a este “representante registado” que incumbe rebecer as notificações feitas à sociedade.

(12) Ver referências em LOUSSOUARN [1959: 461 e segs.].

exploração em vários países. Esta dificuldade é superável mediante a consideração do principal centro de exploração. Mas pode ser difícil, ou até impossível, determinar qual é o centro principal ⁽¹³⁾.

Em segundo lugar, argumenta-se que o principal centro de exploração muda frequentemente, em especial em certos ramos de actividade, como a construção civil e a exploração de recursos geológicos ⁽¹⁴⁾.

O critério da sede teria a vantagem, relativamente ao do centro de exploração, de ser habitualmente único e mais facilmente estável ⁽¹⁵⁾.

Estes argumentos não são completamente convincentes. A sede da administração, como adiante se assinalará, também suscita dificuldades de determinação (*infra* B) e, na actualidade, não oferece especiais garantias de estabilidade (*infra* IV.B).

A verdadeira razão que poderá subsistir para a preferência dada à sede social em detrimento do centro de exploração parece residir no interesse da sociedade. A administração da sociedade é naturalmente facilitada pela aplicação do Direito em vigor no Estado onde funcionam os órgãos de direcção. Veremos adiante que a teoria da sede exige, em princípio, que a sociedade tenha a sede da administração no país em que se constituiu. Por isso, normalmente, o Direito da sede da administração é também o Direito segundo o qual a sociedade se constituiu. O critério do centro de exploração levaria a que a sociedade que estabelecesse o seu principal centro de exploração fora do Estado da sede social fosse subtraída ao Direito segundo o qual se constituiu e que é mais familiar aos seus órgãos de direcção. O que sem dúvida dificultaria a actividade transnacional das sociedades.

Como resultado de toda esta evolução o debate sobre o estatuto pessoal da sociedade tem vindo a ser travado principalmente

⁽¹³⁾ Ver JOSÉ TAVARES [454], LOUSSOUARN [1959: 462 e seg.], FERNANDES COSTA [183 e seg.] e MARQUES DOS SANTOS [1985: 70], relativamente à nacionalidade. Ver ainda as observações de BOGGIANO [25 e segs.]

⁽¹⁴⁾ LOUSSOUARN [*ibidem*], FERRER CORREIA [1973: 112], FERNANDES COSTA [loc. cit.] e MARQUES DOS SANTOS [loc. cit.].

⁽¹⁵⁾ Cf. BATIFFOL - LAGARDE [I 335].

entre os defensores da teoria da constituição e os partidários da teoria da sede (da administração).

B) A teoria da constituição

Segundo a teoria da constituição, a sociedade é regida pela ordem jurídica segundo a qual se constituiu como pessoa colectiva.

A teoria da constituição, tal como é entendida nos sistemas da *Common Law*, pressupõe claramente que no processo constitutivo intervêm órgãos públicos e que estes órgãos públicos aplicam necessariamente o Direito local. Por conseguinte, decisivo para esta teoria não é, nomeadamente, em que Estado o contrato de sociedade é celebrado, ou o Direito segundo o qual é celebrado, mas o Estado em que são praticados os actos que desencadeiam a atribuição da personalidade colectiva.

Os sistemas da *Common Law* divergem entre si quanto aos actos que desencadeiam a produção deste efeito. Nos EUA, as soluções mais usuais são a atribuição da personalidade colectiva com o depósito do “pacto social” [*filing of the articles of incorporation*] junto da autoridade competente ou com a emissão pela autoridade competente de um “certificado de constituição” [*certificate of incorporation*] subsequente ao depósito do “pacto social” ⁽¹⁶⁾. As sociedades constituídas na Inglaterra, País de Gales e Escócia adquirem a personalidade colectiva mediante o registo do “contrato de sociedade” [*Memorandum of Association*] junto da autoridade competente ⁽¹⁷⁾.

Enquanto a teoria da constituição for entendida nestes termos, o Direito da constituição coincide necessariamente com o Direito do lugar da constituição. De resto, não tenho notícia de que, actualmente, algum Estado admita a constituição de sociedades-pessoas colectivas, com a intervenção dos seus órgãos, segundo

⁽¹⁶⁾ Cf. HENN - ALEXANDER [267 e segs.].

⁽¹⁷⁾ Cf. MAYSON - FRENCH - RYAN [3 e seg. e 96 e segs.]. Aparentemente o “certificado de constituição” é encarado como mero meio de prova de que a sociedade se encontra regularmente registada.

um Direito estrangeiro ⁽¹⁸⁾. Razão por que não vejo utilidade na distinção entre a teoria da constituição e a “tese do lugar da constituição” ⁽¹⁹⁾.

A teoria da constituição é hoje a concepção dominante na maior parte dos sistemas jurídicos.

É a concepção tradicionalmente consagrada nos sistemas da família da *Common Law*. Os tribunais ingleses seguiram sempre esta teoria. A doutrina inglesa afirma, com base numa analogia com o estatuto pessoal dos indivíduos, que as questões relativas ao estatuto das sociedades estão submetidas ao Direito do seu “domicílio”. Mas entende que pessoa colectiva tem o seu domicílio no país em que foi constituída [*incorporated*] ⁽²⁰⁾. Nos EUA, a teoria da constituição foi adoptada pela jurisprudência e encontra-se consagrada legalmente em numerosos Estados ⁽²¹⁾. A “*conflicts revolution*”, que agitou o Direito Internacional Privado estadunidense, teve um reduzido impacto neste domínio ⁽²²⁾. Foi plenamente consagrada pelo art. 2.º da Convenção Interamericana sobre os Conflitos de Leis Relativos às Sociedades (Montevideo, 1979), embora esta convenção não tenha ainda entrado em vigor. Também se

⁽¹⁸⁾ Isto não exclui que, em circunstâncias muito específicas, como o das empresas mistas constituídas nas décadas de setenta e oitenta em países de Leste, esta hipótese se tenha verificado. Parece que a lei romena sobre empresas mistas de 1972 [Decreto n.º 424/72, de 2/11] admitia a escolha de um Direito estrangeiro como aplicável à empresa mista constituída na Roménia; em todo o caso, parece que esta empresa ficava submetida às normas especiais contidas na referida lei romena, e que só dentro dos limites daí resultantes era eficaz a escolha do Direito aplicável. Este Decreto foi revogado pela Lei romena sobre as sociedades comerciais de 1990 [Lei n.º 31/90, de 16/11], com excepção de alguns preceitos. Em todo o caso, as circunstâncias em que esta hipótese se verificou dificilmente encontram paralelo no mundo actual.

⁽¹⁹⁾ Cp. RAÚL VENTURA [463], BAPTISTA MACHADO [345 n. 1], FERNANDES COSTA [191] e MARQUES DOS SANTOS [1987: 249].

⁽²⁰⁾ Cf. CHESHIRE - NORTH - FAWCETT [174 e segs. e 897 e seg.] e DICEY - MORRIS - COLLINS [1103 e segs.], com reservas relativamente à utilização do conceito de domicílio com respeito às pessoas colectivas. É um domicílio de origem que não pode ser substituído por um domicílio voluntário.

⁽²¹⁾ Cf. KOZYRIS [1985: 26 e segs.]. Neste sentido também o art. 302.º do *Second Restatement on the Conflict of Laws*, o art. 15.05c do *Revised Model Business Corporation Act* (1984) e o art. 901.º do *Revised Uniform Limited Partnership Act* (1994).

⁽²²⁾ Cf. KOZYRIS [1985: 17 e segs.]. Ver ainda GOLDSMITH III [600 e segs. e 613 e segs.].

encontra acolhida em diversos sistemas da Europa continental, designadamente o suíço, holandês e liechtensteiniano ⁽²³⁾.

Mesmo nos sistemas que adoptam, pelo menos em princípio, a teoria da sede, a teoria da constituição é defendida por parte da doutrina. É o que se verifica, designadamente, na Alemanha e em França ⁽²⁴⁾.

C) *A teoria da sede*

De acordo com a teoria da sede, a lei pessoal da sociedade é a do Estado onde se encontra situada a sede da administração.

Abstrai-se, aparentemente, do Direito segundo o qual a sociedade se constituiu e da sede estatutária. Adiante se ajuizará até que ponto esta aparência corresponde à realidade. Por agora interessa assinalar que a teoria da sede surge frequentemente associada a uma ideia de coincidência entre a sede estatutária e a sede da administração. Esta coincidência é encarada como a hipótese normal. Quando ela se verifica a teoria da sede conduz ao mesmo resultado que a teoria da constituição, uma vez que, em regra, a sociedade tem a sede estatutária no país em que se constitui. A teoria da sede ganha assim um sentido útil quando, anormalmente, se regista uma divergência entre sede estatutária e sede da administração. Neste caso é decisiva a localização da sede da administração.

⁽²³⁾ Art. 154.º da Lei federal de Direito Internacional Privado, jurisprudência do *Hoge Raad* referida por ROOIJ - POLACK [1987: 168 e seg. e 1995: 104 e seg.] e arts. 676.º e seg. da Lei de 30/10/96 sobre a Reforma do Direito das Pessoas Colectivas e das Sociedades, respectivamente.

⁽²⁴⁾ Na Alemanha ver, designadamente, BEITZKE [1938: 92 e segs. e 1972: 94 e segs.], DROBNIG [1967: 115 e 119]; FIKENTSCHER [72]; GRASMANN [272 e segs.], mas com limitação da teoria às relações internas; KÖTZ [1965: 70]; MANN [1952: 271]; SANDROCK [1979: 670]; BEHRENS [1997]; e, KROPHOLLER [474]. Entre os autores franceses, MAYER [651 e segs.] entende que as sociedades que são criadas com a intervenção de um órgão estadual estão necessariamente submetidas ao Direito do Estado em que se "incorporaram". Mas a aplicação do Direito da constituição fica dependente da observância, pela autoridade do país de constituição, de uma "regra de competência internacional de autoridades". A diferença entre a teoria da incorporação e a teoria da sede residiria na conteúdo da regra de competência. Para a primeira todo o país é competente para constituir a sociedade. Para a segunda, só o país da sede é competente para o efeito.

Isto tem duas consequências.

Primeiro, se a sociedade estabelece a primeira sede da sua administração num Estado diferente daquele em que se constituiu, a sua válida constituição vai ser apreciada segundo o Direito da sede da administração. Quando o processo constitutivo estabelecido por este Direito inclui trâmites que exigem a intervenção de órgãos públicos, chega-se normalmente à conclusão que a sociedade não se encontra regularmente constituída. Com efeito, mesmo que o conteúdo do contrato de sociedade seja válido perante o Direito do Estado da sede da administração, verifica-se que a escritura não foi lavrada por um notário deste Estado (e) ou que não foram cumpridas as exigências de registo por ele formuladas.

Segundo, a transferência da sede da administração do Estado em que a sociedade se constituiu para outro Estado desencadeia uma mudança da sua lei pessoal. Uma vez que a pessoa colectiva é uma criação da ordem jurídica, entendia-se tradicionalmente que a transferência da sede da administração implicava a extinção da sociedade perante o Direito da sede anterior e a constituição de uma nova sociedade segundo do Direito da nova sede ⁽²⁵⁾. Esta consequência, gravemente lesiva dos interesses da sociedade e dos seus sócios, foi posteriormente atenuada, como adiante se assinalará (*infra* II.D).

A *determinação da sede da administração* pode suscitar dificuldades ⁽²⁶⁾.

Segundo o entendimento mais divulgado, a sede da administração situa-se no lugar onde normalmente se forma a vontade dos órgãos de direcção, i.e., o lugar onde se reúnem os administradores e onde as assembleias de sócios são realizadas ⁽²⁷⁾. Para uma parte importante da doutrina devem ser tidos em conta não só os

⁽²⁵⁾ Cf. MACHADO VILLELA [I 236], NIBOYET [304] e RABEL - DROBNIG [39].

⁽²⁶⁾ Cp. GRASMAN [218 e segs.] e *MünchKomm./EBENROTH* [Nach Art. 10 EGBGB n.ºs 179 e segs.].

⁽²⁷⁾ Cf. RABEL - DROBNIG [41]; BATIFFOL - LAGARDE [I 335 e 339]; ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO [1971: 40]; FERRER CORREIA [1973: 111] (relativamente à nacionalidade das pessoas colectivas); BALLARINO [1996: 350]; MARQUES DOS SANTOS [1985: 65 e seg.] (relativamente à atribuição da nacionalidade); e, EBENROTH/SURA [324].

órgãos de direcção mas também os órgãos de fiscalização ou de controlo ⁽²⁸⁾. Mas não parece oferecer dúvida que é mais importante o lugar onde se reúnem os órgãos de direcção.

Já surgem maiores dificuldades quando a reunião da administração e a assembleia de sócios se realizam normalmente em países diferentes. Aqui os autores dividem-se. RABEL - DROBNIG entendem que é necessária uma avaliação do conjunto das circunstâncias, não se devendo estabelecer um critério rígido ⁽²⁹⁾. Para BATIFFOL - LAGARDE é determinante o lugar onde se tomam as decisões finais. Por conseguinte, nas sociedades anónimas é mais importante o lugar onde se reúne o conselho de administração que o lugar das reuniões de assembleias de accionistas ⁽³⁰⁾.

Esta segunda opinião parece de preferir perante o art. 33.º/1 CC port., que manda atender à "sede principal e efectiva" da administração. Se os órgãos da pessoa colectiva funcionam em diferentes países a lei competente é a do país onde está o centro de decisão superior e final. Relativamente a alguns tipos de sociedades é possível identificar *a priori* este centro de decisão. Assim, no caso das sociedades anónimas é o conselho de administração. Noutros casos poderá ser necessária uma avaliação das competências exercidas efectivamente pelos diferentes órgãos de direcção.

O fenómeno dos grupos de sociedades veio, porém, questionar este modo de entender a sede da administração. Frequentemente são tomadas na sede da administração da sociedade-mãe decisões relevantes para a administração das filiais. Em certos grupos de sociedades o centro de decisão superior é, em vasta medida, deslocado da administração da filial para a administração da sociedade-mãe. O critério do centro de decisão superior e final conduziria pois à submissão da filial ao Direito da sede da sociedade-mãe, que não coincide com o Direito da sua constituição. Mas, segundo a concepção mais comum, as filiais têm a sua própria

⁽²⁸⁾ Cf. BATIFFOL - LAGARDE [loc. cit.]; KEGEL [416]; ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO [loc. cit.]; e, FERRER CORREIA [loc. cit.] (relativamente à nacionalidade das pessoas colectivas),.

⁽²⁹⁾ 41 e seg.

⁽³⁰⁾ N.º 194 n. 6. Em sentido convergente, MARQUES DOS SANTOS [1987: 126].

sede, no sentido da teoria da sede ⁽³¹⁾. Ora, para se chegar a este resultado, tem de se partir de um conceito de sede de administração diferente.

Vem assim a entender-se por sede da administração o *lugar onde as decisões fundamentais da direcção da empresa são convertidas em actos de administração corrente* ⁽³²⁾. No mesmo sentido aponta o art. 5.º da Resolução do Instituto de Direito Internacional sobre as sociedades anónimas em Direito Internacional Privado (sessão de Varsóvia, 1965), segundo o qual “a sede real de uma sociedade é o lugar onde tem o centro principal da sua direcção e da gestão dos seus negócios, mesmo se as decisões que aí são tomadas obedecem a directivas emanadas de accionistas que residam noutro lugar” ⁽³³⁾.

A teoria da sede é adoptada por alguns sistemas de Direito Internacional Privado, designadamente na Europa continental e na América Latina. Mas uma parte destes sistemas vêm a combiná-la com o critério da sede estatutária. Assim, por exemplo, a admitir-se que o critério da sede da administração vigora na ordem jurídica francesa – o que não é pacífico ⁽³⁴⁾ –, verifica-se que este cri-

⁽³¹⁾ Cf. BEITZKE [1972: 115], WIEDEMANN [800], *Staudinger/GROBFELD* [n.ºs 223 e segs.] e KEGEL [416].

⁽³²⁾ No mesmo sentido SANDROCK [1979: 683 e seg.], seguido por *Staudinger/GROBFELD* [n.ºs 220 e seg.].

⁽³³⁾ Ver VAN HECKE [1965a: 234].

⁽³⁴⁾ BATIFFOL - LAGARDE submetem as pessoas colectivas à lei da nacionalidade e afirmam que a jurisprudência acabou por consagrar o critério da sede social para a determinação das sociedades francesas [I 330 e 335]. Mas as decisões citadas por estes autores não têm um sentido inequívoco: *Cass. civ.* 20/6/870 [RDS 1870.1.416] é uma decisão de Direito fiscal em que se atende para a fixação da nacionalidade francesa ao lugar da constituição, à sede estatutária e à sede da administração, entre outros elementos; *Cass. (Requêtes)* 22/12/896 [RDS 1897.1.159] afasta a aplicação da lei inglesa da sede estatutária, a favor da lei francesa, por entender que a sede estatutária era fictícia e fraudulenta; portanto, neste caso, atendeu-se não só ao carácter fraudulento da sede estatutária, mas também à sua não coincidência com a sede da administração; *Cass. (Requêtes)* 29/3/898 [RDS 1899.1.595] aplica a lei francesa, segundo a qual a sociedade se tinha constituído e onde, pelo menos inicialmente, era a sede da administração, em detrimento da lei belga da nova sede estatutária, mas esta solução não se fundamenta no critério da sede da administração, mas na referência, contida nos estatutos, à lei francesa; *Cass. (Requêtes)* 6/7/14 [*Clunet* 1916: 1296] opta pela aplicação da lei da sede estatutária (lei inglesa) em prejuízo da lei da sede da administração (lei francesa), assinalando que não se pode demonstrar o intuito de defraudar a lei francesa.

O art. 3.º/1 da Lei 66-537, de 24/7, veio consagrar o critério da sede social com respeito à aplicação da lei francesa: “As sociedades cuja sede social está situada em território

tério é combinado com o critério da sede estatutária em matéria de sociedades. É o que se verifica também com o Direito português no que toca às sociedades comerciais (art. 3.º/1 C. Soc. Com.). Em resultado, é reduzido o número de sistemas que consagram plenamente a teoria da sede.

Entre os poucos sistemas que consagram irrestritamente a teoria da sede contam-se o austríaco e o alemão.

A Lei austríaca de Direito Internacional Privado, de 1978, submete o estatuto pessoal das pessoas colectivas e das “associações de pessoas ou organizações de bens susceptíveis de serem titulares de direitos e deveres” à lei do Estado da sede efectiva da administração principal (art. 10.º).

Perante o Direito alemão, na falta de disposição legal, a jurisprudência recente e a doutrina dominante têm-se pronunciado a favor da teoria da sede ⁽³⁵⁾. Segundo BEHRENS, esta jurisprudên-

rio francês são submetidas à lei francesa”. A bilateralização desta norma unilateral é ponto controverso. Na doutrina pronunciam-se a favor da bilateralização LOUSSOUARN - TROCHU [n.º 4]. Em sentido diferente, BATIFFOL - LAGARDE [I 337 e seg.] entendem que a nacionalidade das sociedades estrangeiras é determinada pela lei do Estado cuja nacionalidade está em causa. Em caso de concurso da “nacionalidade” atribuída pelo país de constituição com a atribuída pelo país da sede real deve ser preferida esta última. Admittem, porém, que a jurisprudência favorece a bilateralização. Mas a jurisprudência citada não tem, de novo, um sentido inequívoco: *Cass. civ.* 30/3/71 [*R. crit.* 1971: 451 com an. de LAGARDE] apreciou a questão da conservação da nacionalidade francesa de uma sociedade que tinha a sede da administração na Argélia à data da independência; embora a decisão se tenha formalmente baseado na transferência da sede da administração para França, os requisitos da transferência não foram apreciados segundo a lei argelina, mas segundo a lei francesa, o que constitui um desvio à teoria da sede; *Cass. Ass. plén.* 21/12/90 [*R. crit.* 1992: 70, com an. DURANTON] relativa ao Direito Fiscal Internacional; *Cass. com.* 9/4/91 [*Rev. sociétés* 1991:746] aplica a lei do Luxemburgo a uma sociedade, aparentemente com base no critério da sede estatutária.

Já MAYER [651 e segs.], como atrás se assinalou, se aproxima da teoria da constituição. Segundo este autor, é uma leitura errónea da jurisprudência que leva a afirmar que o critério adoptado na ordem jurídica francesa é o da sede real. A sede relevante é, em princípio, a sede estatutária. As decisões que são invocadas a favor do critério da sede real ter-se-ão limitado a afastar um sede estatutária não só fictícia, mas também fraudulenta, por aplicação do instituto da fraude à lei.

⁽³⁵⁾ Designadamente *Staudinger/GROBFELD* [n.ºs 33 e segs.]; *Münch-Komm./EBENROTH* [Nach Art. 10 EGBGB n.ºs 177 e segs.]; *KEGEL* [413 e segs.]; *Soergel/LÜDERITZ* [Vor Art. 7 EGBGB n.ºs 202 e segs.]; mas presumindo que a sociedade tem a sede da sua administração no Estado da constituição; restritivamente, *WIEDEMANN* [782 e segs.].

cia não é, apesar de tudo, conclusiva, porque nuns casos o Direito da sede coincide com o Direito da constituição, noutros casos o conceito de sede aproxima-se do de lugar da constituição, noutros ainda presume-se que a sociedade tem a sede no país em que se constituiu ⁽³⁶⁾. Além disso, a teoria da sede é afastada por alguns tratados bilaterais.

II. A NECESSIDADE DE UMA REVISÃO

A) *Preliminares*

Até aqui, seguindo-se o modo tradicional de colocar a questão, as teorias da constituição e da sede foram consideradas em pé de igualdade, como alternativas globais para a determinação do estatuto pessoal da sociedade.

Procurar-se-á em seguida demonstrar que esta colocação tradicional do problema não se ajusta ao real alcance das teorias em presença e às tendências que se manifestam no Direito positivo. As teorias em presença não são alternativas globais para a solução do conjunto de problemas envolvidos e não podem ser comparadas a esse nível. Em certos domínios estas teorias podem ser complementares. Noutros domínios, a teoria da sede não constitui um critério autónomo, mas uma qualificação da teoria da constituição. Enfim, regista-se uma tendência importante para introduzir atenuações em ambas as teorias, que diminuem a distância que as separa.

B) *O problema do Direito aplicável no momento da constituição da sociedade*

Desde logo, não faz sentido colocar em alternativa a teoria da constituição e a teoria da sede no momento da constituição da sociedade. Neste momento não há sede da administração ⁽³⁷⁾.

⁽³⁶⁾ 1997 IPR 4 n. 15.

⁽³⁷⁾ O ponto é assinalado por RAÚL VENTURA [472]. Ver também MAYER [654 e segs.].

Do ponto de vista da teoria da sede o problema coloca-se *a posteriori*: só depois de estabelecida a sede da administração é que é examinado se a sociedade está constituída em conformidade com a lei do respectivo Estado.

No momento da constituição, porém, os sócios encontram-se exactamente na mesma posição quer se siga a teoria da constituição ou a teoria da sede.

Em sentido contrário poderá argumentar-se que, num Estado que adopta a teoria da sede, os órgãos públicos deverão recusar-se a praticar os actos necessários à constituição da sociedade, caso verifiquem que os fundadores pretendem estabelecer a sede da administração no estrangeiro. Mas este argumento não tem consistência prática, porque a lei não exige que seja declarada a intenção dos fundadores sobre o estabelecimento da sede da administração, nem é normal que o contrato da sociedade contenha qualquer indicação a este respeito.

C) *A teoria da sede como qualificação da teoria da constituição*

Relativamente às sociedades com personalidade jurídica que são constituídas com a intervenção de órgãos públicos, a teoria da sede não é um critério autónomo, mas uma *qualificação da teoria da constituição* ⁽³⁸⁾. Como justamente assinalam RABEL – DROBNIG e VISCHER ⁽³⁹⁾, a teoria da sede exige, como a teoria da constituição, que a sociedade se constitua segundo o Direito do país da constituição, mas exige adicionalmente que tenha a sede efectiva no país da constituição ⁽⁴⁰⁾.

Com efeito, na constituição destas sociedades tem sempre de ser observado o Direito do Estado em que se constituem, uma vez

⁽³⁸⁾ Cf. BEHRENS [1997 IPR 4].

⁽³⁹⁾ RABEL – DROBNIG [II 38] e VISCHER [1960: 53 e 1977: 644 e segs.].

⁽⁴⁰⁾ No mesmo sentido, NEUHAUS [1976: 207], GROBFELD [1967: 32] e RIGAUX [1989: 97 e segs.]. Cp. *MünchKomm./EBENROTH* [Nach Art. 10 n.º 178]. Na Alemanha é discutido se esta exigência se aplica no caso da constituição segundo o Direito alemão de uma sociedade que estabelece a sede da administração no estrangeiro. A opinião dominante entende que sim – cf. *Staudinger/GROBFELD* [n.ºs 82 e segs. e 250], *MünchKomm./EBENROTH* [Nach Art. 10 n.º 177], *Soergel/LÜDERITZ* [Vor Art. 7

que, como atrás se assinalou (I.B), os órgãos públicos que intervêm na constituição aplicam o Direito local. A teoria da sede não põe isto em causa. Mas como a constituição da sociedade vem a ser apreciada, *a posteriori*, segundo o Direito da sede da administração, a sociedade deve estabelecer a sede da administração no Estado em que se constituiu.

Caso a sociedade estabeleça a sede da administração num Estado diferente daquele em que se constituiu, a teoria da sede leva geralmente à negação da sua personalidade jurídica, por não estarem preenchidos os pressupostos que são exigidos pelo Direito da sede para a sua atribuição ⁽⁴¹⁾.

O Direito da sede não é então aplicado enquanto estatuto da pessoa colectiva. Só são aplicáveis aquelas regras, do Direito da sede, que regulam as sociedades irregularmente constituídas ⁽⁴²⁾. Como se trata de sociedades sem personalidade jurídica ⁽⁴³⁾,

EGBGB n.º 205] e BEHRENS [1997 IPR 30]. Em sentido contrário, DROBNIG [1967: 117 e 1990: 185 e segs.] e WIEDEMANN [791 e seg.].

Isto é confirmado, no Direito português, por alguma legislação avulsa. O DL n.º 433/91, de 7/11, que estabelece o regime jurídico das sociedades de capital de risco e das sociedades de fomento empresarial, determina no art. 5.º/1 que as sociedades de capital de risco têm sede em território nacional. De onde resulta que as sociedades de capital de risco constituídas segundo a lei portuguesa têm de estar sediadas em Portugal. Os arts. 14.º/1 e 174.º/1 do regime geral das instituições financeiras – DL n.º 298/92, de 31/12 — ao determinarem que as instituições de crédito e as sociedades financeiras com sede em Portugal devem corresponder a um dos tipos previstos na lei portuguesa, admitiriam uma interpretação no sentido de a sociedade se poder constituir no estrangeiro. Mas não parece que assim seja, uma vez que o n.º 2 destes artigos estabelece exigências com respeito à constituição, que os arts. 16.º e 175.º sujeitam a constituição a autorização do Banco de Portugal e que todos os arts. seguintes pressupõem que a sociedade é constituída em Portugal. Portanto, também neste caso se exige que as sociedades constituídas segundo a lei portuguesa tenham sede em Portugal.

⁽⁴¹⁾ Ver RIGAUX [1989: 100], *Staudinger/GROßFELD* [n.º 53 e segs.] e *MünchKomm./EBENROTH* [Nach Art. 10 EGBGB 178]. Ressalve-se, no caso de a sede da administração estar situada num terceiro Estado, a possibilidade de aplicação do Direito da constituição através da devolução — cf. caso do Banco otomano, Trib. com. Paris 19/10/82 [R. crit. 1984: 93] e *Cour d'Appel de Paris* 3/10/84 [R. crit. 1985: 526 com nota de SYNDET].

⁽⁴²⁾ Ver WIEDEMANN [787 e seg.], *Staudinger/GROßFELD* [n.º 390 e segs.] e BEHRENS [1997 IPR 4].

⁽⁴³⁾ Cf., no Direito português, o art. 5.º C. Soc. Com; cp. OLIVEIRA ASCENSÃO [170 e segs.]. Também o art. 5.º/1 da Lei francesa 66-537, de 24/7, determina que “As

perante o Direito Internacional Privado português a atribuição deste “estatuto pessoal” tem de fundar-se numa aplicação analógica da norma de conflitos do art. 33.º/1 CC (*infra* F).

D) *As atenuações da teoria da sede: presunção de coincidência com a sede estatutária, manutenção da personalidade jurídica em caso de transferência internacional da sede e devolução*

É pelo menos duvidoso que a teoria da sede tenha alguma vez sido seguida com todo o rigor. Isto é bem ilustrado pela jurisprudência dos tribunais alemães e franceses que têm sido considerados os paladinos da teoria da sede ⁽⁴⁴⁾.

Em especial, é de salientar a *presunção* de que a sede da administração coincide com a sede estatutária, consagrada pela *cassation* francesa e acolhida em algumas decisões alemãs, com o aplauso de uma parte da doutrina ⁽⁴⁵⁾. Por força desta presunção, na falta de demonstração de que a sede da administração se situe noutro Estado, é aplicado o Direito da sede estatutária que, como se assinalou, coincide em princípio com o Direito da constituição.

Esta atenuação do rigor da teoria da sede merece aprovação. Ela permite minorar um dos inconvenientes da teoria, que é a incerteza jurídica gerada pelas dificuldades que possam subsistir na determinação da sede da administração.

Uma segunda atenuação da teoria da sede, a que já se fez alusão, é a possibilidade de a sociedade manter a sua personalidade jurídica em caso de *transferência internacional de sede da administração*, se o Direito da sede anterior e o da nova sede nisso convierem.

sociedades comerciais gozam de personalidade colectiva a partir da sua matrícula no registo do comércio e das sociedades”.

⁽⁴⁴⁾ *Supra* n. 34.

⁽⁴⁵⁾ No que toca ao sistema francês, cf. *Cass. Ass. plén.* 21/11/90 *R. crit.* 1992: 70; cp. BATIFFOL - LAGARDE [I 338 e seg.]. Relativamente ao sistema alemão, cf. *Soergel/LÜDERITZ* [n.º 9] e *BEHRENS* [1997 IPR 4 n. 15]; contra, *KEGEL* [1995: 415].

Esta possibilidade é admitida pela maioria dos autores alemães e franceses ⁽⁴⁶⁾.

Todavia, no caso de transferência da sede para França, é controverso se tem ou não de se constituir uma nova sociedade. A posição da Administração fiscal, aparentemente aprovada por BATIFFOL - LAGARDE ⁽⁴⁷⁾, é a de que tem de se constituir uma nova sociedade. Já MAYER entende que tal não é necessário, bastando que a sociedade cumpra certos requisitos estabelecidos pela lei francesa para a constituição da sociedade (designadamente as regras de publicidade) e ajuste os seus estatutos à lei francesa ⁽⁴⁸⁾.

A susceptibilidade de persistência da personalidade jurídica da sociedade que transfere internacionalmente a sede da sua administração encontra-se consagrada no art. 33.º/3 CC port. e no art. 3.º/2 e /5 C. Soc. Com. Segundo estes últimos preceitos o Direito português não se opõe à persistência da personalidade jurídica da sociedade comercial que transfira a sua sede do estrangeiro para Portugal ou de Portugal para o estrangeiro, desde que sejam observados determinados requisitos ⁽⁴⁹⁾.

Também é de aplaudir esta atenuação da teoria da sede. Desde que sejam acautelados os interesses dos sócios minoritários e que a sociedade tenha de conformar os seus estatutos com o Direito da nova sede e cumprir os requisitos de publicidade por ele prescritos não se vê razão suficientemente forte para exigir a extinção e subsequente reconstituição da sociedade.

Enfim, as consequências a que conduz a teoria da sede podem ser atenuadas mediante a *devolução*. Esta atenuação só opera

⁽⁴⁶⁾ Cf. LOUSSOUARN [1959: 493 e segs. e 499 e segs.]; *Staudinger/GROBFELD* [n.º 553]; KEGEL [419 e seg.]; MAYER [669 e segs.]; e, KROPHOLLER [489 e seg.]; esta doutrina foi acolhida entre os fundamentos da decisão do BGH de 21/3/86 [BGHZ 97: 269] que, porém, entendeu que uma "sociedade unipessoal" [*Einzelpersonenanstalt*] de Direito do Liechtenstein que transfere a sua sede para a Alemanha só "obtem" a sua personalidade colectiva através de uma nova constituição como sociedade de responsabilidade limitada; ver ainda BEHRENS [1986] e GROBFELD - KÖNIG [1991].

⁽⁴⁷⁾ I 346.

⁽⁴⁸⁾ Loc. cit. No caso de transferência para o estrangeiro a sociedade não carece de dissolução, mas tem de haver unanimidade dos sócios (arts. 31.º e 60.º da Lei de 24/7/66). A unanimidade pode ser dispensada, quanto às sociedades anónimas, ao abrigo de convenções bilaterais (art. 154.º da Lei das sociedades anónimas).

⁽⁴⁹⁾ Definidos nos n.ºs 3, 4 e 6 do art. 3.º C. Soc. Com. Já neste sentido CUNHA GONÇALVES [246] e JOSÉ TAVARES [463].

quando a sede da administração não está situada no Estado do foro. A devolução, nesta matéria, é geralmente admitida nos Direitos alemão e francês ⁽⁵⁰⁾.

Caso o Estado da sede da administração adopte a teoria da constituição, poderá surgir um problema de retorno de competência, se a sociedade se constituiu segundo o Direito do foro, ou de transmissão de competência, se a sociedade se constituiu segundo o Direito de um terceiro Estado.

Neste último caso, perante o Direito Internacional Privado português, se o terceiro Estado se considerar competente, designadamente porque também segue a teoria da constituição, estão reunidos os pressupostos da transmissão de competência fixados pelo n.º 1 do art. 17.º CC. Isto permite que o Direito da constituição venha a ser aplicado à sociedade.

Já na hipótese de retorno de competência, se o Direito da sede remeter para o Direito português com devolução integral [*foreign court theory*], deve entender-se que o art. 18.º/1 CC não permite aceitar o retorno ⁽⁵¹⁾. É um resultado indesejável, porque impede o reconhecimento da personalidade jurídica de uma sociedade que se constituiu segundo o Direito português e que tem a sua sede num Estado que a reconhecerá, se o nosso sistema aceitar o retorno.

Uma ideia de favorecimento da personalidade jurídica da sociedade poderia justificar que a referência feita ao Direito da sede fosse entendida no sentido de aceitar o retorno de competência operado por um sistema que remeta com devolução integral.

Mas o mesmo resultado pode ser alcançado por via da distinção entre Direito aplicável à constituição e Direito regulador do estatuto pessoal (*infra* III.A).

E) *A combinação da teoria da constituição com a teoria da sede*

Como representando um compromisso entre as teorias da constituição e da teoria da sede são geralmente referidas as Con-

⁽⁵⁰⁾ *Supra* n. 41.

⁽⁵¹⁾ Cf. ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO [1968: 15 e seg.]; cp. BAPTISTA MACHADO [202 e seg.].

venções da Haia sobre o Reconhecimento das Sociedades, Associações e Fundações Estrangeiras (1956) e de Bruxelas sobre o Reconhecimento Mútuo de Sociedades e Pessoas Colectivas (1968).

O art. 1.º da *Convenção da Haia* determina o reconhecimento da personalidade jurídica “adquirida por uma sociedade, uma associação ou uma fundação por força da lei do Estado contratante onde as formalidades de registo e de publicidade foram cumpridas e onde encontra a sede estatutária.” Mas o art. 2.º estabelece uma importante limitação, ao permitir que o Estado que adopte o critério da sede real não reconheça a sociedade que tenha a sede real no seu território ou noutro Estado que consagre o mesmo critério ⁽⁵²⁾. Esta convenção não se encontra em vigor ⁽⁵³⁾.

Não há aqui propriamente uma combinação das duas teorias. Caso viesse a entrar em vigor, a eficácia prática desta convenção seria muito reduzida. Um Estado que adopte a teoria da constituição continuaria a aplicá-la. E um Estado que siga a teoria da sede também poderia continuar a aplicá-la. O reconhecimento da sociedade que se constituiu num Estado contratante e que tem sede da administração noutro Estado que adopta a teoria da constituição não representa um desvio à teoria da sede, porque se chegaria ao mesmo resultado através da aceitação do reenvio da lei do país da sede para a lei do país da constituição da pessoa colectiva ⁽⁵⁴⁾.

Já a *Convenção de Bruxelas* parece mais próxima da teoria da constituição ⁽⁵⁵⁾. Segundo o art. 1.º desta convenção devem ser reconhecidas as sociedades que se tenham constituído em conformidade com a lei de um Estado contratante e que tenham sede estatutária nos territórios a que a convenção se aplica. A negação da personalidade jurídica às sociedades que se tenham constituído noutro Estado contratante, que não seja o Estado da sede da administração, deixa de ser admissível. A concessão mais importante à

⁽⁵²⁾ Ver FERRER CORREIA [1963: 615 e segs.] e BAPTISTA MACHADO [348 e seg.].

⁽⁵³⁾ Das cinco ratificações requeridas para a sua entrada em vigor esta convenção só obteve três (Bélgica, França e Holanda).

⁽⁵⁴⁾ Cf. FERRER CORREIA [1963: 616].

⁽⁵⁵⁾ Ver GOLDMAN - LYON-CAEN - VOGEL [119 e segs.].

teoria da sede é a reserva contida no art. 4.º: os Estados contratantes podem declarar que aplicarão as disposições injuntivas da sua própria lei às sociedades e pessoas colectivas cuja sede real se situe no seu território. Mas esta reserva não prejudica o reconhecimento da personalidade jurídica adquirida segundo o Direito da constituição.

Esta convenção foi ratificada por cinco dos Estados fundadores da CEE (Alemanha, Bélgica, França, Itália e Luxemburgo). Todos os Estados fizeram a declaração prevista no art. 4.º. A Holanda não a ratificou, designadamente por considerar que as implicações de fazer tal declaração não são claras ⁽⁵⁶⁾. A convenção também é encarada desfavoravelmente pelos novos Estados comunitários que seguem a teoria da constituição (Reino Unido, Irlanda e Dinamarca). Por conseguinte, não é de contar com a sua entrada em vigor ⁽⁵⁷⁾.

Um exemplo claro de combinação directa da teoria da constituição com a teoria da sede é o que, segundo o melhor entendimento (ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO), se verificou no *Direito português*, em matéria de sociedades comerciais, durante a vigência dos arts. 109.º e segs. C. Com. A teoria da sede valia para as sociedades com sede da administração em Portugal, a teoria da constituição para as restantes sociedades (*infra* V.A) ⁽⁵⁸⁾.

Uma outra forma de combinação directa encontra-se legalmente consagrada naqueles sistemas, como o italiano, o argentino e o brasileiro, em que se parte da teoria da constituição, mas também se atende à sede da administração para determinar as sociedades que estão submetidas ao Direito do foro.

Segundo o art. 25.º/1 da *Lei italiana de reforma do Direito Internacional Privado* "As sociedades, associações, as fundações e qualquer outro ente, público ou privado, ainda que privado de natu-

⁽⁵⁶⁾ Cf. ROOIJ - POLACK [1987: 169].

⁽⁵⁷⁾ Cf. BEHRENS [1997 IPR 19].

⁽⁵⁸⁾ Algo de semelhante parece resultar da doutrina de BATIFFOL - LAGARDE. Com atrás se assinalou (n. 34) estes autores opõem-se à bilateralização da regra de conflitos unilateral que submete as sociedades com sede social em França à lei francesa, defendendo que a "nacionalidade" das sociedades estrangeiras é determinada pela lei do Estado cuja "nacionalidade" está em causa. Não equivale isto a dizer que as sociedades "estrangeiras" estão submetidas ao Direito segundo o qual se constituíram?

reza associativa, são disciplinados pela lei do Estado em cujo território se tornou perfeito o processo de constituição. Aplica-se, porém, a lei italiana se a sede da administração está situada na Itália, bem como se se encontra na Itália o objecto principal de tais entes.”

Segundo a interpretação de alguns autores (SANTA MARIA e BALLARINO), este preceito não significa que o estatuto pessoal das sociedades com sede da administração ou objecto principal na Itália seja regido exclusivamente pelo Direito italiano. A sociedade continua a ser regida pelo Direito da constituição, mas aplicam-se cumulativamente as normas injuntivas do Direito italiano ⁽⁵⁹⁾.

Uma solução semelhante, aliás inspirada no Direito italiano, encontra-se consagrada na *Lei argentina* n.º 19.550 ⁽⁶⁰⁾. Mas, segundo a interpretação proposta por BOGGIANO ⁽⁶¹⁾, a competência da lei argentina a título de lei da sede da administração ou do objecto principal da sociedade exclui preempitoriamente a aplicação do Direito estrangeiro.

Quer se siga uma ou outra variante, este tipo de soluções é condenável, porque atribui ao Direito do Estado do foro uma esfera de aplicação muito mais ampla que a concedida ao Direito dos outros Estados. Com efeito, enquanto o Direito estrangeiro será aplicado apenas a título de Direito da constituição, o Direito do foro será aplicado não só quando a sociedade se tenha constituído

⁽⁵⁹⁾ SANTA MARIA [1995 n.º 3 e 1997: 476 e segs.], na linha do já defendido pelo autor perante o art. 2505.º CC (revogado expressamente pelo art. 73.º da lei de reforma) [1970: 182 e segs.]; BALLARINO [1996: 344 e segs.] que continua a propugnar, perante a actual a lei, por soluções semelhantes as que defendia anteriormente, com alegado apoio no art. 16.º das disposições preliminares do CC [ver 1994: 33 e segs. e 181 e segs.].

Estes autores já divergem sobre a necessidade de as sociedades com sede da administração ou objecto principal em Itália obedecerem aos requisitos de constituição fixados pela lei italiana. BALLARINO exige-o, com excepção das sociedades que pertençam a um Estado comunitário [1996: 353 e 1994: 95 e segs. e 188 e seg.]. SANTA MARIA [1995 n.º 3] pronuncia-se em sentido contrário.

⁽⁶⁰⁾ Arts. 118.º/1 e 124.º.

⁽⁶¹⁾ 23. O autor defende ainda que o Direito argentino só será aplicável a título de lugar do objecto principal quando o centro de exploração da sociedade for exclusivamente localizado na Argentina [35].

no Estado do foro ⁽⁶²⁾, mas também quando tenha a sede da administração ou desenvolva a principal actividade no Estado do foro. Isto compromete gravemente a harmonia internacional de soluções. Se mais Estados adoptassem uma solução semelhante surgiriam facilmente situações em que uma sociedade constituída num Estado, com sede de administração noutro Estado e com actividade principal no outro seria submetida, em cada um deles, ao respectivo Direito interno.

Um outro exemplo de combinação directa da teoria da sede com a teoria da constituição é o fornecido pelo *Direito brasileiro*.

A doutrina brasileira segue a concepção tradicional nos países latinos, segundo a qual a sociedade está submetida ao Direito da sua nacionalidade ⁽⁶³⁾. O art. 11.º da Lei de Introdução do Código Civil estabelece que as sociedades “obedecem à lei do Estado em que se constituíram”. Mas o DL n.º 2.627, de 1940, determina que “são nacionais as sociedades organizadas na conformidade da lei brasileira e que têm no país a sede de sua administração” (art. 60.º). Poderá pensar-se que, da conjugação destes preceitos, resulta que a teoria da sede vale para a determinação das sociedades brasileiras e a teoria da constituição para as sociedades estrangeiras. Assim entendida, a solução não se presta à mesma crítica que foi movida à solução atrás exposta. Mas o sentido destes preceitos da lei brasileira suscita dúvidas relativamente ao estatuto das sociedades constituídas no Brasil com sede da administração no estrangeiro e às sociedades constituídas no estrangeiro com sede da administração no país.

Já se referiu que alguns sistemas, como é o caso do francês e do português, combinam o critério da sede da administração com o critério da sede estatutária. Como decorre do anteriormente exposto, o critério da sede estatutária coincide, em toda a regra, com a teoria da constituição. O que significa que, embora indirectamente, também nestes sistemas se encontram combinadas as teorias da constituição e da sede.

⁽⁶²⁾ Aparentemente o Direito italiano só será aplicável a este título enquanto a sociedade mantiver a sede estatutária em Itália – cf. art. 25.º/3 da lei de reforma e cp. SANTA MARIA [1995 n.º 5] e BALLARINO [1996: 358 e seg.].

⁽⁶³⁾ Ver VALLADÃO [443 e segs.] e DOLINGER [445 e segs.].

No *Direito francês*, o art. 3.º/1 da Lei n.º 66-537, de 24/7, relativo às sociedades comerciais, estabelece que “As sociedades cuja sede social está situada em território francês são submetidas à lei francesa”. O art. 3.º/2 acrescenta que “Os terceiros podem prevalecer-se da sede estatutária, mas esta não lhes é oponível pela sociedade se a sua sede real é situada noutro lugar”. Estas soluções foram generalizadas a todas as sociedades, mediante a redacção dada pela Lei n.º 78-9, de 4/1, ao art. 1837.º CC fr.

Nesta solução se inspirou visivelmente o legislador português em matéria de sociedades comerciais ⁽⁶⁴⁾. Com efeito, a 2.ª parte do n.º 1 do art. 3.º C. Soc. Com. determina que a sociedade que tenha a sua sede estatutária em Portugal (mas a sede da administração no estrangeiro) não pode opor a terceiros a lei pessoal estrangeira.

O art. 3.º da Lei francesa n.º 66-537, no seu conjunto, bem como a segunda parte do art. 3.º/1 C. Soc. Com. port., estão formulados em termos unilaterais. Por conseguinte, só dispõem directamente sobre a relevância da lei francesa e da lei portuguesa a título de sede estatutária.

A doutrina francesa encara esta solução como uma aplicação da “teoria da aparência”: a sociedade que se tenha constituído segundo a lei francesa e fixado em França a sede estatutária não pode pretender, perante terceiros, escapar à lei francesa com base na localização da “sede real” no estrangeiro. E parece admitir que os terceiros podem optar pela lei francesa da sede estatutária ou pela lei estrangeira da sede real ⁽⁶⁵⁾.

Na falta de indicações em contrário, podemos supor que a intenção do legislador português também foi a de tutelar a confiança depositada por terceiros na competência da lei portuguesa a título de sede estatutária ⁽⁶⁶⁾.

Mas já pode suscitar dúvidas que o art. 3.º/1 C. Soc. Com. estabeleça uma verdadeira conexão optativa, por via da qual os ter-

⁽⁶⁴⁾ Art. 2.º da Lei de 24/7/66 e art. 1837.º do CC francês, com a redacção dada pela L n.º 85-697, de 11/7

⁽⁶⁵⁾ Cf. BATIFFOL - LAGARDE [I: 338] e MAYER [1994: 654].

⁽⁶⁶⁾ Nas sociedades de capitais, a protecção da confiança deve ser estendida aos sócios que não fazem parte dos órgãos de direcção. Em sentido próximo, *Soergel/LÜDERITZ* [n.º 9].

ceiros tenham a faculdade de optar entre o Direito estrangeiro da sede da administração e o Direito português da sede estatutária ⁽⁶⁷⁾. Enquanto a redacção dos preceitos franceses parece apontar para uma conexão optativa, o art. 3.º/1/2ª parte do C. Soc. Com. limita-se a estabelecer que a sociedade não pode “opor a terceiros a sua sujeição a lei diferente da lei portuguesa.” O sentido literal deste preceito admite a interpretação segundo a qual os terceiros podem livremente optar entre o Direito estrangeiro da sede da administração e o Direito português da sede estatutária. Mas também consente a interpretação segundo a qual o Direito português da sede estatutária é o aplicável nas relações com terceiros, a menos que estes tenham razão para contar com a aplicação do Direito da sede da administração. Esta segunda interpretação parece-me corresponder melhor à intenção legislativa subjacente, que é a de proteger a confiança de terceiros na competência da lei local, a título de lei da sede estatutária, e não a de criar uma vantagem para terceiros, mediante uma faculdade de opção pela lei mais conveniente para os seus interesses. Esta interpretação é ainda reforçada pelas considerações que se seguem.

Formalmente, parte-se do critério da sede da administração, e vem admitir-se um desvio a este critério, mediante a aplicação da lei local da sede estatutária, fundada na protecção da confiança de terceiros.

Mas se encararmos a teoria da sede como uma qualificação da teoria da constituição, e atendermos à presunção de coincidência da sede da administração com a sede estatutária, esta solução surge-nos a uma outra luz.

Como assinala MAYER, a sede relevante é, em princípio, a sede estatutária ⁽⁶⁸⁾. O que equivale a dizer que *o ponto de partida é a teoria da constituição*. Em princípio, a sociedade está submetida ao Direito do Estado onde se constituiu e fixou a sede estatutária.

⁽⁶⁷⁾ No sentido de se tratar de uma conexão optativa, MARQUES DOS SANTOS [1987: 67, 128 e seg. e 253]; em sentido diferente, PAIS DE VASCONCELOS [1989: 49 e segs.].

⁽⁶⁸⁾ 651 e segs.

Quando, porém, se demonstre que a sede da administração não coincide com a sede estatutária, é aplicável às *relações internas* o Direito da sede da administração.

Nas *relações externas*, não basta, para afastar a competência do Direito português da sede estatutária, a demonstração de que a sociedade tem a sede da administração no estrangeiro. É ainda necessário demonstrar que os terceiros em causa devem contar com a competência do Direito estrangeiro da sede da administração. Se for recusada a bilateralização da norma que impede a sociedade de prevalecer-se da sede da administração perante terceiros, o Direito estrangeiro da sede estatutária será afastado sempre que se demonstre que a sociedade tem a sede da administração noutro Estado. No entanto, se a norma for bilateralizada, o Direito da sede estatutária só será afastado quando se demonstre não só que a sociedade tem a sede da administração noutro Estado, mas também que os terceiros em causa têm razão para contar com a competência do Direito deste Estado. O problema da bilateralização será adiante retomado (*infra* V.B).

O ponto privilegiado de referência de terceiros para determinar o estatuto da sociedade é a sede estatutária. É a sede estatutária que consta do contrato de sociedade e dos actos externos da sociedade. Os credores que desconhecem que a sociedade é administrada noutro Estado não podem contar com a competência do Direito deste Estado. E os terceiros que, estando estabelecidos num Estado que adopta a teoria da constituição, contratam aí com a sociedade, também não devem contar com a competência do Direito da sede da administração, mesmo que estejam ao corrente desta sede. A sociedade não poderá opor a estes terceiros o Direito da sede da administração. Mas, segundo creio, estes terceiros também não poderão invocar o Direito da sede da administração, ainda que este seja mais favorável aos seus interesses.

A principal hipótese em que terceiros deverão contar com a competência do Direito da sede da administração é a que se verifica quando a sociedade tem a sede da administração num Estado que adopta a teoria da sede e, aí, contrata com terceiros que têm conhecimento desta sede.

Em caso de dúvida, deverá presumir-se que os terceiros em causa não devem contar com a competência do Direito da sede da

administração. Esta presunção, favorável à competência do Direito da sede estatutária, permitirá atenuar as incertezas que esta averiguação pode introduzir na determinação do Direito aplicável à sociedade nas relações externas.

F) O problema do Direito aplicável às sociedades que se constituem sem intervenção de órgãos públicos (incluindo as sociedades sem personalidade jurídica)

Segundo as concepções vigentes ou dominantes nos principais sistemas jurídicos, as sociedades constituídas sem intervenção de órgãos públicos são geralmente privadas de personalidade jurídica.

No Direito português todas as sociedades comerciais, regularmente constituídas, gozam de personalidade jurídica, e é mesmo defendida, por alguns autores, a aquisição de personalidade jurídica por parte das sociedades civis. Mas nos restantes sistemas é geralmente reconhecido que há sociedades sem personalidade jurídica, incluindo sociedades comerciais (ou sociedades que, entre nós, seriam consideradas como tendo objecto comercial). Por conseguinte, na grande maioria dos países as sociedades sem personalidade jurídica desempenham um papel importante na vida económica.

Não obstante, registam-se diferenças importantes na forma por que os diversos sistemas jurídicos encaram as sociedades sem personalidade jurídica.

Nos sistemas da família romano-germânica as sociedades de base pessoal, ainda que sem personalidade jurídica, tendem a ser encaradas na sua dupla dimensão contratual e institucional⁽⁶⁹⁾. E o Direito das Sociedades tende a ser concebido por forma a abranger o conjunto das sociedades. Já nos Direitos da *Common Law* as sociedades de base pessoal (*partnership*) são encaradas essencialmente como relações contratuais. E o Direito aplicável a estas

⁽⁶⁹⁾ Esta tendência não obsta à admissibilidade de tipos societários com carácter interno, como é o caso, na Alemanha, da *stille Gesellschaft*, ou que podem ter carácter interno ou externo, como se verifica, em França, com a *société en participation* (os sócios só respondem pessoal e solidariamente se o credor provar a revelação da sociedade a terceiros). É esta característica, aliada à falta de personalidade jurídica, que pode explicar que a *société en participation* seja por vezes encarada como uma “mera relação contratual”.

sociedades constitui um complexo normativo claramente separado do Direito das Sociedades com personalidade jurídica [*Company Law*] ⁽⁷⁰⁾.

Estas diferenças têm incidência nos respectivos Direitos de Conflitos.

Nos sistemas da família romano-germânica, é entendimento dominante que as sociedades sem personalidade jurídica que dão corpo a uma organização externa também estão submetidas a um estatuto “pessoal” ⁽⁷¹⁾.

⁽⁷⁰⁾ Esse complexo normativo integra, designadamente, regras ou princípios de Direito dos contratos, “responsabilidade extra-contratual” e “representação” [*contract, tort e agency*].

⁽⁷¹⁾ Cf. RABEL - DROBNIG [II 101]; BEITZKE [1972: 122 e segs.]; KEGEL [1995: 428]; FERRER CORREIA [1973: 128 e seg. e 1975: 167]; BATIFFOL - LAGARDE [I: 352 e seg.]; *Staudinger/GROßFELD* [n.º 685]; BAPTISTA MACHADO [349 e seg.]; BALLARINO [1996: 367]; FERNANDES COSTA [158], mas defendendo a aplicação das soluções conflituais das obrigações voluntárias à *société en participation* e ao *partnership*, na suposição de que estas sociedades não dispõem de organização externa nem património autónomo; *MünchKomm./EBENROTH* [Nach Art. 10 n.º 87]; MOURA RAMOS [1991: 640 n. 569]; KROPHOLLER [489]; e, LIMA PINHEIRO [743 e segs.], com mais desenvolvimento.

Este entendimento foi acolhido na *supracit.* Convenção da Haia. Com efeito, o art. 6.º desta Convenção determina que as sociedades, as associações e as fundações a que não é atribuída, pela lei que as rege, personalidade, terão, no território de outros Estados contratantes, a situação jurídica que lhes reconhece essa lei, designadamente no que concerne à capacidade judiciária e às relações com os credores. O que pressupõe que tais entes sem personalidade jurídica são regidos por uma lei individualizada pelos mesmos elementos de conexão que aí são utilizados para designar a lei reguladora das pessoas colectivas. O mesmo se diga da *supracit.* Convenção de Bruxelas. O mesmo entendimento encontra-se legalmente consagrado no art. 10.º da Lei austríaca de Direito Internacional Privado, no n.º 1 do art. 150.º da Lei federal suíça de Direito Internacional Privado e no art. 25.º/1 da lei italiana de reforma do Direito Internacional Privado — cf. MONACO [177] e BALLARINO [loc. cit.].

À face do Direito português, pode ainda retirar-se um argumento favorável a este entendimento do art. 36.º do DL n.º 248/86, de 25/8, que consagra, como elementos de conexão relevantes para a aplicabilidade do regime do estabelecimento individual de responsabilidade limitada, o lugar da constituição e da sede principal e efectiva, embora o “estabelecimento” não tenha uma personalidade jurídica distinta da do seu titular.

Em sentido contrário, defendendo a aplicabilidade das normas de conflitos reguladoras das obrigações voluntárias às sociedades não personificadas, BATIFFOL [292 e seg.] (mas cp. *supra* nesta n. BATIFFOL - LAGARDE), RAÚL VENTURA [1977: 490 e segs.] e MAYER [650]. Ver ainda decisões *Corte di Appello di Milano* 25/2/77 [RDIPP 15 (1979) 266], RPT 15/12/80 [CJ (1980-V) 167] e CCI n.º 5029, de 16/7/86 [Yb. Comm. Arb. 11 (1986) 113].

Este entendimento deve ser seguido perante o Direito de Conflitos português: as normas de conflitos reguladoras das pessoas colectivas são aplicáveis analogicamente a certos entes organizados sem personalidade jurídica⁽⁷²⁾. A aplicação analógica também se justifica em relação às sociedades irregularmente constituídas e a que, por isso mesmo, o Direito da sede negue a personalidade jurídica⁽⁷³⁾.

A atribuição de um estatuto institucional deve basear-se na conformação concreta e global do ente e, no mínimo, há-de pressupor uma *unidade que actua no tráfico jurídico como ente individualizado*, graças a mecanismos jurídicos que permitam a *formação de um vontade colectiva e a imputabilidade de actos praticados em seu nome*. De entre os traços caracterizadores a *ter em conta* são de salientar o grau de estruturação orgânica, a existência de um património autónomo⁽⁷⁴⁾, a fixação de uma sede e o emprego de uma denominação social⁽⁷⁵⁾.

A atribuição de um estatuto institucional a entes sem personalidade jurídica pressupõe que o ente actue, como tal, no tráfico jurídico. Para o efeito é necessário que o ente disponha, pelo menos, de um órgão de administração e que exista um mecanismo de imputação jurídica, ao ente, dos actos praticados em seu nome⁽⁷⁶⁾. A atribuição de um estatuto institucional supõe pois a existência de uma *organização externa*⁽⁷⁷⁾.

⁽⁷²⁾ Ver justificação em LIMA PINHEIRO [loc. cit.].

⁽⁷³⁾ Cf. FERRER CORREIA [1963: 617]. No caso *Ubbink Isolatie BV vs. Dak- en Wandtechniek BV* (ac. 20/09/88, proc. n.º 136/87) [CTCE (1988) 4665], o TCE afirmou, em *obiter dictum*, que cabe ao Direito nacional aplicável à constituição da sociedade organizar, em conformidade com o art. 7.º da Dir. 68/151 do Conselho (Primeira Directiva em matéria de Direito das Sociedades), a responsabilidade solidária e ilimitada das pessoas que praticaram actos em nome de sociedade de responsabilidade limitada não regularmente constituída.

⁽⁷⁴⁾ Afecto à actividade da organização e que responda pelas dívidas resultantes desta actividade, com ou sem exclusão da responsabilidade pessoal dos seus membros.

⁽⁷⁵⁾ Cp., por forma acentuadamente restritiva, *IPRG Komm./VISCHER* [Art. 150 n.ºs 23 e segs.].

⁽⁷⁶⁾ Ainda que tal não signifique mais que a atribuição de direitos e deveres a um conjunto de pessoas designados através da referência ao ente e a afectação destes direitos e deveres a um património separado.

⁽⁷⁷⁾ A existência de mecanismos de formação de uma vontade colectiva e de imputação de actos praticados em nome do ente são indispensáveis à sua capacidade de acção social. Este conceito de organização externa já não pressupõe a existência de uma

Assim, por exemplo, o consórcio externo, tal como se encontra configurado no Direito português, deve ser submetido (analogicamente) às normas de conflitos reguladoras das pessoas colectivas ⁽⁷⁸⁾.

Tradicionalmente, nos sistemas da *Common Law*, o problema da determinação do estatuto institucional só se coloca em relação às sociedades com personalidade jurídica [*corporations*]. A *incorporation* exige sempre uma intervenção de órgãos públicos. É neste quadro que surge a teoria da constituição. A teoria da constituição, *tal como é tradicionalmente entendida*, tem um campo de aplicação limitado às *sociedades que adquirem personalidade jurídica mediante um processo constitutivo em que intervêm órgãos públicos*.

A teoria da constituição, tal como é tradicionalmente entendida, não fornece qualquer critério para a determinação do Direito aplicável às sociedades que se constituem sem intervenção de órgãos públicos, quer sejam ou não susceptíveis de personificação.

Suponha-se que um português e um canadiano, tendo em vista exercer uma actividade de *import/export* em Londres, constituem uma sociedade de base pessoal, mediante um contrato de sociedade celebrado, por documento particular, em Nova Iorque. Qual é o Direito da constituição desta sociedade? O Direito do lugar onde o contrato é celebrado? O Direito aplicável ao contrato segundo o Direito de Conflitos das obrigações contratuais? O Direito do Estado onde a sociedade se organiza?

A teoria da constituição, tal como é tradicionalmente entendida, não fornece qualquer resposta. A teoria da sede pode nestes casos constituir um critério autónomo de determinação do estatuto da sociedade. Para a teoria da sede é indiferente que as sociedades se constituam ou não com a intervenção de órgãos públicos.

Os sistemas que adoptam a teoria da constituição não se mostram, porém, favoráveis ao recurso imediato ao critério da sede da administração.

diferenciação funcional e, assim, do sistema de órgãos de que normalmente dispõem as pessoas colectivas.

(78) Ver LIMA PINHEIRO [743 e segs. e 801 e segs.].

Os sistemas da *Common Law*, como encaram os *partnerships* como relações contratuais, tendem tradicionalmente a aplicar-lhes as soluções desenvolvidas para os contratos.

Nos EUA, o *Second Restatement of the Conflict of Laws* submete os *partnerships* ao Direito que apresente a relação mais significativa com os sócios e com a transacção (art. 294.º). Para a determinação da relação mais significativa atribui-se especial importância ao lugar onde segundo as disposições do contrato o *partnership* deve desenvolver a sua actividade ⁽⁷⁹⁾.

Já o *Revised Uniform Partnership Act* (1994) manda aplicar às relações entre os sócios e entre eles e a sociedade o Direito do Estado onde o *partnership* tenha a sede da administração principal [*chief executive office*] (art. 106.º) ⁽⁸⁰⁾. Segundo o comentário oficial e este preceito, entendeu-se que, não sendo necessário o depósito do “pacto social” para formar um *partnership*, o lugar da sua organização nem sempre é claro. Mas o comentário acrescenta que a regra da sede da administração é supletiva: os sócios podem por acordo escolher o Direito de outro Estado para reger os “assuntos internos” ⁽⁸¹⁾.

Noutros quadrantes tem-se propugnado por uma “interpretação lata” da teoria da constituição.

CHESHIRE - NORTH - FAWCETT, tendo em mente alguns tipos societários dos sistemas da *civil law*, defendem a aplicação do Direito do país de formação às sociedades que, embora se cons-

⁽⁷⁹⁾ Cf. *Comment d* ao art. 294.º. Neste sentido podem invocar-se duas decisões, relativas a *joint ventures*, proferidas nos casos *Teas vs. Kimball* (1958), pelo *USCA Fifth Circuit* [257 F.2d 817] e *Flammia vs. Mite Corp.* (1975), pelo *USDC E.D. New York* [401 F. Supp. 1121], confirmada pelo *USCA* (1977) [553 F.2d 93], que partindo da consideração do escopo do *joint venture*, aplicaram a lei do lugar onde o empreendimento deveria ser realizado. Observe-se que no primeiro caso uma das partes tinha o seu estabelecimento no Estado onde o *joint venture* deveria desenvolver a sua actividade; o mesmo se verificou no segundo caso, no qual foi por acréscimo levado em conta que o *joint venture* tinha por objecto a venda de uma sociedade constituída segundo o Direito de Nova Iorque. SCOLES - HAY [718 e seg.] consideram este *case law* insuficiente para definir uma regra para a determinação da lei supletivamente aplicável ao contrato de *joint venture*.

⁽⁸⁰⁾ Este conceito inspira-se no art. 9-103/3/d do *Uniform Commercial Code*. Segundo o § 5 do *Official Comment* neste preceito entende-se por “*chief executive office*” “o lugar a partir do qual o devedor gere a maior parte das suas operações económicas”.

⁽⁸¹⁾ Dentro dos limites traçados pelo art. 187/2.º do *Second Restatement*.

tituam sem a intervenção de órgãos públicos, são encaradas como pessoas colectivas ⁽⁸²⁾. Mas como se determina o país de formação? Será de atender ao lugar onde se realiza a assembleia constitutiva? Ou ao lugar onde é celebrado o contrato de sociedade? Ou ainda ao lugar onde se forma a organização da sociedade? Seria concebível atender ao lugar onde se completa o processo constitutivo. Esta solução não é, porém, satisfatória. Perante uma sociedade que se constitua mediante um simples contrato, ir-se-ia aplicar o Direito do lugar da celebração que, como o exemplo acima dado ilustra, pode não ter qualquer laço importante com a sociedade.

É mais interessante a “interpretação lata” da teoria da constituição oferecida pelo art. 154.º da Lei federal suíça de Direito Internacional Privado. É o seguinte o seu teor:

“1. As sociedades são regidas pelo Direito do Estado segundo o qual são organizadas, se cumprem as prescrições publicidade ou de registo deste Direito ou, quando faltem estas prescrições, se são organizadas segundo o Direito deste Estado.

“2. A sociedade que não satisfaz essas condições é regida pelo Direito do Estado na qual é administrada efectivamente.”

Segundo esta disposição, a sociedade é regida pelo Direito por que, por forma externamente visível, se orientou a sua constituição ⁽⁸³⁾. Naturalmente que podem surgir dificuldades na determinação deste Direito. Mas a Lei suíça não deixa o intérprete desarmado: se não for reconhecível o Direito por que a sociedade

⁽⁸²⁾ 897 e seg. Cita-se *Von Hellfeld v. Rechnitzer and Mayer Freres & Co* [(1914) 1 Ch 748 e *Skylines Associates v. Small* [(1974) 50 DLR (3d) 217]. Na verdade, nestas decisões aplicou-se à sociedade o Direito do país onde aparentemente se tinha formado, e segundo o qual não tinha personalidade colectiva. Mas as decisões parecem ter por evidente que esse era o Direito competente, sem esclarecerem o título de aplicação.

⁽⁸³⁾ Cf. *IPRG Kommentar/VISCHER* [Art. 154 n.º 17 e seg.]. Critica-se, no entanto, a utilização da palavra “organizadas”, defendendo-se que um Direito também é neste caso aplicável quando na constituição da sociedade os interessados se tenham por ele orientado de facto. Que a sociedade se tenha organizado segundo um determinado Direito é algo que deve ser externamente visível, designadamente por meio da respectiva estrutura organizatória ou dos estatutos, por forma a ser visível por terceiros. Cp. BROGGINI [1992: 275].

tenha sido organizada passa-se à aplicação do Direito da sede da administração ⁽⁸⁴⁾.

Esta solução converge com a dada pelo *Revised Uniform Partnership Act*. Mas com esta diferença: o Direito por onde se orientou a constituição da sociedade é aplicável mesmo na falta de designação.

A solução da Lei suíça é que apresenta maior sintonia com as valorações subjacentes à teoria da constituição, tal como é entendida tradicionalmente. A sociedade e os sócios têm interesse na aplicação do Direito em que se baseou a constituição da sociedade. Os interesses de terceiros na cognoscibilidade do estatuto da sociedade não são postos em causa a partir do momento em que se exige que seja externamente reconhecível que a constituição se orientou por esse Direito.

G) *As atenuações da teoria da constituição*

Em parte dos sistemas que adoptam a teoria da constituição foram-lhe introduzidas atenuações importantes.

Nos EUA, a doutrina das *sociedades pseudo-estrangeiras* tem constituído uma das atenuações mais importantes.

O conceito de “sociedades pseudo-estrangeiras” foi introduzido por LATTY ⁽⁸⁵⁾. Este autor veio defender que nenhum princípio de Direito de Conflitos ou razão constitucional obriga um Estado a aplicar exclusivamente o Direito da constituição às sociedades estrangeiras que realizam a actividade principal no seu território. No entanto, o autor não propugna por uma aplicação em bloco do Direito local, mas apenas daquelas leis que têm um carácter de protecção e que reflectem uma “forte política legislativa”. Tem de se tratar de normas injuntivas que visam proteger interesses dos credores ou dos sócios e estes interesses têm de ser predominantemente ou, pelo menos, substancialmente locais ⁽⁸⁶⁾.

⁽⁸⁴⁾ Cf. *IPRG Kommentar*/VISCHER [Art. 154 n.º 19 e seg.]

⁽⁸⁵⁾ 138 e segs. e 162 e segs.

⁽⁸⁶⁾ 159 e segs.

Esta doutrina encontrou eco na jurisprudência e na legislação de alguns Estados norte-americanos. Um considerável número de decisões afastou-se da aplicação do Direito da constituição aos “assuntos internos” ⁽⁸⁷⁾. A legislação de alguns Estados submete as sociedades constituídas noutro Estado, que desenvolvem a sua actividade principal no seu território, a um conjunto mais ou menos vasto de disposições do seu Direito das Sociedades. Os exemplos mais referidos são os dos Estados de Nova Iorque e da Califórnia.

Por exemplo, o art. 2115.º do *California Corporations Code* é aplicável quando mais de metade das acções com direito de voto for detida por residentes na Califórnia e mais de metade do volume de negócios for feito na Califórnia (a), salvo se as acções da sociedade estrangeira estiverem cotadas numa bolsa nacional [*national securities exchange*] (e) ⁽⁸⁸⁾. As sociedades que se encontrem nestas condições ficam submetidas às regras locais sobre designação e destituição dos administradores, deveres e responsabilidade dos administradores, indemnização dos administradores e empregados (por prejuízos sofridos perante terceiros em ligação com a actividade da sociedade), limites à distribuição de dividendos, convocação das assembleias ordinárias, direito de voto dos sócios, limites à venda de bens e a fusões, reorganizações e direitos de inspecção dos sócios (b).

A questão da constitucionalidade destas leis tem sido muito debatida. Assim, por exemplo, a lei californiana já foi nuns casos considerada constitucional e noutros inconstitucional ⁽⁸⁹⁾. Algumas decisões importantes entenderam que certas leis aplicáveis aos “assuntos internos” das sociedades estrangeiras violam a *Com-*

⁽⁸⁷⁾ SCOLES - HAY [924 e seg.]. Da delimitação traçada pelo *Second Restatement* entre o campo de aplicação do art. 302.º e do art. 301.º resulta que são “internos” os assuntos que são especificamente regulados pelo “Direito das Sociedades”, segundo a concepção estadunidense (*Corporation Law*). Neste sentido, ver decisão proferida no caso *McDermott Inc. vs. Lewis* (*Supreme Court of Delaware*, 1987 [531 A.2d 206]) que, considera como “internos” os “assuntos que são peculiares às sociedades”.

⁽⁸⁸⁾ Caso em que a sociedade ficará sujeita às *federal securities and exchange rules and regulations* que proporcionam aos investidores uma protecção similar a que é dada pela legislação californiana.

⁽⁸⁹⁾ Ver KOZYRIS [1985: 57 e segs. e 69 e segs.] e SCOLES - HAY [924 e seg.].

merce Clause, por constituírem um entrave ao comércio interestadual que não é justificado pelos interesses locais ⁽⁹⁰⁾. Mas foi principalmente a partir da decisão do *US Supreme Court* no caso *CTS Corp. vs. Dynamics Corp. of America* (1987) que tem vindo a ser questionado se a regra da competência do Direito da constituição em matéria de “assuntos internos” não terá sido elevada à categoria de imposição constitucional, incompatível com a doutrina das sociedades pseudo-estrangeiras ⁽⁹¹⁾.

Sendo descabido aprofundar aqui este ponto, limitar-me-ei a uma breve referência às principais posições assumidas a este respeito.

Segundo um entendimento, que foi acolhido no *Revised Model Business Corporation Act* (1984), a um Estado não é permitido regular os “assuntos internos” da sociedade estrangeira autorizada a realizar actividade no seu território ⁽⁹²⁾.

Bastante diferente é a opinião expressa por SCOLLES - HAY: quando uma sociedade organizada segundo a lei de um país conduz toda ou parte substancial da sua actividade noutro país, este país pode tratá-la em muitos aspectos como se fosse uma sociedade constituída neste país. Perante as dúvidas suscitadas pela decisão proferida no caso *CTS Corp.* os autores são da opinião que o foro deve reter alguma medida de controlo sobre as actividades de sociedades que se encontrem nestas circunstâncias.

Outros autores assumem uma posição intermédia que se vem a traduzir num conceito mais restrito de sociedade pseudo-estrangeira. A teoria da constituição não foi inteiramente constitucionalizada. Um Estado pode aplicar o seu Direito a uma sociedade formalmente estrangeira que em todos os aspectos importantes é uma sociedade “interna” (KOZYRIS) ⁽⁹³⁾. Não basta que a sociedade

⁽⁹⁰⁾ Ver *Edgar vs. Mite Corp.* (*US Supreme Court*, 1982 [457 U.S. 624] e *McDermott Inc. vs. Lewis* (*Supreme Court of Delaware*, 1987 [531 A.2d 206])).

⁽⁹¹⁾ 481 *US* 69. Ver ainda *Tyson Foods, Inc. vs. McReynolds* (*US Court of Appeals, Sixth Circuit*, 1989 [865 F.2d 99] e a jurisprudência referida por KOZYRIS - SYMEONIDES [641]).

⁽⁹²⁾ Art. 15.05./c.

⁽⁹³⁾ 1995: 421 e seg. Acresce que, como o teste da *commerce clause* remete para uma ponderação, é possível argumentar que alguns desvios ao princípio do Direito único podem ser tolerados se forem pequenos e os benefícios locais pesarem mais que as des-

realize toda ou quase toda a sua actividade no seu território. É ainda necessário que todos, ou quase todos os sócios residam aí (REESE - ROSENBERG - HAY) ⁽⁹⁴⁾.

A doutrina das sociedades pseudo-estrangeiras também influenciou a já mencionada Resolução do Instituto de Direito Internacional sobre as sociedades anónimas em Direito Internacional Privado. Esta Resolução, porém, atende não só ao lugar da actividade principal mas também à sede da administração e aos laços existentes com o Estado da constituição.

A Resolução distingue duas situações diferentes ⁽⁹⁵⁾.

Por um lado, as sociedades constituídas num Estado que desenvolvem a sua actividade global ou principal noutro Estado, onde têm a sede da sua administração. Aqui têm-se em vista as sociedades pseudo-estrangeiras em sentido tendencialmente estrito: sociedades que se constituem num país mas se destinam a funcionar e desenvolver a sua actividade noutro país. O reconhecimento destas sociedades como sujeito jurídico poderá ser recusado se a constituição não é regular perante a lei do lugar da sede real (art. 3.º). Vale, portanto, a teoria da sede.

Por outro lado, as sociedades que desenvolvem a sua actividade numa pluralidade de países. Neste caso vale a teoria da constituição. O Direito da constituição só não é aplicado se a sociedade não apresenta qualquer laço efectivo com o Estado da constituição.

Esta exigência de um laço efectivo com o Estado da constituição destina-se a evitar a constituição de sociedades em Estados que se apresentam, do ponto de vista da permissividade do Direito das Sociedades e do regime fiscal aplicável, como “paraísos”. É uma exigência aparentemente justificada, mas que suscita algumas dúvidas a um exame mais atento. Ela vem introduzir alguma margem de incerteza na actuação da teoria da sede, pois torna necessária uma avaliação dos laços existentes com o Estado da constitui-

vantagens interestaduais. Assim, por exemplo, foi decidido no caso *Sadler vs. NCR Corp.* (US Court of Appeals, 2d Cir. 1991 [928 F.2d 48]) que a regra legal de Nova Iorque que aplica o Direito de Nova Iorque aos direitos de inspecção de sócios novaiorquinos em sociedades estrangeiras não viola a *commerce clause*, designadamente porque não afecta seriamente o tratamento uniforme de todos os sócios. Ver ainda DE MOTT.

⁽⁹⁴⁾ 1000.

⁽⁹⁵⁾ Ver VAN HECKE [1965a: 233 e segs. e 1965b].

ção. Não se ajusta bem a uma economia aberta e dinâmica em que as participações sociais mudam frequentemente de mãos e em que os centros de exploração e de direcção das sociedades estão sujeitos a deslocações internacionais. Enfim, para terceiros é, em princípio, indiferente que a sociedade apresente ou não laços efectivos com o país da constituição.

A Lei suíça, que adopta também uma teoria mitigada da constituição, não exige um laço efectivo com o Estado da constituição ⁽⁹⁶⁾. O legislador suíço optou antes por uma combinação da teoria da constituição com conexões especiais ⁽⁹⁷⁾. Estas conexões especiais abrangem as pretensões que derivam de negócios de emissão que são realizados por meio de ofertas públicas, as restrições ao poder de representação de um órgão ou de um representante, as questões de registo, firma e representação das sucursais e a responsabilidade das pessoas que agiram em nome da sociedade (arts. 156.º e segs.).

As questões relativas às ofertas públicas e às restrições ao poder de representação são objecto de conexões especiais em muitos sistemas que adoptam quer a teoria da constituição quer a teoria da sede. Estas conexões especiais são aí encaradas como limites ao estatuto pessoal da sociedade e, por conseguinte, não constituem propriamente desvios a estas teorias.

⁽⁹⁶⁾ No entanto, a lei exige um laço efectivo com a Suíça no caso de transferência da sede estatutária para a Suíça. Para se submeter ao Direito suíço a sociedade tem de transferir o seu centro de actividades para a Suíça (art. 162.º/1), se é uma sociedade sujeita a registo comercial e, não o sendo, tem de apresentar um laço suficiente com a Suíça (art. 162.º/2). Segundo *IPRG Kommentar/VISCHER* [Art. 162 n.º 4 e seg.] o legislador afastou-se da teoria da constituição, com vista a evitar que a Suíça seja escolhida como mero Estado de constituição, sem que existam laços com a Suíça. Como justificação para a formulação de maiores exigências para imigração da sociedade do que para a sua constituição sublinha-se que a maior parte das ordens jurídicas da Europa continental seguem a teoria da sede e, por isso, só reconhecem a transferência se este requisito estiver satisfeito (cf. PHILIPPE REYMOND [200]).

⁽⁹⁷⁾ Segundo *IPRG Kommentar/VISCHER* [Art. 154 n.ºs 9 e 10] esta solução aproximar-se-á da "teoria da sobreposição" [*Überlagungstheorie*] defendida por SANDROCK. Significa isto que certas leis do Estado da sede se sobrepõem ao Direito da constituição – cf. SANDROCK [1978: 191 e segs.]. O autor encara como exemplos de aplicação desta teoria as leis de Nova Iorque e da Califórnia e, na Europa, o art. 4.º da supracit. Convenção de Bruxelas.

Das conexões especiais estabelecidas pela Lei suíça, é entendida como uma importante concessão à teoria da sede a que se encontra consagrada no art. 159.º com respeito à responsabilidade das pessoas que agiram por conta da sociedade. Segundo esta disposição, se os negócios de uma sociedade constituída por força do Direito estrangeiro são geridos na Suíça ou a partir da Suíça, a responsabilidade das pessoas que agiram por conta da sociedade é regulada pelo Direito suíço ⁽⁹⁸⁾.

Encontra-se o fundamento deste desvio na protecção da confiança depositada na competência do Direito local. O legislador entendeu que a divergência entre a sede da administração na Suíça e o estatuto da constituição estrangeiro pode causar a aparência de uma sociedade de estatuto nacional. Os interesses de terceiros seriam postos em risco se a sociedade, contra a aparência por si criada, pudesse invocar as disposições sobre responsabilidade ou protecção dos credores do Direito da constituição ⁽⁹⁹⁾.

A esta luz, vem defender-se que o art. 159.º consagra uma conexão optativa, em que o Direito da sede da administração pode ser invocado por terceiros que tenham razões para crer que se trata de uma sociedade de estatuto nacional ⁽¹⁰⁰⁾. VISCHER defende ainda que o art. 159.º não pode ser aplicado quando a sucursal de

⁽⁹⁸⁾ No sentido de se tratar uma concessão à teoria da sede efectiva, cf. NOBEL [188] e *IPRG Kommentar*/VISCHER [Art. 159 n.º 1]. O texto francês, que se refere às “pessoas que agiram em nome da sociedade”, diverge dos textos alemão e italiano, que parecem corresponder melhor à intenção do legislador (op. cit. [n.º 22]).

⁽⁹⁹⁾ Cf. *Message concernant une loi fédérale sur le droit international privé*, 178; HEINI [1984: 168]; *IPRG Kommentar*/VISCHER [Art. 159 n.º 1]; e, DUTOIT [Art. 159 n.º 2]. Cp. GHANDCHI [86 e segs.], assinalando que o texto da lei não contém o pressuposto da criação de aparência que constava do projecto da comissão de peritos.

⁽¹⁰⁰⁾ *IPRG Kommentar*/VISCHER [Art. 159 n.ºs 2 e segs.] propõe a interpretação deste preceito como “conexão alternativa com direito de escolha do credor”, o que corresponde, com mais rigor, a uma conexão optativa (PHILIPPE REYMOND [193] aponta neste sentido, mas aparentemente *de lege ferenda*). *IPRG Kommentar*/VISCHER [Art. 159 n.ºs 2 e segs.] entende que esta opção só deve existir quando o tribunal suíço for competente tanto com base no art. 151.º como no art. 152.º. Se a competência só se funda no art. 152.º — que é o que se verifica quando a acção é proposta no sede da administração da sociedade e as pessoas que respondem por responsabilidade jurídico-societária não têm aí o seu domicílio ou residência habitual — só o Direito suíço pode ser aplicado.

uma sociedade estrangeira se encontra inscrita no registo suíço ⁽¹⁰¹⁾, mas esta posição é especialmente controversa ⁽¹⁰²⁾.

Acrescente-se que do art. 159.º não decorre automaticamente a responsabilidade pessoal dos gerentes ou administradores pelas dívidas da sociedade. Eles só respondem pelas dívidas da sociedade quando tal resulte das disposições sobre responsabilidade aplicáveis ao correspondente tipo societário do Direito suíço ou das normas gerais de responsabilidade do Direito suíço ⁽¹⁰³⁾.

Mas será que o elemento de conexão mais importante do ponto de vista da confiança de terceiros é o lugar da sede da administração? Não será antes de atender ao lugar onde a sociedade desenvolve a sua actividade? Estas questões levam a reexaminar a relevância do lugar onde a sociedade desenvolve a sua actividade.

H) A relevância do lugar onde a sociedade desenvolve actividade

Nos termos em que a questão do estatuto pessoal da sociedade é correntemente colocada, o lugar onde a sociedade desenvolve actividade é irrelevante ou assume, quando muito, um papel secundário.

Esta visão das coisas não corresponde inteiramente à realidade jurídico-positiva.

Por um lado, a generalidade dos sistemas concede ao Direito do Estado onde a sociedade desenvolve a sua actividade ou, pelo menos, onde exerce esta actividade com determinado grau de permanência ou organização, competência para regular certas questões.

Por outro lado, embora não tenha notícia de que qualquer sistema consagre plenamente o critério do centro de exploração, há sistemas que combinam este critério com a teoria da sede e (ou) da constituição.

⁽¹⁰¹⁾ Cf. *IPRG Kommentar/VISCHER* [Art. 159 n.º 26 e Art. 160 n.ºs 11 e segs.].

⁽¹⁰²⁾ Cp. *PHILIPPE REYMOND* [198] e *BROGGINI* [1990: 282].

⁽¹⁰³⁾ Cf. *IPRG Kommentar/VISCHER* [Art. 159 n.ºs 12 e segs.].

No que toca à primeira hipótese, há a referir a competência reconhecida ao Estado do lugar da actividade em matéria de “*reconhecimento da capacidade funcional*” das sociedades de estatuto pessoal estrangeiro (*supra* Introdução). Dizem respeito a este reconhecimento as normas relativas ao direito de estabelecimento e à liberdade de prestação de serviços. Trata-se então de normas de Direito da Economia, que prosseguem fins diferentes daqueles que são visados pelas normas integradas no estatuto pessoal ⁽¹⁰⁴⁾.

Mas com estas normas relacionam-se aquelas que condicionam o exercício da actividade da pessoa colectiva à instituição de uma representação permanente e ao cumprimento de disposições de registo e de publicações, e que estabelecem consequências jurídicas para o incumprimento destes requisitos, como é o caso das normas constantes do art. 4.º C. Soc. Com., complementado, quanto ao registo e às publicações, pelos arts. 10.º/c e /d, 40.º/2 e 70.º/f C. Reg. Com. ⁽¹⁰⁵⁾. Estas normas desempenham um *papel fundamental* na protecção dos interesses de terceiros no comércio jurídico local ⁽¹⁰⁶⁾.

Com efeito, os interesses de terceiros têm de ser acautelados mesmo que a sociedade não tenha a sede estatutária nem a sede da administração num país onde desenvolve actividade, em especial quando esta actividade é desenvolvida por um centro local organizado. Não se deve colocar a carga de todos aqueles que neste país contratam com a sociedade ou que são lesados mediante a violação pela sociedade dos seus direitos e interesses juridicamente protegidos o ónus de indagar em que Estado a sociedade está sediada e de

⁽¹⁰⁴⁾ O número destas normas tem vindo a decrescer em virtude do reconhecimento, por força do Direito Comunitário, do direito do estabelecimento e da liberdade de prestação de serviços por parte das sociedades comunitárias e, mais em geral, pela tendência para uma liberalização na ordenação económica das relações do comércio internacional.

⁽¹⁰⁵⁾ Os entes colectivos personalizados que exerçam habitualmente actividade em Portugal e as suas representações também estão obrigados a inscrição no ficheiro central de pessoas colectivas, nos termos do art. 29.º do DL n.º 42/89, de 3/2.

Com respeito às sucursais de sociedades anónimas, por quotas e em comandita por acções, ver ainda Décima Primeira Dir. do Conselho em matéria de Direito das Sociedades, relativa à publicidade das sucursais criadas num Estado-membro por certas formas de sociedades relevando do Direito de outro Estado-membro [89/666/CEE, de 21/12/89].

⁽¹⁰⁶⁾ Ver MOURA RAMOS [1987a: 6 e segs.].

consultar as inscrições feitas no registo organizado neste Estado. Daí resultariam não só dificuldades e custos para terceiros mas também um entrave ao comércio jurídico em geral.

Por acréscimo, estes terceiros devem poder contactar a sociedade através de um representante local e, pelo menos se esta representação local constitui um centro organizado de actividade, devem poder propor as acções relativas à sua exploração nos tribunais locais e contra a própria representação local ⁽¹⁰⁷⁾.

O disposto no art. 4.º C. Soc. Com. vai ao encontro destas preocupações. A sociedade de estatuto pessoal estrangeiro que deseje exercer a sua actividade em Portugal por mais de um ano deve instituir uma representação permanente e cumprir o disposto na lei portuguesa sobre registo comercial (n.º 1) ⁽¹⁰⁸⁾.

Por seu turno, o art. 10.º/c e /d C. Reg. Com. determina que estão sujeitos a registo a criação, alteração e encerramento das representações permanentes, bem como a designação, poderes e cessação de funções dos respectivos representantes e, ainda, a pres-

⁽¹⁰⁷⁾ Cf. art. 5.º/5 da Convenção de Bruxelas Relativa à Competência Judiciária e Execução de Sentenças em Matéria Civil e Comercial e arts. 65.º/1/a, 65.º/2 e 7.º CPC. Observe-se que estes preceitos do CPC permitem que a acção seja proposta em tribunais portugueses mesmo que a acção não seja relativa à exploração do centro organizado local (o que não é permitido pelo regime convencional), e que a representação local seja demandada mesmo que a acção não derive de facto "por ela praticado" quando a obrigação tenha sido contraída com um português ou com um estrangeiro domiciliado em Portugal.

⁽¹⁰⁸⁾ Diferentemente, MOURA RAMOS entende que o art. 4.º C. Soc. Com. contém normas sobre a condição jurídica das sociedades estrangeiras – cf. 1987a: 5 e segs. e 1987b: 345. Pode pensar-se que a questão não tem relevância prática, uma vez que o critério da sede efectiva serve tanto para determinar as sociedades de estatuto pessoal português como para atribuir a nacionalidade portuguesa. Mas a partir do momento em que se entenda que a sede relevante para determinar o estatuto pessoal é, em princípio, a sede estatutária, torna-se concebível que uma sociedade de nacionalidade estrangeira tenha estatuto pessoal português. À primeira vista isto viria apoiar a opinião de MOURA RAMOS, uma vez que o art. 4.º (bem como os arts. 26.º e 40.º/2 C. Reg. Com.) se refere só às sociedades com sede principal e efectiva no estrangeiro (que nunca têm nacionalidade portuguesa). Mas uma análise mais aprofundada mostra que só faz sentido aplicar o art. 4.º (bem como as disposições do C. Reg. Com. que o complementam) quando se trate de uma sociedade de estatuto pessoal do estrangeiro. Com efeito, a sociedade, que embora com sede efectiva da administração no estrangeiro, se tenha constituído em Portugal e, tenha, por isso, sede estatutária no nosso território, tem sempre de obedecer ao disposto na lei portuguesa sobre registo comercial. E dificilmente faz sentido exigir a uma sociedade que tem sede estatutária em Portugal que institua aqui uma representação permanente.

tação de contas das sociedades representadas. Por força do art. 40.º/2 C. Reg. Com. o registo das representações permanentes é feito em face de documento comprovativo da deliberação social que a estabeleça, do texto completo e actualizado do contrato de sociedade e de documento que prove a existência jurídica desta.

Em caso de não cumprimento das exigências feitas pelo n.º 1 do art. 4.º, estabelece-se a responsabilidade solidária com a sociedade das pessoas que tenham praticado actos em seu nome em Portugal bem como dos gerentes ou administradores da sociedade (n.º 2) ⁽¹⁰⁹⁾.

O Código Comercial também determinava a aplicação aos representantes das sociedades que estabelecessem uma representação em Portugal das normas sobre responsabilidade dos administradores (art. 111.º § único). Esta solução não foi mantida pelo Código das Sociedades Comerciais.

É corrente, nos sistemas estrangeiros, a subordinação do exercício de actividade local por sociedades de estatuto pessoal estrangeiro a exigências de estabelecimento de uma representação local e de registo, bem como, em alguns casos, a responsabilidade pessoal dos administradores em caso de incumprimento destas exigências ⁽¹¹⁰⁾. Nos EUA fala-se, a este respeito, de “*qualification*” ⁽¹¹¹⁾.

As normas que estabelecem estas exigências são *normas de Direito material especial*, visto que formulam requisitos específicos para a actividade local das sociedades de estatuto pessoal estrangeiro. Elas constituem um complemento das regras de conflitos que regulam o estatuto pessoal. Este complemento é neces-

⁽¹⁰⁹⁾ O n.º 3 vem ainda facultar que o tribunal, a requerimento de qualquer interessado ou do Ministério Público, ordene que a sociedade cesse a sua actividade em Portugal e decrete a liquidação do património aqui situado.

⁽¹¹⁰⁾ Ver também o art. 160.º da Lei suíça e, sobre ele, cp. *IPRG Kommentar/VISCHER* [Art. 159 n.º 26 e Art. 160 n.ºs 11 e segs.] e BROGGINI [1990: 281 e segs.]; art. 2506.º CC italiano e, sobre ele, BALLARINO [1996: 355 e segs.]; Décima Primeira Directiva do Conselho em matéria de Direito das Sociedades sobre a publicidade das sucursais criadas num Estado-membro por certas formas de sociedade que relevem do Direito de outro Estado-membro (89/666/CEE).

⁽¹¹¹⁾ Ver art. 15.05a do *Revised Model Business Corporation Law* (1984) e LEFLAR - McDOUGAL III - FELIX [696 e segs.].

sário porque os interesses de terceiros não podem ser protegidos adequadamente por via conflitual.

Outra questão em que se verifica uma tendência para reconhecer uma certa competência ao Direito do Estado onde a sociedade exerce a sua actividade é a da *capacidade jurídica* ⁽¹¹²⁾.

Esta tendência apoia-se em vasta medida no desvio à lei pessoal admitido em matéria de capacidade dos indivíduos. Este desvio consta hoje fundamentalmente do art. 11.º da Convenção de Roma sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais: "Num contrato celebrado entre pessoas que se encontram no mesmo país, uma pessoa singular considerada capaz segundo a lei desse país só pode invocar a sua incapacidade que resulte de uma outra lei se, no momento da celebração do contrato, o outro contraente tinha conhecimento dessa incapacidade ou a desconhecia por imprudência da sua parte." Segundo a opinião dominante na Alemanha esta norma é aplicável analogicamente à personalidade e à capacidade das sociedades ⁽¹¹³⁾.

Entre nós a questão foi discutida perante o disposto no art. 28.º CC. FERRER CORREIA, BAPTISTA MACHADO e MARQUES DOS SANTOS defendem que o princípio consagrado nesta disposição deve valer para as pessoas colectivas e para as organizações de pessoas e bens não dotadas de personalidade jurídica ⁽¹¹⁴⁾. ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO colocou algumas reservas a este entendimento, assinalando que o art. 28.º se reporta apenas aos actos anuláveis com fundamento em incapacidade de exercício e que o acto do órgão da pessoa colectiva que esteja viciado por falta de capacidade de gozo não é equivalente a uma mera incapacidade de exercício ⁽¹¹⁵⁾.

⁽¹¹²⁾ Além dos sistemas referidos no texto, ver, com respeito ao Direito inglês, DICEY - MORRIS - COLLINS [1111 e segs.]. Cp. art. 158.º da Lei suíça que dá relevância, quanto aos limites dos poderes de representação, ao Direito do Estado de estabelecimento ou residência habitual da outra parte.

⁽¹¹³⁾ Cf. KEGEL [417], *Staundinger/GROBFELD* [n.ºs 254 e 264] e ZIMMER [255 e segs.].

⁽¹¹⁴⁾ FERRER CORREIA [1975: 168 e seg.], BAPTISTA MACHADO [350 e seg.] e MARQUES DOS SANTOS [1987: 256 e seg.].

⁽¹¹⁵⁾ 1971: 42.

Com efeito, este preceito está inserido entre as normas de conflitos que se referem ao estatuto pessoal dos indivíduos e limita-se a obstar à anulação com fundamento na incapacidade. Os limites colocados pelo princípio da especialidade em matéria de fins e objecto das pessoas colectivas são encarados pela doutrina dominante como incapacidades de gozo que geram a nulidade do acto. Por conseguinte, o art. 28.º não é directamente aplicável aos actos que sejam inválidos por desrespeito dos limites fixados pela lei ou pelos estatutos.

Mas há razões fortes para admitir uma aplicação analógica seja do art. 11.º da Convenção de Roma seja, subsidiariamente, do art. 28.º CC, às pessoas colectivas. Os terceiros que contratam no comércio jurídico local carecem de protecção quer se trate de pessoas singulares estrangeiras ou de pessoas colectivas de estatuto pessoal estrangeiro. Aqui, de novo, não se deve exigir a terceiros que determinem a lei estrangeira aplicável à sociedade, indaguem do seu conteúdo e examinem o contrato de sociedade salvo, neste último caso, a possibilidade de o terceiro ter conhecimento do contrato de sociedade, ou dele poder tomar conhecimento com uma diligência razoável, como sucede no caso de a sociedade ter uma representação registada em Portugal.

Em minha opinião, esta aplicação analógica justifica-se perante limites colocados pela lei, pelos estatutos ou por deliberações sociais e quer tenham por objecto os fins que a sociedade pode prosseguir, os actos que os órgãos da sociedade podem praticar para a sua realização ou a vinculação da sociedade pelos seus gerentes ou administradores ⁽¹¹⁶⁾. Também é indiferente que estes limites sejam ou não qualificados como incapacidades.

Esta solução constitui um desvio à lei pessoal da sociedade, relativamente a questões bem delimitadas que caem no âmbito do estatuto pessoal, mediante o estabelecimento de uma conexão especial com o Direito do lugar de celebração do negócio jurídico. Normalmente a sociedade celebra negócios jurídicos nos Estados

⁽¹¹⁶⁾ Esta solução tem um significado prático limitado em matéria de sociedades, uma vez que, seguindo a Primeira Directiva da CEE em matéria de Direito das Sociedades, o art. 6.º/4 C. Soc. Com. determina que as cláusulas contratuais e as deliberações sociais que fixem à sociedade determinado objecto ou proibam a prática de certos actos não limitam a capacidade da sociedade.

em que desenvolve a sua actividade, o que permite incluir esta solução entre os casos de relevância do Direito do lugar onde a sociedade desenvolve a sua actividade.

Alguns sistemas vão mais longe, e conferem relevância ao lugar onde a sociedade desenvolve a sua actividade na própria *determinação do estatuto pessoal*.

Como ficou atrás assinalado (*supra* E), é o que se verifica com o sistema italiano (até certo ponto seguido pelo Direito argentino), bem como, mais moderadamente, com os Direitos de alguns Estados norte-americanos, como é o caso da Califórnia e de Nova Iorque. Parte-se da teoria da constituição, mas determina-se a aplicação cumulativa de todas ou de grande parte das normas injuntivas do Direito local se a sociedade desenvolver aí a sua actividade principal. O lugar onde a sociedade desenvolve a sua principal actividade constitui aqui um dos elementos de conexão que servem para ampliar a esfera de aplicação do Direito do foro. Foi atrás feita a crítica deste favorecimento do Direito do foro.

Um outro sistema que confere relevância ao Direito do lugar onde a sociedade desenvolve a sua actividade é o espanhol. O art. 9.º/11 CC esp. (introduzido pela reforma de 1974) acolhe o entendimento da doutrina espanhola tradicional segundo o qual a pessoa colectiva está submetida ao Estado da sua nacionalidade. A determinação da nacionalidade foi objecto de controvérsia, sobretudo em relação às sociedades. O art. 5.º/1 da Lei das Sociedades Anónimas (com a redacção de 1989) veio estabelecer que são espanholas “as sociedades anónimas que tenham domicílio em território espanhol, qualquer que seja o lugar onde se tenham constituído”. O n.º 2 do mesmo artigo acrescenta que “devem ter o seu domicílio em Espanha as sociedades anónimas cujo principal estabelecimento ou exploração radique dentro do seu território”. Daqui resulta, segundo CALVO CARAVACA ⁽¹¹⁷⁾, uma combinação do critério da sede real com o critério do centro de exploração. O resultado prático é que as sociedades que tenham o principal centro de exploração em Espanha estão submetidas à lei espanhola.

Por certo este tipo de soluções põe em relevo que, à luz das finalidades visadas pelas normas de conflitos em matéria de sociedades,

(¹¹⁷) 89 e seg.

o Direito do lugar onde a sociedade desenvolve a sua actividade é uma conexão importante a ter em conta. Mas não parece adequada aos fins em jogo uma solução que conduz a aplicar todas ou grande parte das normas societárias do Direito do lugar onde é exercida a principal actividade e não atribui qualquer título de aplicação a normas de outros Estados onde a sociedade exerça a sua actividade.

Por um lado, esta solução sujeita-se a parte das críticas tradicionalmente movidas ao critério do centro de exploração: a instabilidade da lei aplicável em virtude da deslocação do centro principal de exploração e a aplicação de um Direito que pode ser estranho à sociedade e à sua administração. Aparentemente, a variante espanhola permite evitar estas objecções. Mas só o evita mediante a imposição da sede em Espanha quando aí se situa o principal centro de exploração. O que é ainda mais constrangedor para a sociedade: não só tem de se conformar com o Direito do Estado onde se situa o principal centro de exploração como tem ainda de fixar aí a sua sede.

Por outro lado, a necessidade de protecção de terceiros surge tanto no Estado onde a sociedade desenvolve a principal actividade como nos Estados em que exerce actividade a título secundário.

Parece mais adequada a solução que se traduza na atribuição ao Direito de todo o Estado em que a sociedade exerça a sua actividade ou, pelo menos, em que estabeleça um centro organizado de actividade, de uma competência limitada às normas que visam a protecção de terceiros. Entre estas normas contam-se não só as que se referem ao estabelecimento de uma representação local e do cumprimento das disposições sobre registo e publicações, mas também, designadamente, as que se referem à responsabilidade das pessoas que agem por conta da sociedade para com terceiros, ao capital mínimo, à realização das entradas, à distribuição de bens aos sócios e aos administradores e à redução de capital ⁽¹¹⁸⁾. Neste

⁽¹¹⁸⁾ KOZYRIS [1985: 64 e seg.] entende que o Estado onde a sociedade realiza a sua actividade pode ter uma "relação mais significativa" com respeito às regras que atingem significativamente os direitos dos credores, tais como as regras sobre sociedades de facto, doutrina *ultra vires*, desconsideração da personalidade jurídica, responsabilidade pessoal dos administradores, proibições de distribuição de bens da sociedade aos sócios ou administradores.

Vem a propósito assinalar que não é inequívoco que o art. 159.º da Lei suíça estabeleça uma conexão especial com a Suíça a título de Estado da sede efectiva da adminis