

LUÍS DE LIMA PINHEIRO
Doutor em Direito
Professor da Faculdade de Direito de Lisboa

DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO PARTE ESPECIAL

DIREITO DE CONFLITOS – PARTE ESPECIAL

VOLUME II

3.^a EDIÇÃO REFUNDIDA


ALMEDINA

CAPÍTULO III

As pessoas colectivas

Bibliografia específica: ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO – *Direito Internacional Privado*, parte II – “Sistema de normas de conflitos portugueses”, t. I – “Direito das pessoas. § 2.º Pessoas Colectivas”, (Lições proferidas ao 5.º ano jurídico de 1970-1971. Apontamentos de alunos), Lisboa, 1971; António FERRER CORREIA – *Lições de Direito Internacional Privado*, Coimbra, 1963; Id. [2000: 81 e segs. e 128 e seg.]; Id. – *Lições de Direito Internacional Privado. Aditamentos. Nacionalidade. Lei reguladora do estatuto pessoal*, Coimbra, 1975, 165 e segs.; Id. – “O Direito Internacional Privado Português e o princípio da Igualdade”, *RLJ* (1987/1988) n.ºs 3755 e segs.; João BAPTISTA MACHADO [1982: 344 e segs.]; RAÚL VENTURA – “A sede da sociedade, no direito interno e no direito internacional privado português”, *Scientia Iuridica* 26 (1977) 345-361 e 462-509; Id. – *Novos Estudos sobre Sociedades Anónimas e Sociedades em Nome Colectivo*, Coimbra, 1994, 107 e seg.; José de OLIVEIRA ASCENSÃO – *Direito Comercial. Sociedades Comerciais. Parte Geral*, vol. IV, Lisboa, 2000, 54 e segs.; António MARQUES DOS SANTOS – *Algumas reflexões sobre a nacionalidade das sociedades em Direito Internacional Privado e em Direito Internacional Público*, Coimbra, 1985; Id. – [1987: 249 e segs.]; Rui MOURA RAMOS – *Aspectos recentes do Direito Internacional Privado português*, (Sep. Est. Afonso Rodrigues Queiró – BFDC 1986), Coimbra, 1987 [1987a]; Id. – “O artigo 4.º do Código das Sociedades Comerciais revisitado”, *RDE* 13 (1987) 343-359 [1987b]; Id. – “Resposta à apostilha do Dr. António Caeiro”, *RDE* 13 (1987) 365-370 [1987c]; Id. – *Da Lei Aplicável ao Contrato de Trabalho Internacional*, Coimbra, 1991, 640 e seg.; Id. – “O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e a Teoria Geral do Direito Internacional Privado. Desenvolvimentos Recentes”, in *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, vol. I, 431-467, Coimbra, 2002; Id. – “Direito Internacional Privado e Direito Comunitário. Termos de uma interacção”, in *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Processual Civil Internacional*, 145-202, Coimbra, 2007, 182 e segs. [2007a]; Id. – “A Concordata de 2004 e o Direito Internacional Pri-

vado Português”, in *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Processual Civil Internacional*, vol. II, 335-388, Coimbra, 2007 [2007b]; Luís de LIMA PINHEIRO – *Contrato de Empreendimento Comum (Joint Venture) em Direito Internacional Privado*, Almedina, Lisboa, 1998, 1046 e segs. [1998a]; Id. – “O Direito aplicável às sociedades. Contributo para o Direito Internacional Privado das sociedades”, *ROA* 58 (1998) 673-777 [1998b] (= *Estudos de Direito Internacional Privado*, vol. I, 11-104, Almedina, Coimbra, 2006); Id. – “Federalismo e Direito Internacional Privado – algumas reflexões sobre a comunitarização do Direito Internacional Privado”, *Cadernos de Direito Privado* 2 (2003) 3-19 (= *Estudos de Direito Internacional Privado*, 331-356, Almedina, Coimbra, 2006); Id. – “O Direito de Conflitos e as liberdades comunitárias de estabelecimento e de prestação de serviços”, in *Est. António Marques dos Santos*, vol. I, 273-303, Coimbra, Almedina, 2005 (= *Estudos de Direito Internacional Privado*, 357-387, Almedina, Coimbra, 2006); Id. – “Concorrência entre sistemas jurídicos na União Europeia e Direito Internacional Privado”, *O Direito* 139 (2007) 255-281; RABEL/DROBNIG [1960: II 38 e segs.]; Georges VAN HECKE – “Les sociétés anonymes en droit international privé. Rapport provisoire”, in *Ann. Inst. dr. int.* 51 (1965) 226-243; Id. – “Les sociétés anonymes en droit international privé. Rapport définitif”, in *Ann. Inst. dr. int.* 51 (1965) 312-318; Frank VISCHER – “Die Wandlung des Gesellschaftsrechts zu einem Unternehmensrecht und die Konsequenzen für das Internationale Privatrecht”, in *FS Frederick Mann* (1977), 639-653; Id. – “10. Kapitel: Gesellschaftsrecht”, in *Zürcher Kommentar zum IPRG*, Zúrique; 2004; Peter BEHRENS – “Niederlassungsfreiheit und Internationales Gesellschaftsrecht”, *RabelsZ.* 52 (1988) 498-529; Id. – “Die grenzüberschreitende Sitzverlegung von Gesellschaften in der EWG”, *IPRax* (1989) 354-361; Id. – “Internationales Gesellschaftsrecht und Fremdenrecht”, in *Gesellschaft mit beschränkter Haftung im internationalen und europäischen Recht*, 1-53, org. por Peter BEHRENS, 2.^a ed., Berlim e Nova Iorque, 1997; BATIFFOL/LAGARDE [1993: 329 e segs.]; Günther BEITZKE – “Kollisionsrecht von Gesellschaften und juristischen Personen”, in *Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen und internationalen Personen- und Sachenrechts*, 94-136, Tubinga, 1972; KEGEL/SCHURIG [2004: 566 e segs.]; Herbert WIEDEMANN – *Gesellschaftsrecht*, vol. I – *Grundlagen*, Munique, 1980; Bernhard GROßFELD – “Internationales Gesellschaftsrecht” im *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, redigido por Jan KROPHOLLER, 13.^a ed., Berlim, 1993; *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 2.^a ed., vol. VII – *EGBGB – IPR*, 1990, “Nach Art. 10” por Carsten EBENROTH; *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 3.^a ed., vol. XI – *Internationales Wirtschaftsrecht*, 2006, “Internationales Handels- und Gesellschafts-

recht", por Peter KINDLER; Yvon LOUSSOUARN e Michel TROCHU – "Conflits de lois en matière de sociétés", *Juris-Classeur de droit international*, vol. IX, Paris, 1997; François RIGAUX – "Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale", *RCADI* 213 (1989) 7-407, 97 e segs.; Id. – "Droit international privé et droit communautaire", in *Mélanges Yvon Loussouarn*, 1992, 341-354; Elvin LATTY – "Pseudo-foreign Corporations", *The Yale Law Journal* 65 (1955) 137-173; Willis REESE, Maurice ROSENBERG e Peter HAY – *Cases and Materials on Conflict of Laws*, 9.^a ed., Westbury, Nova Iorque, 1990; Daniel ZIMMER – *Internationales Gesellschaftsrecht. Das Kollisionsrecht der Gesellschaften und sein Verhältnis zum Internationalen Kapitalmarktrecht und zum Internationalen Unternehmensrecht*, Heidelberg, 1995; MAYER/HEUZÉ [2007: 731 e segs.]; Soergel/ LÜDERITZ [1996 Anh. Art. 10]; Alfonso-Luis CALVO CARAVACA – "Personas Jurídicas" in Julio GONZALEZ CAMPOS et al. (org.), *Derecho Internacional Privado. Parte Especial*, 84-97; CALVO CARAVACA/CARRASCOZA GONZÁLEZ [2007: 337 e segs.][2007a]; Id. – "Sociedades mercantiles: libertad de establecimiento y conflicto de leyes en la Unión Europea", in *Parmalat y Otros Casos de Derecho Internacional Privado*, org. por CALVO CARAVACA e JULIANA RODRÍGUEZ RODRIGO, 73-134, Madrid, 2007[2007b]; Eva-Maria KIENINGER – "Niederlassungsfreiheit als Rechtswahlfreiheit", *ZGR* (1999) 724-749; António MENEZES CORDEIRO – *O Levantamento da Personalidade Colectiva no Direito Civil e Comercial*, Coimbra, 2000, 164 e segs.; Id. – *Direito Europeu das Sociedades*, Coimbra, 2005; Id. – *Manual de Direito das Sociedades*, vol. I – *Das Sociedades em Geral*, 2.^a ed., Coimbra, 2007, 185 e segs.; Pedro PAIS DE VASCONCELOS – "Estatuto pessoal das sociedades comerciais", in *Estruturas jurídicas da empresa*, 37-55, Lisboa, 1989; António PEREIRA DE ALMEIDA – *La société a responsabilité limitée en droit portugais et sa réforme*, s.l., 1981; Manuel FERNANDES COSTA – "Da nacionalidade das sociedades comerciais", *BFDC Supl.* 27 (1984) 1-223; FLORBELA PIRES – *Direitos e Organização dos Obrigacionistas em Obrigações Internacionais*, Lisboa, 2001, 193 e segs.; Id. – *Conflitos de Leis. Comentário aos artigos 14.º a 65.º do Código Civil*, Coimbra, 2009, 78 e segs.; ANTÓNIO CAEIRO – "Algumas notas sobre o artigo 4.º do Código das Sociedades Comerciais", *RDE* 13 (1987) 333-341; Id. – "Apostilha à resposta do Dr. Rui MOURA RAMOS", *RDE* 13 (1987) 361-363; ISABEL VAZ – "Da vigência das normas de conflitos contidas no Código Comercial após a entrada em vigor do Código Civil de 1966", in *As Operações Comerciais*, org. por OLIVEIRA ASCENSÃO, 125-182, 1988; Giorgio BADIALI – "Le droit international privé des Communautés européennes", *RCADI* 191 (1985-II) 9-182; Ulrich DROBNIG – "Gemeinschaftsrecht und internationales Gesellschaftsrecht. 'Daily Mail' und die Folgen", in *Europäisches Gemeinschaftsrecht und Internationales*

Direito
(2007b);
u Ven-
1046 e
para o
13-777
Alme-
rado -
il Pri-
viteiro
O Di-
pres-
-303,
357-
rindi-
139
ECKE
ire",
s en
265)
nem
iva-
lls-
EH-
ht",
ing
io-
nk-
ter
33:
nd
ts-
ja,
's-
-
m
n,
l.
2-
1-
-

Privatrecht, 185-206, Colónia, 1990; Carsten EBENROTH e Thomas AUER – “Die Vereinbarkeit der Sitztheorie mit europäischem Recht”, *GmbH-Rdsch.* (1994) 16-27; Bernhard GROBFELD e Thomas KÖNIG – “Das Internationale Gesellschaftsrecht in der Europäischen Gemeinschaft”, *RIW* 38 (1992) 433-440; Marc FALLON – “Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré. L’expérience de Communauté européenne”, *RCADI* 253 (1995) 9-282; Hans SONNENBERGER – “Europarecht und Internationales Privatrecht”, *ZvglRWiss.* 95 (1996) 3-47; Werner EBKE – “Centros – Some Realities and Some Mysteries”, *Am. J. Comp. L.* 48 (2000) 623-660; Maria ÂNGELA BENTO SOARES – “A liberdade de estabelecimento das sociedades na União Europeia”, *Temas de Integração* 15/16 (2003) 283-321; Id. – “O acórdão Inspire Art Ltd.: novo incentivo jurisprudencial à mobilidade das sociedades na União Europeia”, *Temas de Integração* 17 (2004) 123-159; Id. – “A transferência internacional da sede social no âmbito comunitário”, in *Temas Societários*, org. por J. COUTINHO DE ABREU, 45-77, Coimbra, 2006; Dário MOURA VICENTE – “Liberdade de estabelecimento. Lei pessoal e reconhecimento das sociedades comerciais”, in *Direito Internacional Privado. Ensaios*, vol. II, 91-115, Coimbra, 2005; Nuno CASTELLO-BRANCO BASTOS – “Das obrigações nas regras de conflitos do Código Civil”, in *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e da Reforma de 1977*, vol. II – *A Parte Geral do Código e a Teoria Geral do Direito Civil*, 651-685, Coimbra, 2006; José ENGRÁCIA ANTUNES – “Âmbito de aplicação do sistema das sociedades coligadas”, in *Est. Isabel de Magalhães Collaço*, vol. II, 95-116, Coimbra, 2002 [2002a]; Id. – *Os Grupos de Sociedades. Estrutura e Organização Jurídica da Empresa Plurissocietária*, 2.^a ed., Coimbra, 2002, 303 e segs. [2002b]; José PINTO RIBEIRO – “Die verbundenen Gesellschaften im neuen portugiesischem Handelsgesellschaftsgesetzbuch”, in MESTMÄCKER/BEHRENS (org.) – *Das Gesellschaftsrecht der Konzerne im internationalen Vergleich*, Baden-Baden, 1990, 203-215; Hans-Georg KOPPENSTEINER – “Referat”, in *Colloque international sur le droit international privé des groupes de sociétés*, Genebra, 1973, 79-109; F. A. MANN – “Bemerkungen zum Internationalen Privatrecht der Aktiengesellschaft und des Konzerns”, in *Beiträge zum Internationalen Privatrecht* (1975), 70-89, Berlin, 1974, 84 e segs.; ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA – An. ao art. 481.º, in *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, org. por ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, Coimbra, 2009; Herbert BERNSTEIN – “Durchgriff bei juristischen Personene insbesondere Gesellschaften in Staatshand”, in *FS Konrad Zweigert*, 37-58, Tubinga, 1981; CLAUDIA SCHMIDT – *Der Haftungsdurchgriff und seine Umkehrung im internationalen Privatrecht*, Tubinga, 1993; Eckard REHBINDER – “Durchgriff über die Grenze”, in *Aufbruch nach Europa. 75 Jahre Max-Planck-Institut für Privatrecht*, Tubinga, 2001, 529-541;

Susanne WIMMER-LEONHARDT – *Konzernhaftungsrecht*, Tubinga, 2004;
Albert BLECKMANN – “Nongovernmental Organizations”, in *Universal Economic Organizations*, IECL, vol. XVII, cap. 25, 1981.

58. Noção e âmbito da lei pessoal

A) Generalidades

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 dita 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, faz todo o sentido que a constituição da pessoa colectiva seja excluída do âmbito de aplicação da lei da sede.

Esta ideia de simetria entre o estatuto pessoal dos indivíduos e o estatuto pessoal das pessoas colectivas não é comum a todos os sistemas. Mesmo perante um sistema como o nosso deve reconhecer-se que a analogia entre o estatuto pessoal dos indivíduos e o estatuto pessoal das pessoas colectivas 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 cinco 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 membros, ou entre os membros, com respeito aos assuntos sociais;
- a conformação da *autonomia patrimonial da pessoa colectiva*;
- outras questões emergentes das *relações externas*: a dita representação orgânica e a responsabilidade dos órgãos da pessoa colectiva perante terceiros;
- *transformação e dissolução da pessoa colectiva*.

Quando o n.º 2 do art. 33.º se refere à “responsabilidade” da pessoa colectiva, bem como à dos respectivos órgãos e membros, perante terceiros, tem em vista, em primeira linha, os bens que respondem pelas dívidas da pessoa colectiva, designadamente se responde apenas o seu património, ou se responde também o património pessoal dos membros, e em que termos. Abrange também os regimes especiais de responsabilidade dos titulares dos órgãos perante credores sociais e outros terceiros. O âmbito da lei pessoal já não abrange obviamente a responsabilidade contratual da pessoa colectiva, que é regulada pela lei aplicável às obrigações contratuais, nem a responsabilidade extracontratual da pessoa colectiva, que é regulada pela lei aplicável a esta forma de responsabilidade.

B) *Organizações sem personalidade jurídica*

Há entes organizados que intervêm no tráfico jurídico sem que lhes seja reconhecida personalidade jurídica.

É o que geralmente se verifica, segundo as concepções vigentes ou dominantes nos principais sistemas jurídicos, com as sociedades constituídas sem intervenção de órgãos públicos¹⁷³.

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

¹⁷³ Mas há também casos de sociedades que embora constituídas com a intervenção de órgãos públicos não têm personalidade jurídica.

(ou sociedades que, entre nós, seriam consideradas como tendo objecto comercial).

São exemplo de sociedades sem personalidade jurídica o *partnership* no Direito inglês, a *BGB-Gesellschaft* e a *Offene Handelsgesellschaft* no Direito alemão e a *société en participation* no Direito francês.

Nos sistemas da família romanogermânica, é entendimento dominante que os entes sem personalidade jurídica que dão corpo a uma organização externa também estão submetidos a um estatuto "pessoal"¹⁷⁴.

O ponto poderá suscitar alguma dúvida perante o art. 33.º CC, por ter sido eliminado o n.º 2 do art. 18.º do Anteprojecto de 1964, que expressamente determinava a aplicação da lei da sede principal e efectiva da administração às "organizações de pessoas ou de bens não dotadas de personalidade jurídica"¹⁷⁵.

No entanto, negar um estatuto institucional a quaisquer entes sem personalidade jurídica, mesmo aqueles que estão submetidos (pela lei segundo a qual se constituíram ou pela lei da sede da sua administração) a um regime muito semelhante ao das pessoas colectivas, levaria a resultados inaceitáveis.

Uma sociedade que se houvesse constituído ou tivesse a sede da sua administração na órbita de um daqueles sistemas jurídicos que negam a personalidade jurídica às sociedades de pessoas, embora as equiparem,

¹⁷⁴ Cf. RABEL/DROBNIG [1960: II 101]; KEGEL/SCHURIG [2004: 590-591]; FERRER CORREIA [1973: 128 e seg., 1975: 167 e 2000: 93 e seg.]; BATIFFOL/LAGARDE [1993: 352 e seg.]; *Staudinger/GROBFELD* [1993: n.º 685]; BAPTISTA MACHADO [1982: 349 e seg.]; BALLARINO [1999: 382]; FERNANDES COSTA [1984: 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* [2.ª ed., 1990: Nach Art. 10 n.º 87]; MOURA RAMOS [1991a: 640 n. 569]; KROPHOLLER [2006: 571-572]; LIMA PINHEIRO [1998a: 1050 e segs.]; *MünchKomm./KINDLER* [2006: n.ºs 262 e segs.].

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. 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.

para muitos efeitos, a pessoas colectivas, seria tratada como uma mera relação obrigacional, mesmo que dispusesse, perante esse sistema jurídico, de autonomia patrimonial, apresentasse elevado grau de estruturação orgânica e lhe correspondesse uma empresa. Por acréscimo, as questões relativas à imputação dos actos praticados em nome da sociedade e à responsabilidade pelas dívidas sociais teriam de ser apreciadas em função das relações individualizadas estabelecidas com terceiros, segundo as leis designadas pelas normas de conflitos aplicáveis à representação voluntária e às obrigações em causa.

Desconhecendo-se a razão por que o referido preceito do Anteprojecto não foi acolhido no Código Civil, pode supor-se não se ter querido equiparar, genericamente, as organizações sem personalidade jurídica às pessoas colectivas. Mas se as normas de conflitos reguladoras das pessoas colectivas não são directamente aplicáveis às organizações sem personalidade jurídica, já nada parece excluir a sua *aplicação analógica*¹⁷⁶, quando houver razões suficientes para tal e *na medida em que a analogia o justifique*.

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 jurídica¹⁷⁷.

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

¹⁷⁵ In FERRER CORREIA/FERREIRA PINTO [1988: 86].

¹⁷⁶ Cf. FERRER CORREIA [loc. cit.], BAPTISTA MACHADO [loc. cit.] e LIMA PINHEIRO [loc. cit.]. Em sentido contrário, defendendo a aplicabilidade das normas de conflitos reguladoras das obrigações voluntárias às sociedades não personificadas, RAÚL VENTURA [1977: 490 e segs.]. Ver ainda a decisão RPt 15/12/80 [CJ (1980-V) 167]. Cp. ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO [1971: 21 e segs.].

¹⁷⁷ Cf. FERRER CORREIA [1963: 617]. No ac. 20/9/88, proferido no caso *Ubbink Isolatie BV* [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.

orgânica, a existência de um património autónomo¹⁷⁸, a fixação de uma sede e o emprego de uma denominação social¹⁷⁹.

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 nome¹⁸⁰.

A atribuição de um estatuto institucional supõe pois a existência de uma organização externa¹⁸¹.

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 colectivas¹⁸².

59. As pessoas colectivas estaduais

A) A classificação das pessoas colectivas em estaduais e internacionais

O nosso sistema de Direito de Conflitos distingue as pessoas colectivas internacionais (art. 34.º) das restantes pessoas colectivas, que podemos designar por pessoas colectivas estaduais. O critério desta distinção não é pacífico, uma vez que se discute se o conceito de pessoas colectivas internacionais inclui pessoas colectivas que não são criadas por instrumento de Direito Internacional.

Como ponto de partida assumir-se-á, porém, que esta distinção se traça segundo o critério da fonte da personificação. Serão pessoas colecti-

¹⁷⁸ Afecto à actividade da organização e que responda pelas dívidas resultantes desta actividade, com ou sem exclusão da responsabilidade pessoal dos seus membros.

¹⁷⁹ Cp., por forma acentuadamente restritiva, *Zürcher Komm./VISCHER* [Art. 150 n.ºs 23 e segs.].

¹⁸⁰ 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.

¹⁸¹ 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 diferenciação funcional e, assim, do sistema de órgãos de que normalmente dispõem as pessoas colectivas.

¹⁸² Ver LIMA PINHEIRO [1998a: 1050 e segs. e 1133 e segs.].

vas internacionais aquelas que adquirem a personalidade jurídica por força da ordem jurídica internacional e estaduais as que adquirem a personalidade jurídica por força da ordem jurídica estadual¹⁸³.

As conclusões últimas, sobre o alcance do regime estabelecido para as pessoas colectivas internacionais, serão formuladas quando nos ocuparmos destas pessoas colectivas.

B) Principais critérios de determinação da lei pessoal

Para a determinação do estatuto da pessoa colectiva foram formulados diversos critérios, de entre os quais são de mencionar a nacionalidade, a teoria da constituição [incorporation theory], o lugar da sede estatutária, o lugar do centro de exploração e o lugar da sede da administração.

A evolução entretanto verificada, porém, levou a centrar o debate na escolha entre a teoria da constituição e a teoria da sede (da administração)¹⁸⁴.

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

A teoria da constituição é hoje a concepção dominante na maior parte dos sistemas jurídicos. É a concepção tradicionalmente consagrada nos sistemas da família do *Common Law*. Também se encontra acolhida em diversos sistemas da Europa continental, designadamente o suíço, holandês e liechtensteinense¹⁸⁵.

¹⁸³ Ver, com respeito às pessoas colectivas canónicas com sede em Portugal, arts. 1.º, 8.º, 9.º, 10.º e 11.º da Concordata de 2004 e, sobre eles, Rui MOURA RAMOS [2007b: 345 e segs.]. Segundo MOURA RAMOS [349 e segs.], estes preceitos limitam a aplicação do art. 33.º CC em dois planos. Por um lado, na medida em que a personalidade jurídica dessas pessoas colectivas não resulta das regras gerais da nossa lei mas da regular constituição à face do ordenamento canónico e da respectiva notificação ao Estado português ou inscrição em registo do Estado português. Por outro lado, porquanto essas pessoas colectivas se regem não só pelo Direito português mas também pelo Direito canónico nos termos dos arts. 11.º e 12.º da Concordata. O mesmo autor [354-355] entende que o art. 33.º CC já actua sem limitações com respeito às pessoas colectivas canónicas sedeadas fora de Portugal. Sobre o registo de pessoas colectivas religiosas ver DL n.º 134/2003, de 28/6.

¹⁸⁴ Ver LIMA PINHEIRO [1998b I.A.].

¹⁸⁵ 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.

A teoria da constituição, tal como é entendida nos sistemas do *Common Law*, pressupõe claramente que no processo constitutivo intervêm órgãos públicos e que estes órgãos aplicam necessariamente o Direito local. Por conseguinte, é decisivo para esta teoria o lugar em que são praticados os actos que desencadeiam a atribuição da personalidade colectiva.

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 pessoas colectivas, com a intervenção dos seus órgãos, segundo um Direito estrangeiro. Razão por que não vejo utilidade na distinção entre a teoria da constituição e a "tese do lugar da constituição"¹⁸⁶.

Mesmo nos sistemas que seguem, 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 França¹⁸⁷.

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

Abstrai-se, aparentemente, do Direito segundo o qual a pessoa colectiva 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 pessoa colectiva 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.

¹⁸⁶ Cp. RAÚL VENTURA [1977: 463], BAPTISTA MACHADO [1982: 345 n. 1], FERNANDES COSTA [1984: 191] e MARQUES DOS SANTOS [1987: 249].

¹⁸⁷ Ver referências em LIMA PINHEIRO [1998b n. 24]. O *Deutsches Rat für Internationales Privatrecht* propôs em 2006 ("Vorschlag für eine Regelung des Internationalen Gesellschaftsrechts auf europäischer/nationaler Ebene" [RIW 52 (2006) 1] a adopção da teoria da constituição ao nível europeu e ao nível do Direito interno alemão (competência da lei do Estado em que as pessoas colectivas estão inscritas num registo público e da lei do Estado segundo o qual estão organizados os entes que não estão inscritos num registo público).

Isto tem duas consequências.

Primeiro, se a pessoa colectiva 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 pessoa colectiva não se encontra regularmente constituída. Com efeito, mesmo que o conteúdo do acto constitutivo ou 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 pessoa colectiva 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 pessoa colectiva perante o Direito da sede anterior e a constituição de uma nova pessoa colectiva segundo o Direito da nova sede¹⁸⁸. Esta consequência, gravemente lesiva dos interesses da pessoa colectiva e dos seus membros, foi posteriormente atenuada, como adiante se assinalará.

A *determinação da sede da administração* pode suscitar dificuldades.

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 membros são realizadas¹⁸⁹.

¹⁸⁸ Cf. MACHADO VILLELA [1921: I 236] e RABEL/DROBNIG [1960: 39].

¹⁸⁹ Cf. RABEL/DROBNIG [1960: 41]; BATIFFOL/LAGARDE [1993: 335 e 339]; ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO [1971: 40]; FERRER CORREIA [1973: 111 e 2000: 86] (relativamente à nacionalidade das pessoas colectivas); BALLARINO [1999: 363]; MARQUES DOS SANTOS [1985: 65 e seg.] (relativamente à atribuição da nacionalidade).

Para uma parte importante da doutrina devem ser tidos em conta não só os órgãos de direcção mas também os órgãos de fiscalização ou de controlo – cf. BATIFFOL/LAGARDE [loc. cit.]; KEGEL/SCHURIG [2004: 576]; ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO [loc. cit.]; e, FERRER CORREIA [loc. cit.] (relativamente à nacionalidade das pessoas colectivas). Mas não parece oferecer dúvida que é mais importante o lugar onde se reúnem os órgãos de direcção.

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 final¹⁹⁰. Relativamente a alguns tipos de pessoas colectivas 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 superior de decisão 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 constituição da filial. Isto teria assiduamente por consequência a irregularidade da filial, por não terem sido observados os requisitos de constituição estabelecidos pelo Direito da sede da sociedade-mãe. Mas, segundo a concepção mais comum, a maioria das filiais tem a sua própria sede, no sentido da teoria da sede¹⁹¹. Ora, para se chegar a este resultado, tem de se partir de um conceito de sede da administração diferente.

Vem assim a entender-se por sede da administração o *lugar onde as decisões fundamentais da direcção são convertidas em actos de administração corrente*. 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”¹⁹².

¹⁹⁰ Cf. BATIFFOL/LAGARDE [1993 n.º 194 n. 6]. Em sentido convergente, MARQUES DOS SANTOS [1987: 126].

¹⁹¹ Cf. BEITZKE [1972: 115], WIEDEMANN [1980: 800], *Staudinger/GROBFELD* [1993: n.ºs 223 e segs.] e KEGEL/SCHURIG [2004: 576].

¹⁹² Ver VAN HECKE [1965: 234]. Este preceito inspirou o art. 40.º/3 da Lei romena sobre a Regulamentação das Relações de Direito Internacional Privado, de 1992.

Com este entendimento não se resolvem, porém, todos os problemas suscitados pela teoria da sede relativamente aos grupos de sociedades. Em certos grupos de sociedades há filiais que não dispõem de uma administração corrente local, que são directamente administradas do estrangeiro. As dificuldades criadas pela teoria da sede às sociedades administradas num país diferente daquele em que se constituíram são neste caso inevitáveis.

Por vezes as sociedades transnacionais dispõem de centros organizados de actividade, distribuídos por vários países, que não constituem pessoas colectivas separadas. Fala-se a este respeito de sucursais, agências e delegações¹⁹³. Estes centros locais de actividade dispõem de órgãos de administração local, mas não têm uma lei pessoal própria. Nestes casos

¹⁹³ Com este fenómeno se relacionam as "formas locais de representação" referidas no art. 13.º C. Soc. Com., e as regras contidas nos arts. 7.º (personalidade judiciária) e 65.º/2 (competência internacional) CPC. O C. Com., nos seus arts. 109.º e 111.º, já revogados, distinguia entre a prática ocasional de actos de comércio e o exercício do comércio por meio de uma sucursal "ou qualquer espécie de representação social" por parte de sociedade de estatuto estrangeiro. Sobre este preceito, ver MACHADO VILLELA [1921: I 253 e 263 e segs.]; ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO [1963: 49 e segs. e 67 e 1971: 28 e segs. e 54 e seg.]. A enumeração do art. 13.º C. Soc. Com. segue de perto a que consta do art. 7.º CPC, com a exclusão das filiais, designação que na legislação mais recente é reservada às sociedades dependentes. No art. 7.º CPC, "Sucursais", "agências", filiais" ou "delegações" são indistintamente consideradas como meros "órgãos locais de administração", que se contrapõem à sua "administração principal", em conformidade com a jurisprudência e a doutrina coevas – cf., designadamente, ac. STJ 10/12/1937 [Col. of. 36: 412], MACHADO VILLELA [1922: II 56] e ALBERTO DOS REIS – "Representação das pessoas colectivas em juízo", *BFDC* (1939) 15: 339-379, 358 e segs. e *Código de Processo Civil Anotado*, vol. I, 3.ª ed., 1948, 26 e segs.: "... a administração da sociedade delega alguns dos seus poderes nesse órgão novo para que ele os exerça dentro de determinado território. Institui-se, pois, um *órgão de administração local*, com os poderes que a administração central lhes cometer." [1939: 359]. Através destes órgãos locais exerce-se a actividade da administração principal; apesar de um maior ou menor grau de descentralização administrativa, aqueles órgãos estão inteiramente subordinados à administração central [1948: 26]. Torna-se assim claro que, nesta matéria, quando se contrapõe "estabelecimento principal" a "sucursal" ou "estabelecimento secundário", não se têm em primeira linha em vista agregados de factores de produção ou conjuntos patrimoniais mas, especificamente, a *realidade orgânica*, de um lado a administração principal, e, do outro, a existência de um órgão local de administração interna e representação externa. Sendo certo que a esta realidade orgânica está indissociavelmente ligada a realização de uma actividade económica, e, que, por conseguinte, numa visão global, cada uma das sucursais ou "estabelecimentos secundários" é uma subunidade de acção económica organizada.

continua ser a relevante a lei do país onde funciona a administração principal.

Por outro lado, a determinação da sede da administração também suscita dificuldades quando as decisões da administração forem tomadas por administradores localizados em diversos países através dos modernos meios de comunicação (designadamente videoconferência). Acresce que a sede da administração não é um elemento de conexão facilmente cognoscível por todos os interessados.

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 vem 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 pacífico¹⁹⁴ –, verifica-se que este critério 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 alemão¹⁹⁵. Mesmo perante estes sistemas é controverso se, e em que medida, a teoria da sede cede perante a teoria da constituição com respeito às “sociedades” comunitárias (*infra* E)¹⁹⁶.

Num estudo dedicado ao Direito Internacional Privado das sociedades procurei demonstrar que as teorias em presença não são alternativas globais para a solução do conjunto de problemas envolvidos e não podem ser comparadas a esse nível¹⁹⁷.

¹⁹⁴ 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 francês são submetidas à lei francesa”. Este preceito foi retomado pelo art. 210-3 do *Code de commerce* e estendido às sociedades civis pelo art. 1837.º/1 do *Code civil*. A bilateralização desta norma unilateral é ponto controverso. Na doutrina pronunciam-se a favor da bilateralização LOUSSOUARN/TROCHU [1997: n.º 4]. A jurisprudência também favorece a bilateralização, embora o seu sentido não seja sempre inequívoco. Em sentido diferente, BATIFFOL/LAGARDE [1993: I 337 e seg.] e MAYER/HEUZÉ [2007: 735 e segs.].

¹⁹⁵ Art. 10.º da Lei austríaca de Direito Internacional Privado e, perante o Direito alemão, na falta de disposição legal, a jurisprudência recente e a doutrina dominante.

¹⁹⁶ Ver, designadamente, KEGEL/SCHURIG [2004: 575-576] e KROPHOLLER [2006: 577 e segs.].

¹⁹⁷ 1998b: II.

Desde logo, não faz sentido colocar em alternativa a teoria da constituição e a teoria da sede no momento da constituição da pessoa colectiva. Neste momento não há sede da administração¹⁹⁸.

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 pessoa colectiva está constituída em conformidade com a lei do respectivo Estado.

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

No que se refere a pessoas colectivas que se constituem com a intervenção de órgãos públicos, a teoria da sede não constitui um critério autónomo, mas uma qualificação da teoria da constituição¹⁹⁹. Como justamente assinalam RABEL, DROBNIG e VISCHER²⁰⁰, a teoria da sede exige, como a teoria da constituição, que a pessoa colectiva se constitua segundo o Direito do país da constituição, mas exige adicionalmente que tenha a sede efectiva no país da constituição²⁰¹.

Com efeito, na constituição destas pessoas colectivas tem sempre de ser observado o Direito do Estado em que se constituem, uma vez que, como atrás se assinalou, 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 pessoa colectiva vem a ser apreciada, *a posteriori*, segundo o Direito da sede da administração, a pessoa colectiva deve estabelecer a sede da administração no Estado em que se constituiu.

Caso o ente colectivo estabeleça a sede da administração num Estado diferente daquele em que se constituiu, a teoria da sede, tal como é tradicionalmente entendida, leva geralmente à negação da sua personalidade jurídica, por não estarem preenchidos os pressupostos que são exigidos pelo Direito da sede para a sua atribuição²⁰².

¹⁹⁸ O ponto é assinalado por RAÚL VENTURA [1977: 472]. Ver também MAYER/HEUZÉ [2007: 733 e segs.].

¹⁹⁹ Cf. BEHRENS [1997: IPR 4].

²⁰⁰ RABEL/DROBNIG [1960: II 38] e VISCHER [1977: 644 e segs.].

²⁰¹ No mesmo sentido, NEUHAUS [1976: 207] e RIGAUX [1989: 97 e segs.].

²⁰² Ver RIGAUX [1989: 100], Staudinger/GROBFELD [1993: n.ºs 53 e segs.], *MünchKomm./EBENROTH* [2.ª ed., 1990: Nach Art. 10 EGBGB 178]; mas o regime aplicável já evoluiu no Direito alemão ver *MünchKomm./KINDLER* [2006: n.ºs 464 e segs., 499 e segs. e

ia da cons-
i colectiva.

e a poste-
xaminado
ei do res-

ontram-se
ção ou a

i a inter-
io autó-
o justa-
exige,
segundo
enha a

pre de
z que,
uição
como
riori,
esta-

tado
adi-
ade
dos

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

A teoria da sede pode nestes casos constituir um critério autónomo de determinação do estatuto do ente colectivo. Para a teoria da sede é indiferente que os entes colectivos 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.

Enfim, regista-se uma tendência importante para introduzir atenuações em ambas as teorias. A teoria da sede tem sido objecto de diversas atenuações, de que darei conta na exposição do Direito de Conflitos vigente na ordem jurídica portuguesa. A teoria da constituição tem sido atenuada seja mediante a atribuição de relevância ao Direito do lugar onde a pessoa colectiva exerce a sua actividade, como se verifica, nos EUA, com a doutrina das “sociedades pseudo-estrangeiras” e com a legislação de alguns Estados²⁰³, seja por via de concessões à teoria da sede, como sucede no Direito suíço²⁰⁴, seja ainda por ambas as vias, como é o caso do Direito italiano²⁰⁵.

De iure condendo, entendo que relativamente aos entes que se constituem, como pessoas colectivas, mediante a intervenção de órgãos públicos, a teoria da constituição serve melhor os interesses da pessoa colectiva e dos membros e não apresenta desvantagens importantes, relativamente à teoria da sede, do ponto de vista dos interesses de terceiros e do comércio jurídico em geral.

Primeiro, na teoria da constituição encontra expressão o *princípio da autonomia privada*. A constituição de pessoas colectivas é expressão da

512]. 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.

²⁰³ Ver, designadamente, LATTY [1955: 138 e segs. e 162 e segs.] e REESE/ROSENBERG/HAY [1990: 1000]. Quanto às legislações estaduais, os casos mais referidos são os de Nova Iorque e da Califórnia.

²⁰⁴ Arts. 154.º e segs. da Lei de Direito Internacional Privado.

²⁰⁵ Art. 25.º da Lei de Reforma do Direito Internacional Privado. A interpretação do art. 25.º/1 desta lei não é, porém, pacífica – cp., designadamente, BALLARINO [1999: 357 e segs.] e SANTA MARIA [in *Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, 1995, Articolo 25: 1039 e segs.].

autonomia negocial e da autonomia associativa e, no que toca às sociedades, é ainda um corolário da liberdade de iniciativa económica privada. Nas relações "privadas" internacionais esta autonomia privada projecta-se num novo plano: o da liberdade de escolha do Estado de constituição da pessoa colectiva. A partir do momento em que se admite a escolha do Estado da constituição, e, por seu intermédio, do Direito da constituição, existe uma razão para defender que a pessoa colectiva deve ser doravante regulada pelo Direito da constituição. Com efeito, a aplicação de outro Direito pode suscitar as maiores dificuldades e conduz, assiduamente, a negar que o ente colectivo se tenha validamente constituído.

Segundo, a teoria da constituição favorece a validade do ente colectivo, evitando as pessoas colectivas "coxas". Com efeito, ela leva a que sejam tratados como pessoas colectivas todos os entes que se tenham validamente constituído como pessoas colectivas num qualquer país. Por certo que a validade do ente colectivo não é um valor em si, que a norma de conflitos deva prosseguir a todo o custo. Mas a validade do ente colectivo corresponde ao interesse do próprio ente, dos seus membros e, até certo ponto, dos seus credores.

Mais em geral, pode dizer-se que a teoria da constituição se mostra *conveniente do ponto de vista dos interesses da pessoa colectiva e dos membros*. A realização dos fins da pessoa colectiva e a sua administração são obviamente facilitadas pela competência do Direito segundo o qual a pessoa colectiva se constituiu.

Quarto, a teoria da constituição promove a *certeza jurídica*, uma vez que o conceito designativo da conexão é inequívoco²⁰⁶. Esta certeza jurídica serve todos os interesses em jogo.

Enfim, a teoria da constituição favorece a *estabilidade e permanência do estatuto da pessoa colectiva*. A pessoa colectiva pode deslocar internacionalmente não só os seus centros de actividade mas também o seu centro de direcção sem que isso implique uma mudança do Direito aplicável.

Os defensores da teoria da sede contrapõem que neste domínio não deve actuar o princípio da autonomia da vontade, porque *estão em primeira linha em causa interesses de terceiros e do comércio jurídico em*

²⁰⁶ O ponto é geralmente reconhecido. Por todos, ver FERRER CORREIA [1973: 110 e 2000: 85] (relativamente à nacionalidade das pessoas colectivas) e BEHRENS [1997: IPR 20].

geral²⁰⁷. A teoria da constituição favorecerá a constituição de pessoas colectivas em países que são “paraísos” do ponto de vista da permissividade do Direito aplicável e (ou) do ponto de vista fiscal, sem que a pessoa colectiva tenha qualquer ligação efectiva à sua esfera sócio-económica²⁰⁸. A “lei da incorporação”, porque pode ser de todo estranha à vida da pessoa colectiva, não tem qualquer título para proteger os interesses do comércio jurídico em que intervenha a pessoa colectiva²⁰⁹.

Nesta crítica importa distinguir dois aspectos.

O primeiro diz respeito à tutela dos interesses de terceiros e do comércio jurídico em geral. Se a competência do Direito da constituição não assegura satisfatoriamente a tutela dos interesses de terceiros e do comércio jurídico, a teoria da sede também não a assegura.

Com efeito, sempre que a pessoa colectiva intervém em mercados internacionais ou actua fora do Estado da sede da administração a aplicação do Direito deste Estado não apresenta nenhuma vantagem relativamente à teoria da constituição no que toca aos *interesses de terceiros e do comércio jurídico em geral*. Os terceiros que entram em contacto com a pessoa colectiva fora do país da sede da administração têm de indagar do lugar da sede da administração, consultar o registo aí organizado e averiguar o conteúdo do Direito aí vigente²¹⁰.

Por conseguinte, a tutela destes interesses tem de passar por conexões especiais, que limitam o estatuto da pessoa colectiva, quer se adopte a teoria da constituição ou a teoria da sede.

Em suma, a argumentação utilizada pelos partidários da teoria da sede é, deste ponto de vista, equivocada.

O segundo aspecto concerne à possibilidade de a pessoa colectiva estar submetida a um Direito especialmente permissivo sem apresentar qualquer laço objectivo com o respectivo Estado. Isto pode corresponder basicamente a duas situações diferentes: a de uma pessoa colectiva “pseudo-estrangeira”, que embora constituída num Estado estrangeiro, desenvolve

²⁰⁷ Já neste sentido, JOSÉ TAVARES – *Sociedades e Empresas Comerciais*, 2.^a ed., Coimbra, 1924, 447 e segs.

²⁰⁸ Ver FERRER CORREIA [1973: 110 e seg. e 2000: 85 e seg.] e BAPTISTA MACHADO [1982: 345]. Trata-se, designadamente, das chamadas “sociedades *offshore*”.

²⁰⁹ Ver BAPTISTA MACHADO [1982: 346].

²¹⁰ Ver também FLORBELA PIRES [2009: 82].

toda a sua actividade no Estado local, ou a de uma pessoa colectiva transnacional, que desenvolve a sua actividade em vários Estados.

A teoria da constituição deve ser limitada com respeito às pessoas colectivas que desenvolvem *toda* a sua actividade num Estado diferente daquele em que se constituíram. Com efeito, o interesse na constituição da pessoa colectiva neste Estado não se afigura tão digno de tutela quanto os interesses de terceiros e a protecção do comércio jurídico, que apontam para a competência do Direito do Estado onde a pessoa colectiva exerce toda a sua actividade.

Ficamos assim limitados às pessoas colectivas transnacionais. A este respeito cabe observar que a teoria da sede também permite, indirectamente, uma escolha do Direito aplicável à pessoa colectiva: a pessoa colectiva pode igualmente constituir-se e fixar a sede da sua administração no Estado cujo Direito seja mais permissivo. Resta o limite colocado pelo instituto da fraude à lei que, em minha opinião, tanto pode actuar em relação à teoria da sede como perante a teoria da constituição²¹¹. A única diferença com a teoria da constituição reside em que a pessoa colectiva tem de ter a sede da administração no Estado em que se constitui. Chegados aqui cabe perguntar se, perante os interesses em jogo, é relevante que a pessoa colectiva tenha ou não a sede da sua administração num “paraíso”.

Não se cuidará aqui do aspecto fiscal, que é alheio ao estatuto pessoal.

²¹¹ O ponto é todavia controverso no que toca à teoria da sede. FERRER CORREIA [1973: 584 e seg. e 2000: 423 e seg.] só admite a actuação da fraude nos casos de internacionalização fictícia da pessoa colectiva através da fixação da sede no estrangeiro. A fraude à lei já não poderia actuar perante a fixação da sede real de uma sociedade que deva exercer a sua actividade em diversos países e/ou com capitais procedentes de diversos países porque a “conexão dada pelo elemento-sede – desde que se trate da sede efectiva das pessoas colectivas e não de uma sede fictícia ou aparente – corresponderá sempre à *conexão hipotizada* pela respectiva norma de conflitos, seja qual for o motivo que tenha induzido as partes a eleger aquela sede...”. RAÚL VENTURA [1977: 468 e seg.] perfilha a mesma opinião [mas cp. 507], embora com argumentos algo diversos. Em sentido contrário, FERNANDES COSTA [1984: 194] admite a actuação da fraude à lei mesmo perante uma sociedade internacional. Este entendimento afigura-se preferível. A competência atribuída ao Direito da sede da administração baseia-se no pressuposto que a sociedade tem o centro de gravidade no Estado da sede da administração. Por isso, há fraude se a sede da administração de uma sociedade que tem o seu centro de gravidade num Estado é estabelecida noutro Estado, para evitar a aplicação de normas imperativas do Estado onde tem o seu centro de gravidade. Isto mesmo que a sociedade desenvolva alguma actividade em mais de um Estado ou tenha mobilizado capitais procedentes de diversos países.

Do ponto de vista da pessoa colectiva e dos seus membros, já vimos que há um interesse na aplicação do Direito da constituição que não depende da localização da sede efectiva no respectivo Estado. Do ponto de vista dos interesses de terceiros e do comércio jurídico em geral é indiferente que a pessoa colectiva tenha a sede da administração no Estado da constituição. Por conseguinte, é irrelevante, perante os interesses em jogo, que a administração da pessoa colectiva esteja ou não sediada no "paraíso".

A prossecução de outras finalidades, designadamente de fins de política económica, não pode ser assegurada pelo estatuto da pessoa colectiva, passando antes pelo desenvolvimento de conexões especiais.

Com base nestas considerações, defendo uma *teoria atenuada da constituição que exclui a aplicação do Direito da constituição às pessoas colectivas pseudo-estrangeiras e admite conexões especiais bem delimitadas com o Direito do Estado onde a pessoa colectiva desenvolve a sua actividade e com o Direito de outros Estados onde a pessoa colectiva celebra negócios jurídicos*.

Entende-se aqui por *pessoa colectiva pseudo-estrangeira* aquela que exercendo toda a sua actividade num determinado Estado, se constitui num Estado diferente. Esta pessoa colectiva deve ficar submetida ao Direito do Estado em que exerce a sua actividade.

As *conexões especializadas* com o Direito do Estado onde a pessoa colectiva desenvolve a sua actividade criam algumas dificuldades à realização de uma actividade transnacional. Elas vêm a traduzir-se numa aplicação cumulativa das normas do estatuto da pessoa colectiva e das normas do Estado onde a pessoa colectiva desenvolve a sua actividade. Por conseguinte, não se deve favorecer a sobreposição de um vasto conjunto de normas do Estado da actividade. As conexões especiais devem ser limitadas ao mínimo indispensável para a tutela dos interesses de terceiros e do comércio jurídico em geral, mediante uma ponderação dos valores em presença.

A protecção de terceiros pode em vasta medida ser assegurada por normas de Direito material especial prescrevendo o estabelecimento de representações permanentes de pessoas colectivas de estatuto pessoal estrangeiro, e sujeição a registo, nos Estados onde a sua actividade é exercida, e por uma conexão especial em matéria de "capacidade" com o Estado onde são celebrados negócios jurídicos (que é, na maior parte dos casos, um Estado onde a actividade da pessoa colectiva é exercida).

No Direito vigente, apenas as sociedades de estatuto pessoal estrangeiro que desejem exercer em Portugal a sua actividade por mais de um

ano estão obrigadas a estabelecer uma representação permanente e sujeitas a registo (*infra* F). Entendo que estas exigências deveriam ser formuladas para o exercício de qualquer actividade em Portugal, ainda que de curta duração.

Creio também que seria de recuperar a solução contida no § único do art. 111.º C. Com. (revogado pelo DL n.º 262/86, de 2/9, que aprovou o Código das Sociedades Comerciais), por forma a que os gestores das representações locais respondam para com terceiros nos termos previstos pela lei portuguesa para os gerentes, administradores ou directores das sociedades.

A conexão especial em matéria de “capacidade” com o Estado onde a pessoa colectiva celebra negócios jurídicos pode resultar da aplicação analógica de normas relativas à invocação da incapacidade das pessoas singulares (*infra* F). No entanto, por forma a evitar dúvidas e incertezas, é recomendável a formulação de uma norma de conflitos directamente aplicável à tutela do comércio jurídico local perante a “incapacidade” das pessoas colectivas constituídas noutro Estado. No quadro de um sistema conflitual eminentemente bilateral, também se deve atender às normas estrangeiras de protecção de interesses locais que reclamem aplicação, à semelhança do que se verifica com o n.º 3 do art. 28.º CC, por via de uma remissão condicionada ao Direito estrangeiro do lugar da celebração.

Pode pensar-se que a protecção de terceiros reclama ainda outras conexões especiais com o Direito do lugar da actividade, designadamente com respeito à responsabilidade das pessoas que agem por conta da pessoa colectiva para com terceiros, e, no que se refere às sociedades, ao capital mínimo, à realização das entradas, à distribuição de bens aos sócios e aos administradores e à redução de capital. A sobreposição destas normas do Estado da actividade da pessoa colectiva ao Direito da constituição é por certo justificada quando se crie a aparência de uma pessoa colectiva de estatuto nacional²¹². Isto não se verifica, em princípio, quando a pessoa colectiva actua seja através de um centro organizado local, que se encontra devidamente registado, ou a partir de um estabelecimento situado no estrangeiro.

²¹² Em sentido convergente ver *Message concernant une loi fédérale sur le droit international privé*, 178, *Zürcher Kommentar/VISCHER* [Art. 159 n.º 1] e *ZIMMER* [1995: 309 e segs.].

Em último caso, a *reserva de ordem pública internacional* pode permitir afastar o resultado a que conduz o Direito da constituição, quando este se mostrar manifestamente incompatível com normas e princípios fundamentais do Estado português. É o que se pode verificar, por exemplo, quando o Direito da constituição permita a uma sociedade negar completamente a sócios portugueses, ou a sócios estrangeiros residentes ou sedeados em Portugal, o direito à informação, ou considere válidas deliberações que conduzam a um resultado equivalente a um confisco.

Passe-se agora aos *entes colectivos que se constituem sem a intervenção de órgãos públicos*²¹³. Os interesses em jogo são os mesmos, e, por conseguinte, afigura-se preferível a solução que mais se aproxime da teoria da constituição. Esta solução é, a meu ver, a que se encontra consagrada no art. 154.º da Lei federal suíça de Direito Internacional Privado²¹⁴: o ente colectivo deve ser regido pelo Direito por que, por forma externamente visível, se orientou a sua constituição²¹⁵; na impossibilidade de determinar inequivocamente este Direito, ou se este não for externamente reconhecível, deve aplicar-se o Direito do Estado onde se situe a sede da administração.

C) Direito aplicável à constituição

Foi atrás sublinhado que na constituição de pessoas colectivas os órgãos públicos aplicam o Direito local.

²¹³ Ou em que estes órgãos, intervindo apenas na formalização do contrato de sociedade, não aplicam necessariamente o Direito local.

²¹⁴ 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 falem 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.”

²¹⁵ Cf. *Zürcher Kommentar/VISCHER* [Art. 154 n.º 23 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 organizativa ou dos estatutos.

Nos Estados que adoptam a teoria da constituição esta solução decorre naturalmente da norma de conflitos vigente.

Já nos Estados que seguem a teoria da sede não se encontra uma norma de conflitos expressamente formulada que fundamente a prática dos órgãos públicos. Mas não parece oferecer dúvida que os órgãos públicos se consideram vinculados à aplicação do Direito local. Por conseguinte, esta prática evidencia a vigência de uma norma de conflitos implícita ou consuetudinária sobre o Direito aplicável à constituição da pessoa colectiva.

Perante o Direito português, esta conclusão é reforçada pela consideração de outras normas de Direito Internacional Privado das pessoas colectivas, que pressupõem ou estabelecem uma íntima conexão com essa norma de conflitos implícita.

Antes da reforma do Direito das Sociedades de 2006, podia inferir-se do art. 3.º/2 C. Soc. Com. que os contratos de sociedade relativos a sociedades de Direito português tinham de ser celebrados por escritura pública em Portugal. Ora, se era assim, não parecia razoável admitir a celebração por escritura pública realizada em Portugal de um contrato de sociedade que se constituísse segundo um Direito estrangeiro. A reforma de 2006, porém, tornou, em princípio, facultativas as escrituras públicas destes actos.

Mas também das normas sobre registos e publicações parece decorrer que a conservatória do registo comercial aplica necessariamente, aos actos de registo exigidos para a constituição da sociedade em Portugal, o Direito português. Perante o art. 46.º do DL n.º 76-A/2006, de 29/3, a conservatória só tem competência para o registo de sociedades com sede estatutária ou da administração em Portugal. Há uma correspondência entre a competência das conservatórias portuguesas e os títulos de competência do Direito português definidos pelo art. 3.º/1 C. Soc. Com. Tudo indica que se quis atribuir competência para o registo das sociedades que são regidas pelo Direito português. As sociedades que não são regidas pelo Direito português só são sujeitas a obrigações de registo e publicações quando estabeleçam representações permanentes em Portugal e no que se refere aos factos relativos a estas representações e à prestação de contas (cf. arts. 10.º/c e /d, 40.º/2 e 70.º/1/e C. Reg. Com.). Por certo não se teve em conta que no momento do registo do contrato de sociedade, enquanto acto integrado no processo de constituição da sociedade, a sociedade ainda não tem sede da administração. Mas a ideia de base continua de pé: só há lugar a registo do contrato de sociedade, enquanto acto integrado no pro-

cesso de constituição da sociedade, quando a constituição da sociedade é regida pelo Direito português.

Pode pois concluir-se que vigora no Direito português uma norma de conflitos segundo a qual é aplicável à constituição das pessoas colectivas o *Direito do lugar da constituição*, no sentido de Direito do Estado onde são realizados os actos de constituição em que intervêm órgãos públicos.

O ente colectivo pode constituir-se segundo um Direito que não exija a intervenção de órgãos públicos. No caso de entes colectivos que, segundo as concepções dominantes, não têm personalidade jurídica, também é concebível que a intervenção de órgãos públicos se possa limitar à formalização do acto constitutivo ou contrato de sociedade e não implique, necessariamente, a aplicação do Direito local²¹⁶. Em qualquer destas hipóteses, o ente colectivo constitui-se com a celebração do acto constitutivo ou contrato de sociedade. O Direito aplicável à constituição é, nestes casos, o Direito regulador do acto constitutivo ou do contrato de sociedade.

Naturalmente que se for previsível que a sede da administração venha a ser estabelecida num Estado que adopte a teoria da sede, os membros fundadores terão todo o interesse em constituir o ente colectivo segundo o Direito deste Estado²¹⁷. Mas isto em nada altera as regras enunciadas anteriormente. O lugar da futura sede da administração dificilmente pode constituir o elemento de conexão relevante, porque não representa um laço objectivo no momento da constituição, mas uma mera intenção ou juízo de probabilidade dos membros fundadores. Isto é particularmente claro nos casos em que, no momento da constituição, ainda não existe uma intenção clara sobre o lugar onde será estabelecida a sede da administração, ou em que, existindo esta intenção, ela vem a ser alterada antes do início da actividade do ente colectivo. Enquanto não se estabelecer a sede da administração não há nenhuma razão para contestar a válida constituição do ente segundo o Direito do lugar de constituição (no caso de pessoas colectivas constituídas com intervenção de órgãos públicos) ou segundo o Direito

²¹⁶ Por exemplo, quando o contrato de uma sociedade civil deva ser celebrado por escritura pública, perante o art. 981.º CC.

²¹⁷ Para RAÚL VENTURA [1977: 473] a solução está em entender, "como implícito" no art. 33.º/1, que a sociedade tem como lei pessoal a lei do Estado em que é fixada a sede estatutária, enquanto não houver uma sede efectiva. Isto decorre da clara preferência do autor pelo critério da sede estatutária relativamente ao critério da constituição.

regulador do acordo constitutivo ou do contrato de sociedade (relativamente a outros entes colectivos).

Estas soluções não colidem com a teoria da sede, uma vez que a teoria da sede não fornece uma resposta para o problema do Direito aplicável à constituição da pessoa colectiva. O legislador português parece reconhecer-lo quando não inclui a constituição da pessoa colectiva entre as matérias que integram o âmbito de aplicação do Direito da sede, enumeradas no n.º 2 do art. 33.º.

Poderá o ente colectivo constituído segundo um Direito estrangeiro estabelecer a primeira sede da administração em Portugal? Creio que a resposta é afirmativa, pelo menos quanto às sociedades e às associações.

Se a sociedade pode transferir a sede da administração para Portugal, mantendo a sede estatutária no estrangeiro (*infra* I), não se vê razão para não poder estabelecer desde o início a sede da sua administração no nosso país. Esta hipótese é abrangida pela previsão do n.º 2 do art. 46.º do DL n.º 76-A/2006. Este preceito atribui competência para o registo de pessoas colectivas “de tipo correspondente a qualquer dos abrangidos pelo Código do Registo Comercial com sede estatutária no estrangeiro, mas que tenham em Portugal a sede principal e efectiva da sua administração”. A redacção deste preceito indica claramente que se têm em vista sociedades constituídas segundo um Direito estrangeiro. O legislador pressupõe que a sociedade se constituiu segundo o Direito da sede estatutária e começou a funcionar, estabelecendo a sede da administração em Portugal ou transferindo-a para o nosso país.

Mas devem ser aplicadas analogicamente as disposições que regulam a transferência da sede da administração para Portugal. O estabelecimento da sede da administração em Portugal deve ser permitido, sem prejuízo para a personalidade jurídica da sociedade, pelo Direito da constituição, e tem de ser respeitada, com as devidas adaptações, a exigência estabelecida pelo n.º 3 do art. 3.º C. Soc. Com.

O mesmo se diga relativamente às associações. A associação constituída no estrangeiro pode estabelecer desde o início a sede da administração em Portugal, sem prejuízo para a sua personalidade jurídica, mas devem ser satisfeitas as exigências estabelecidas para a transferência da sede da administração para Portugal (*infra* I).

Quando a pessoa colectiva se constitui com a intervenção de órgãos públicos, a questão do Direito aplicável ao acto constitutivo ou ao contrato

de sociedade não é geralmente autonomizada. Quer isto dizer que, normalmente, o acto constitutivo ou contrato de sociedade é apreciado segundo o Direito aplicável à constituição que é, como ficou assinalado, o Direito do lugar da constituição.

Mas será necessariamente assim? A questão tem sido discutida em relação ao contrato de sociedade²¹⁸. A tese dominante parte do princípio que o contrato de sociedade está submetido à lei pessoal da sociedade²¹⁹. Mas a tese contrária – segundo a qual o contrato de sociedade está submetido ao Direito designado pelas normas de conflitos reguladoras das obrigações voluntárias – foi seguida em Itália pela doutrina tradicional²²⁰, encontra defensores entre os autores suíços (designadamente VISCHER e VON PLANTA)²²¹, conta, entre nós, com o apoio de BAPTISTA MACHADO²²².

Pelas razões expostas noutro lugar²²³, considero preferível esta segunda tese. E creio que ela deve valer também, com as devidas adaptações, para os negócios constitutivos de outras pessoas colectivas *que sejam geradores de obrigações*²²⁴. Mas importa introduzir-lhe algumas precisões.

O domínio de aplicação da lei reguladora do negócio constitutivo abrange todas as questões relativas à *formação e validade do negócio* que não sejam objecto de conexões especiais, bem como às *obrigações geradas*

²¹⁸ Relativamente aos acordos parassociais ver RAÚL VENTURA – *Estudos Vários sobre Sociedades Anónimas*, Coimbra, 1992, 34 e seg. e LIMA PINHEIRO [1998a: 1061-1062 e 1227] com mais referências.

²¹⁹ Cf. ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO [1963: 51]; BATIFFOL/LAGARDE [1983: 299 n.º 586 n. 4]; Soergel/LÜDERITZ [1996: n.º 24]; Staudinger/GROSFELD [1993: n.ºs 245 e segs.]; BEHRENS [1997: IPR 28]. Cp. RAÚL VENTURA [1977: 487 e segs.].

²²⁰ Cf. Giancarlo VENTURINI – *Diritto Internazionale Privato – Diritti Reali ed Obbligazioni*, Pádua, 1956, 117 e 174 e Edoardo VITTA – *Diritto internazionale privato*, vol. II, Turim, 1973, 93 e segs.]. Resta saber até que ponto esta doutrina poderá ser mantida perante o art. 25.º da Lei de Direito Internacional Privado de 1995, que submete a constituição do ente à sua lei pessoal, sem formular qualquer excepção com respeito ao contrato de sociedade. Cp. Tito BALLARINO – “La Convenzione di Roma del 1980 sulle obbligazioni contrattuali e le società commerciali”, *Rivista del notariato* 47 (1993) 1-14, 1 e segs. e 4 e seg.; Id. [1996: 362 e seg.] e Alberto SANTA MARIA – “Società (dir. internaz.)”, in *Enc. dir.*, vol. XLII, 1990, n.ºs 2 e 3].

²²¹ Frank VISCHER e Andreas VON PLANTA – *Internationales Privatrecht*, 2.ª ed., Basileia, 1982, 183. Cp. *Zürcher Kommentar/VISCHER* [Art. 155 n.º 5].

²²² Cf. 1982: 147 n. 1.

²²³ LIMA PINHEIRO [1998a: 1045 e segs. e 1998b: III.B]. Ver ainda as considerações tecidas por PAIS DE VASCONCELOS [1989: 44 e seg.].

²²⁴ Parece igualmente claro que o testamento instituidor de uma fundação continua submetido ao seu próprio estatuto.

pelo negócio. No entanto, no que toca às pessoas colectivas constituídas com a intervenção de órgãos públicos, deve entender-se que as normas imperativas relativas ao contrato de sociedade integram o estatuto da constituição e não o estatuto do negócio. Por conseguinte, serão aplicáveis as normas imperativas relativas ao contrato de sociedade que vigorem no Direito do lugar da constituição²²⁵. Para além disso, a lei reguladora do negócio é a exclusivamente aplicável à *interpretação e à integração* do mesmo.

Quanto ao Direito de Conflitos aplicável ao negócio constitutivo é necessário distinguir.

A Convenção de Roma sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contractuais só abrange os negócios constitutivos que tenham carácter contratual e quando o ente colectivo não seja considerado, pela lei que seria competente para definir o seu estatuto institucional, como uma realidade assimilável a uma pessoa colectiva²²⁶.

O Regulamento Roma I exclui do seu âmbito de aplicação as “questões reguladas pelo direito das sociedades e pelo direito aplicável a outras entidades dotadas ou não de personalidade jurídica, tais como a constituição, através de registo ou por outro meio, ...” (art. 1.º/2/f). Esta formulação pode ser interpretada no sentido da exclusão dos negócios constitutivos de todos os entes com organização externa que sejam regulados enquanto tal pela lei competente para definir o seu estatuto institucional.

Aos outros negócios constitutivos, geradores de obrigações, e que não estejam submetidos a um estatuto especial, aplicam-se as normas de conflitos internas reguladoras das obrigações voluntárias (arts. 41.º e 42.º CC).

Na sua redacção primitiva, o art. 3.º/3 C. Soc. Com. obrigava a sociedade comercial que transfira a sua sede da administração para Portugal a outorgar aqui escritura pública. Esta exigência só se compreendia se as escrituras relativas às sociedades regidas pelo Direito português tivessem de ser feitas em Portugal. Com efeito, não faria sentido exigir à sociedade que transfere a sede da administração para Portugal que outorgasse uma escritura em Portugal quando o contrato de sociedade que se constitui segundo o Direito português e estabelece a sede da administração em Portugal pudesse ser celebrado ou alterado mediante escritura celebrada no estrangeiro. No mesmo sentido apontava o art. 3.º/4 quando mandava aplicar aos actos previstos no número anterior “as disposições legais sobre o registo e publica-

²²⁵ Naturalmente que os efeitos da invalidade do negócio sobre o ente colectivo ficarão dependentes da sua lei pessoal.

²²⁶ Ver LIMA PINHEIRO [1998b: III.C].

ção de contratos de sociedade celebrados em Portugal". Caso se admitisse, de acordo com o anteriormente exposto, que estas disposições legais só são aplicáveis às sociedades de Direito português, este preceito indicava que os respectivos contratos de sociedade eram necessariamente celebrados em Portugal.

O que resultava daqui não era uma exigência de determinada forma, ainda que o acto seja celebrado no estrangeiro²²⁷, mas a obrigatoriedade de o acto ser celebrado em Portugal, na forma prescrita pela lei portuguesa.

Na redacção dada pelo DL n.º 76-A/2006, de 29/3, o art. 3.º/3 exige apenas que um representante da sociedade promova o registo do contrato pelo qual a sociedade passa a reger-se e o preceito do n.º 4 foi revogado. Além disso, este diploma tornou, em princípio, facultativas as escrituras públicas relativas a actos da vida das sociedades, não fazendo sentido exigir que estas escrituras facultativas sejam realizadas em Portugal.

D) *Direito aplicável ao estatuto pessoal*

O art. 33.º/1 CC determina que a pessoa colectiva tem como lei pessoal a lei do Estado onde se encontra situada a sede principal e efectiva da administração.

Este preceito consagra plenamente a teoria da sede, embora atenuada pela possibilidade de manutenção da personalidade jurídica em caso de transferência internacional da sede (*infra* I).

Quanto à determinação da sede principal e efectiva da administração dão-se aqui por reproduzidas as considerações anteriormente tecidas (*supra* B).

O art. 33.º não distingue entre as diferentes categorias de pessoas colectivas estaduais.

Todavia, deve entender-se que as pessoas colectivas de Direito público não são abrangidas por este preceito. Quanto ao Estado, às Regiões Autónomas, às autarquias locais e aos institutos públicos, designadamente, não faz sentido falar da sede efectiva da sua administração.

Para estas pessoas colectivas terá de valer a teoria da constituição: o seu estatuto pessoal é regido pela lei que as gerou.

²²⁷ Entendimento perfilhado pela Relação do Porto, no ac. de 12/7/1994 [CJ (1994-IV) 184] e pelo STJ, no ac. de 3/10/1995 [BMJ 450: 508], seguindo o parecer da Direcção-Geral dos Registos e Notariado de 8/7/1992.

No que toca às *personas colectivas de Direito privado*, até à entrada em vigor do C. Soc. Com. foi questão controversa a de saber se as sociedades comerciais estavam sujeitas ao disposto no art. 33.º CC²²⁸.

Esta questão deve ter-se por ultrapassada à face do art. 3.º C. Soc. Com., que aplica às sociedades comerciais as regras gerais do art. 33.º CC²²⁹, com a especialidade resultante da relevância concedida à sede estatutária. Portanto, o Direito da sede da administração releva hoje, em princípio, para a definição do estatuto pessoal de todas as *personas colectivas* estaduais de Direito privado²³⁰.

O legislador, porém, não se ficou por aqui, acrescentando uma segunda parte ao n.º 1 do art. 3.º C. Soc. Com. que impede a sociedade que tenha em Portugal a sede estatutária de opor a terceiros a lei estrangeira da sede da administração.

Antes de estudarmos este desvio introduzido, em matéria de sociedades comerciais, à teoria da sede, convirá examinar, num plano geral, a articulação entre a sede da administração e a sede estatutária.

Relativamente às *personas colectivas* que se constituem com a intervenção de órgãos públicos, a teoria da sede é, como atrás sublinhei, uma mera qualificação da teoria da constituição, por força da qual a *persona colectiva* deve ter a sede da administração no país em que se constituiu. Como, normalmente, a sede estatutária se situa no país da constituição,

²²⁸ A favor da diferenciação, ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO [1971: 61 e seg.], PEREIRA DE ALMEIDA [1981: 118 e segs.] e PAIS DE VASCONCELOS [1989: 47 e seg.]; contra, FERRER CORREIA [1975: 165 e segs.] e BAPTISTA MACHADO [1982: 344 e segs.].

²²⁹ Nem as disposições sobre registo fornecem hoje apoio jurídico-positivo à tese contrária. A obrigação de registo das representações permanentes de sociedades “estrangeiras” resulta desde logo do n.º 1 do art. 4.º C. Soc. Com. Este preceito não se reporta às “sociedades legalmente constituídas em país estrangeiro”, como fazia o art. 111.º C. Com., mas à “sociedade que não tenha a sede efectiva em Portugal”. O Regulamento aprovado pelo Dec. n.º 42 645 foi revogado pelo DL n.º 403/86, de 3/12, que aprovou o novo C. Reg. Com. Nem este diploma, nem os Regulamentos aprovados pela Port. n.º 883/89, de 13/10, e pela Port. n.º 657-A/2006, de 29/6, contêm preceito semelhante ao do 48.º do Regulamento anterior. O art. 40.º/2 do C. Reg. Com., na sua versão primitiva, ainda evocava o art. 111.º C. Com., ao reportar-se às “sociedades constituídas no estrangeiro”. Mas com a redacção introduzida pelo DL n.º 31/93, de 12/2, este preceito passou a referir-se às “sociedades com sede principal e efectiva no estrangeiro”.

²³⁰ Cp. as reservas formuladas por PAIS DE VASCONCELOS [1989: 51 e seg.], com base na ideia segundo a qual, perante o C. Soc. Com., a sede da administração deveria coincidir com a sede estatutária.

Isto significa que, relativamente a estas pessoas colectivas, a teoria da sede postula que, em princípio, há coincidência entre o lugar da sede estatutária e o lugar da sede da administração.

Isto justifica uma presunção de que a sociedade tem a sede da administração no Estado da sede estatutária²³¹. Por força desta presunção, na falta de demonstração de que a sede da administração se situe noutro Estado, é aplicável o Direito da sede estatutária que coincide, como se assinalou, com o Direito da constituição.

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

Com respeito às *sociedades comerciais*, como já se assinalou, o legislador fez uma concessão à sede estatutária para tutela de terceiros: nos termos da 2.ª parte do n.º 1 do art. 3.º C. Soc. Com., 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.

A solução retida pela lei portuguesa é claramente inspirada na lei francesa²³². 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 real²³³.

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 estatutária²³⁴.

²³¹ Neste sentido, ac. da *cassation* francesa *Cass. Ass. plén.* 21/11/90 [*R. crit.* 1992: 70], *Soergel/LÜDERITZ* [1996: n.º 9] e *BEHRENS* [1997: IPR 4 n. 15]; contra, *KEGEL/SCHURIG* [2004: 574]. A posição defendida no texto obteve a adesão de *FLORBELA PIRES* [2001: 194].

²³² Art. 3.º/2 da Lei n.º 66-537, de 24/7, retomado pelo art. 210-3 do *Code de commerce* e estendido às sociedades civis pelo art. 1837.º/2 do *Code civil*, com a redacção dada pela Lei n.º 78-9, de 4/1/1978.

²³³ Cf. *BATIFFOL/LAGARDE* [1993: 338] e *MAYER/HEUZÉ* [2007: 736].

²³⁴ 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* [1996: Anh. Art. 10 n.º 9].

Mas já pode suscitar dúvidas que o art. 3.º/1 CSC estabeleça uma verdadeira conexão optativa, por via da qual os terceiros tenham a faculdade de optar entre o Direito estrangeiro da sede da administração e o Direito português da sede estatutária²³⁵. Enquanto a redacção dos preceitos franceses parece apontar para uma conexão optativa, o art. 3.º/1/2.ª parte CSC 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 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.

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 estes terceiros também não poderão invocar o Direito da sede da administração, ainda que este seja mais favorável aos seus interesses.

A hipótese mais frequente 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.

Uma outra hipótese que ocorre mencionar é a de contratos entre filiais de sociedades transnacionais, que sejam celebrados na sequência de

²³⁵ No sentido de se tratar de uma conexão optativa, MARQUES DOS SANTOS [1987: 67, 128 e seg. e 253]; ver também MENEZES CORDEIRO [2007: 187]; em sentido diferente, PAIS DE VASCONCELOS [1989: 49 e segs.].

contactos entre as sociedades-mães, quando as filiais sejam efectivamente administradas no Estado em que se situa a sede estatutária e o centro superior de decisão da sociedade-mãe, por forma reconhecível pelos outros operadores do comércio internacional. O mesmo se diga de contratos entre uma sociedade transnacional e uma filial integrada num grupo transnacional de sociedades, após contactos com a respectiva sociedade-mãe, quando se verifiquem as mesmas circunstâncias.

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 essa averiguação pode introduzir na determinação do Direito aplicável à sociedade nas relações externas.

Atendendo à presunção de que a sociedade tem a sede da administração no Estado da sede estatutária e à relevância concedida à sede estatutária, pode dizer-se que a sociedade está, em princípio, submetida ao Direito do Estado onde se constituiu e fixou a sede estatutária. O ponto de partida é a teoria da constituição.

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

Nas relações externas, o Direito português da sede estatutária só é afastado caso se demonstre, adicionalmente, que os terceiros em causa devem contar com a competência do Direito da sede da administração.

A regra da competência do Direito da sede da administração é adicionalmente limitada, com respeito às "sociedades" comunitárias que pretendam exercer o direito de estabelecimento ou a liberdade de prestação de serviços em Portugal, nos termos adiante expostos (E).

A segunda parte do art. 3.º/1 CSC só confere relevância à sede estatutária em Portugal. Quererá isto dizer que se a sociedade tiver a sede estatutária no estrangeiro o Direito aplicável às relações externas é o Direito da sede da administração mesmo que os terceiros em causa não devam contar com a sua competência? A resposta a esta questão depende da posição que se tome relativamente à bilateralização da segunda parte do art. 3.º/1. Esta questão divide a doutrina. MOURA RAMOS e MARQUES DOS SANTOS entendem que não é bilateralizável²³⁶, ao passo que FERRER COR-

²³⁶ MOURA RAMOS [1987a: 31] e MARQUES DOS SANTOS [1987: 128 e 252].

REIA parece admitir a bilateralização²³⁷. Sendo o fundamento da solução a tutela da confiança de terceiros – e não, quiçá, uma protecção de interesses nacionais perante interesses estrangeiros – não há obstáculo à bilateralização²³⁸.

Por via desta bilateralização, o Direito da sede da administração só é aplicável às relações externas nos casos em que, tendo sido demonstrado que a sede da administração está situada fora do Estado da sede estatutária, os terceiros em causa devam contar com a competência do Direito da sede da administração.

Acrescente-se que não tenho notícia de nenhuma decisão judicial portuguesa que tenha aplicado o Direito da sede da administração em detrimento do Direito da sede estatutária²³⁹.

Deve entender-se que o Direito de Conflitos especial das sociedades comerciais é aplicável às pessoas colectivas que se constituam com a intervenção de órgãos públicos, desenvolvam uma actividade que seja de qualificar como comercial perante o Direito material português e apresentem um contacto relevante com um Estado estrangeiro²⁴⁰. No caso de pessoas colectivas que se constituíram no estrangeiro a aplicação do art. 3.º C. Soc. Com. não pressupõe que correspondam a um dos tipos de sociedade comercial previstos pela lei portuguesa.

A sujeição das associações, fundações e sociedades civis com organização externa à regra de conflitos do art. 33.º/1 CC não tem oferecido dúvida. Isto apesar de o DL n.º 594/74, de 7/11, conter uma norma que claramente aponta para a teoria da constituição quanto às associações constituídas em país estrangeiro (art. 14.º) e de o art. 5.º dos Acordos Especiais entre Portugal e Cabo Verde e entre Portugal e a Guiné-Bissau Reguladores do Estatuto de Pessoas e Regime dos Seus Bens consagrar a teoria da

²³⁷ Cf. 1987/1988: n.º 3762, n. final, p. 270.

²³⁸ Esta opinião é sufragada por FLORBELA PIRES [2001: 196] e MOURA VICENTE [2005: 108 n. 47]. Este segundo autor, porém, condiciona a bilateralização à consagração de uma regra idêntica à do art. 3.º/1 pela lei da sede estatutária.

²³⁹ As decisões RPt, de 12/7/1994, *CJ* (1994-IV) 184, e STJ, de 3/10/1995, *BMJ* 450: 508, não se ocupam da determinação da sede da administração da sociedade. A RPt limita-se a verificar que a sociedade “se constituiu e sempre se regeu pela lei portuguesa”, formulação que evoca a teoria da constituição. O STJ não aplica a lei portuguesa enquanto lei da sede efectiva da administração, mas, aparentemente, enquanto lei da sede estatutária, nos termos do art. 3.º/1/2.ª parte CSC.

²⁴⁰ Ver, com mais desenvolvimento, LIMA PINHEIRO [1998b: V.D].

constituição quanto ao reconhecimento das fundações e associações constituídas no território de uma das partes contratantes.

O estabelecimento individual de responsabilidade limitada (EIRL), tal como é conformado pelo DL n.º 248/86, de 25/8, não tem uma personalidade jurídica distinta da do seu titular, mas é uma empresa que intervém, com identidade própria, na vida económica e que goza de autonomia patrimonial²⁴¹.

O art. 36.º do DL n.º 248/86 contém uma norma de conflitos unilateral, segundo a qual o regime nele contido é aplicável aos EIRL que se constituam e tenham sede principal e efectiva em Portugal.

Tem-se entendido que do art. 36.º do DL n.º 248/86 resulta uma auto-limitação espacial das normas materiais contidas neste diploma, que não obsta à aplicação da lei estrangeira que admita uma instituição similar, por força da aplicação analógica da norma de conflitos geral (art. 33.º/1 CC)²⁴².

Mas não é exactamente isto que, a meu ver, se verifica. Uma análise das várias hipóteses que se podem configurar mostra que o art. 36.º se conforma com a norma de conflitos do art. 33.º/1.

Se o EIRL se constituiu segundo o Direito de um Estado estrangeiro e tem sede efectiva neste Estado, o seu estatuto será definido pelo Direito deste Estado, por aplicação analógica do art. 33.º/1.

Quanto aos EIRL constituídos em Portugal segundo a lei portuguesa que transfiram a sua sede efectiva para o estrangeiro, há que aplicar analogicamente o art. 33.º/3: o EIRL só não entra em liquidação se a lei portuguesa e a lei da nova sede efectiva admitirem a sua persistência. Como perante a lei portuguesa a transferência de sede não é causa de liquidação, o EIRL ficará submetido à lei da nova sede efectiva se esta admitir a sua persistência.

Já suscita maiores dificuldades o caso do EIRL com sede efectiva em Portugal que não tenha sido constituído em Portugal segundo a lei portuguesa. O art. 36.º do DL n.º 248/86 poderá ter o sentido de obrigar todos os EIRL ou entes semelhantes que queiram estabelecer sede efectiva em Portugal à constituição segundo a lei portuguesa. O ente com sede efectiva em Portugal que não se tenha constituído segundo a lei portuguesa seria então

²⁴¹ Cf. José de OLIVEIRA ASCENSÃO – “Estabelecimento comercial e estabelecimento individual de responsabilidade limitada”, in *Novas Perspectivas do Direito Comercial*, 33-56, Coimbra, 1988, 42.

²⁴² Cf. MOURA RAMOS [1987a: 33 e 1991: 640 e seg.], FERRER CORREIA [1987/1988: n.º 3762 n. final, p. 270] e MARQUES DOS SANTOS [1991: 868 e segs.] e *Direito Internacional Privado. Introdução* – I Volume, Lisboa, 2001, 267 e segs.

considerado inexistente. No entanto, quando o art. 46.º/2 do DL n.º 76-A/2006, de 29/3, se refere ao registo de “estabelecimentos de tipo correspondente a qualquer dos abrangidos pelo Código de Registo Comercial com sede estatutária no estrangeiro, mas que tenham em Portugal a sede efectiva principal e efectiva da sua administração”, parece reportar-se a entes semelhantes ao EIRL que se tenham constituído no estrangeiro segundo lei estrangeira.

E) “Sociedades” comunitárias

Tem sido discutido se o direito de estabelecimento atribuído pelo Direito Comunitário implica que cada Estado-Membro deve aplicar às “sociedades” comunitárias (na acepção ampla do art. 48.º do Tratado da Comunidade Europeia) o Direito da sua constituição.

A doutrina dominante começou por responder negativamente. Dos arts. 43.º e segs. do Tratado da Comunidade Europeia não decorre qualquer consequência quanto ao estatuto pessoal das sociedades, porquanto, segundo o art. 293.º, a regulação desta matéria é reservada a uma Convenção internacional²⁴³. Também o TCE, no caso *Daily Mail* (1988)²⁴⁴, entendeu que até à conclusão de uma Convenção de reconhecimento entre os Estados-Membros ou outra regulação comunitária desta matéria o Direito Comunitário não coloca condicionamentos aos Direitos de Conflitos nacionais na determinação do estatuto pessoal das sociedades.

Neste caso, a recorrente argumentava que o art. 58.º do Tratado da Comunidade Europeia (actual art. 48.º) confere às sociedades comunitárias o direito de se estabelecerem, a título principal, num Estado-Membro diferente e que a transferência da administração de uma sociedade para outro Estado-Membro significa o estabelecimento dessa sociedade no Estado-Membro em questão. Pelo contrário, o Reino Unido sustentava que as disposições do Tratado não conferem às sociedades um direito genérico à mudança da sede da sua administração de um Estado-Membro para

²⁴³ Cf. WIEDEMANN [1980: 793 e seg.]; EBENROTH/AUER [1994: 16-27]; BADIALI [1985: 107]; *Staudinger/GROBFELD* [1993 n.º 115]; GROBFELD/KÖNIG [1992: 433-440]; GONZALEZ CAMPOS/CALVO CARAVACA [1995: 85]; SONNENBERGER [1996: 10 e 20]; BALLARINO [1999: 358].

²⁴⁴ Cf. ac. 27/9/1988, *CTCE* (1988-8) 5483.

outro, assinalando que a instalação da direcção num Estado-Membro não implica necessariamente, por si só, uma actividade económica real e efectiva no território deste Estado-Membro, não podendo, por conseguinte, ser considerada um estabelecimento, na acepção do artigo 52.º do Tratado (actual art. 43.º).

O TCE acolhe, no essencial, a posição do Reino Unido, chamando a atenção para a diferença entre o exercício do direito de estabelecimento e a localização da sede da administração²⁴⁵. Daí que o tribunal entenda que o problema da transferência da sede, social ou real, não é resolvido pelas normas sobre o direito de estabelecimento²⁴⁶ e que os arts. 43.º e 48.º do Tratado “devem ser interpretados no sentido de que, no estágio actual do direito comunitário, não conferem a uma sociedade constituída em conformidade com a legislação de um Estado-membro, e que neste tenha a sua sede social, o direito de transferir a sede da sua administração para outro Estado-membro”.

A posição contrária teve desde o início defensores de peso²⁴⁷. Esta posição faz valer que para reconhecer a existência de uma “sociedade” comunitária um Estado-Membro tem necessariamente de aplicar a lei do Estado-Membro segundo a qual a sociedade se constituiu. O reconhecimento de uma “sociedade” comunitária que se constituiu segundo a lei de um Estado-Membro não poderia ser negado com base na sua invalidade perante a lei da sede da administração, pelo menos no que toca ao direito de estabelecimento. E se é assim para este efeito também o deve ser para outros, porque perturbaria a harmonia interna tratar a sociedade como válida para este efeito e como inválida para outros efeitos.

Portanto, os Estados-Membros teriam de submeter o estatuto das “sociedades” comunitárias à lei do Estado-Membro segundo a qual se constituíram. Quer isto dizer que a teoria da constituição seria aplicável às sociedades “comunitárias” mesmo nos Estados que submetem as sociedades à lei do Estado em que se situa a sede da administração (teoria da sede), como se verifica, até certo ponto, em Portugal.

²⁴⁵ Cf. n.ºs 17 e 18.

²⁴⁶ N.º 23.

²⁴⁷ Cf. BEHRENS [1988: 501] e [1989]; DROBNIG [1990: 193 e segs.]; RIGAUX [1992: 346 e segs.]. DROBNIG entende que, dado o nexo entre reconhecimento e estatuto da sociedade, a norma de reconhecimento contém a norma de conflitos [194]. Ver ainda decisão TCE no caso *Ubbink Isolatie BV v. Dak- en Wandtechniek BV* (1988) [CTCE (1988) 4665] e CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ [2007b: 92 e segs.].

Embora num primeiro momento me tenha inclinado neste sentido, reflexões ulteriores levaram-me a rever a minha posição.

A personalidade jurídica é uma questão prévia de Direito privado suscitada pelas normas relativas à liberdade de estabelecimento que deve ser apreciada exclusivamente segundo a lei designada pelo Direito de Conflitos do Estado em que se pretenda exercer esta liberdade. Contrariamente ao que poderia sugerir uma primeira leitura, o art. 48.º do Tratado não determina o reconhecimento da personalidade jurídica das sociedades constituídas em conformidade com o Direito de um Estado-Membro²⁴⁸. Esta questão é remetida pelo Tratado para a cooperação intergovernamental e, designadamente, para uma Convenção internacional (art. 293.º). O art. 48.º limita-se a definir a conexão entre a "sociedade" e a Comunidade pressuposta pela atribuição do direito de estabelecimento (à semelhança do que se verifica com o art. 43.º do Tratado, relativamente às pessoas singulares, que atende para o efeito à nacionalidade). Do art. 48.º não resulta a consagração da teoria da constituição em matéria de personalidade jurídica da sociedade, assim como do art. 43.º não decorre qualquer regra sobre a determinação do estatuto pessoal dos indivíduos.

Todavia, com as decisões proferidas nos casos *Centros* (1999)²⁴⁹, *Überseering* (2002)²⁵⁰, *Inspire Art* (2003)²⁵¹ e *Cartesio* (2008)²⁵², o TCE orientou-se no sentido do estabelecimento de uma série de limites à actuação das normas de Direito Internacional Privado em conexão com o exercício do direito de estabelecimento²⁵³. Estes limites actuam com respeito às regras de conflitos que vigorem na ordem jurídica do Estado-Membro em que essas sociedades exercem ou pretendem exercer o direito de estabelecimento.

²⁴⁸ Como pretendem FALLON [1995: 99] e Gérard DRUESNE – *Droit de l'Union européenne et politiques communautaires*, 6.ª ed., Paris, 2001, 187 e seg., que parece interpretar a norma de equiparação contida no art. 48.º/1 do Tratado da Comunidade Europeia como um "sistema de reconhecimento implícito" da existência da personalidade jurídica da sociedade.

²⁴⁹ TCE 9/3/1999, *CTCE* (1999-3) I – 1459.

²⁵⁰ 5/11/2002, in <http://europa.eu.int>.

²⁵¹ 30/9/2003, in <http://europa.eu.int>.

²⁵² 16/12/2008, in <http://europa.eu.int>.

²⁵³ Ver LIMA PINHEIRO [2003: 13 e segs., 2005: 278 e segs.; e 2007: 258 e 274 e segs., com mais referências, a que importa aditar CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ [2007b: 92 e segs.] e MENEZES CORDEIRO [2007: 190 e segs.]. Ver ainda decisão TCE 12/9/2006 no caso *Cadbury* [in <http://curia.europa.eu>] n.º 37.

A viragem do TCE iniciou-se com a decisão proferida no caso *Centros* (1999). Neste caso, o TCE foi confrontado com a situação de uma sociedade formada por dinamarqueses para desenvolver actividade na Dinamarca que se constituiu no Reino Unido por forma a subtrair-se à exigência de capital mínimo formulada pelo Direito dinamarquês para a constituição daquele tipo de sociedade. Depois de se constituir no Reino Unido a sociedade requereu o registo de uma sucursal na Dinamarca. As autoridades dinamarquesas recusaram o registo, alegando que, tratando-se de uma sociedade interna, deveriam ser observadas as normas sobre a constituição de uma sociedade na Dinamarca.

O TCE decidiu que, por força das disposições sobre direito de estabelecimento, um Estado-Membro não pode recusar o registo de uma dita "sucursal" de uma sociedade constituída em conformidade com a legislação de outro Estado-Membro, no qual tem a sede estatutária, mesmo quando segundo o Direito Internacional Privado do primeiro Estado-Membro fossem aplicáveis as suas normas sobre a constituição de uma sociedade, uma vez que se tratava de uma sociedade interna que, em fraude à lei, fora constituída no estrangeiro (uma *sociedade pseudo-estrangeira*).

A aplicação das normas dinamarquesas sobre constituição de uma sociedade foi encarada pelo TCE como uma "restrição" à liberdade de estabelecimento que só poderia ser justificada por "razões de ordem pública", o que não seria o caso.

Segundo a melhor interpretação desta decisão, que a compatibiliza com a proferida no caso *Daily Mail*, ela fundamenta-se numa interpretação autónoma do conceito de "sucursal" utilizado pelo art. 43.º/1.º do Tratado da Comunidade Europeia, e não comporta uma tomada de posição sobre o estatuto pessoal das "sociedades" comunitárias²⁵⁴. De acordo com esta interpretação, o estabelecimento num Estado-Membro de uma sociedade que se constituiu em conformidade com a legislação de outro Estado-Membro e que tem sede social na Comunidade pode ser considerado uma "sucursal" mesmo que a sociedade não desenvolva qualquer actividade no Estado em que se constituiu²⁵⁵.

²⁵⁴ Cf. EBKE [2000: 632 e segs.]. Cp. KIENINGER [1999: 731 e 735].

²⁵⁵ Desta interpretação decorre, por outro lado, que o TCE não tomou posição sobre a fraude à lei em Direito Internacional Privado, mas exclusivamente sobre a irrelevância da conduta alegadamente fraudulenta para justificar um limite ao exercício do direito de estabelecimento (por outras palavras, o TCE colocou-se exclusivamente na perspectiva do uso abusivo do direito de estabelecimento). Em sentido algo diverso, MOURA RAMOS [2002: 458 e segs.]. Cp. ainda RIGAUX/FALLON [2005: 216] e MOURA VICENTE [2005: 101 e segs.].

Após a decisão *Centros*, o próprio legislador comunitário teve ocasião de reafirmar a neutralidade do Direito Comunitário em matéria de estatuto pessoal das sociedades no Considerando n.º 27 do Regulamento da Sociedade Europeia²⁵⁶.

Em todo o caso, a interpretação das normas sobre direito de estabelecimento seguida pelo tribunal é discutível, uma vez que a situação parece estar abrangida pela excepção de abuso do direito de estabelecimento²⁵⁷ e que o direito de estabelecimento secundário pressupõe um estabelecimento principal noutro Estado-Membro²⁵⁸.

Regista-se também um alargamento do conceito de “restrição” a normas jurídico-privadas que não são discriminatórias nem dizem respeito ao acesso e exercício de actividades económicas. A incidência que estas normas podem ter sobre a liberdade de estabelecimento é meramente indirecta: elas não restringem o acesso à actividade económica num Estado-Membro, apenas tornam o exercício dessa actividade mais oneroso.

Admito que, apesar disso, a aplicação a sociedades regidas pela lei de um Estado-Membro de certas normas jurídico-privadas de outro Estado-Membro em que exerça actividade ou tenha a sede da administração possa dificultar o comércio intracomunitário.

Mas não será esta uma dificuldade inerente ao actual estágio de desenvolvimento do Direito Comunitário que, como já se assinalou, reserva a matéria da lei aplicável às sociedades para a cooperação intergovernamental? Perante o Tratado da Comunidade Europeia e à luz da decisão *Daily Mail* é duvidoso que se possa partir do princípio que as sociedades comunitárias estão submetidas ao Direito do Estado-Membro em que se constituíram, por forma a limitar a aplicação de normas de outros Estados-Membros em matéria de estatuto pessoal.

Seja como for, no caso *Centros*, as normas jurídico-privadas em causa não tinham qualquer incidência sobre o comércio intracomunitário, visto

²⁵⁶ Reg. (CE) n.º 2157/2001, de 8/10/2001 [*JOCE* L 294/1, de 10/11/2001]. É o seguinte o teor do Considerando: “Dada a natureza específica e comunitária da SE, o regime da sede real escolhido para a SE pelo presente regulamento não prejudica as legislações dos Estados-Membros nem antecipa as opções a fazer quanto a outros textos comunitários em matéria de direito das sociedades”.

²⁵⁷ Cf. Paul CRAIG e Gráinne DE BÚRCA – *EU Law. Text, Cases and Materials*, 3.ª ed., Oxford, 2003, 772, 798.

²⁵⁸ Ver KIENINGER [1999: 729] e ÂNGELA BENTO SOARES [2003: 292 e segs.], assinalando que embora a situação tenha sido formalmente apresentada como a de um estabelecimento secundário tratava-se substancialmente de uma pretensão de estabelecimento a título principal (e, até, único); e RIGAUX/FALLON [2005: 986].

que apenas estava em causa a sua aplicação a uma sociedade interna, constituída por dinamarqueses para desenvolver a sua actividade na Dinamarca, pelo que, à luz dos objectivos do Tratado da Comunidade Europeia, não havia qualquer razão para excluir ou limitar a sua aplicação²⁵⁹.

Por outro lado, o registo da pseudo-sucursal suscitava questões prévias de Direito privado que deveriam ser resolvidas segundo o Direito Internacional Privado do Estado-Membro em causa. A decisão também é, a este respeito, errada. Ao impor incondicionalmente o registo da pseudo-sucursal o TCE fez prevalecer um entendimento maximalista das normas relativas ao direito de estabelecimento sobre o Direito Internacional Privado do Estado-Membro em causa²⁶⁰.

A mesma orientação geral foi seguida posteriormente no caso *Überseering* (2002). Nesta decisão o TCE afirmou que o exercício da liberdade de estabelecimento pressupõe necessariamente o reconhecimento da personalidade jurídica da sociedade constituída em conformidade com o Direito de outro Estado-Membro, onde tem a sua sede estatutária, em qualquer Estado-Membro em que pretenda estabelecer-se²⁶¹. Por conseguinte, no caso de a sociedade transferir a sede da sua administração para um Estado diferente daquele em que se constituiu e estabeleceu a sede estatutária, a recusa de reconhecimento da sua "capacidade jurídica" constitui, no entender do tribunal, uma restrição à liberdade de estabelecimento que é, em princípio, inadmissível²⁶².

Sobre o alcance desta decisão parece necessário fazer três observações.

Em primeiro lugar, embora a decisão se refira na versão portuguesa ao reconhecimento da "capacidade jurídica", parte de um conceito de "capacidade jurídica" [*Rechtsfähigkeit* na língua do processo] que corresponde, na nossa ordem jurídica, à personalidade jurídica ("capacidade de ser titular de direitos e obrigações"). Decorre expressamente da decisão que o Estado-Membro de acolhimento também tem de reconhecer a capacidade judiciária. Para além disso, pode considerar-se implícito que também constituiria uma restrição à liberdade de reconhecimento a negação da capacidade genérica. Já não é líquido que todas questões de capacidade jurídica devam ser resolvidas com base no Direito do Estado-Membro de origem.

Por outro lado, o modo como foram formuladas as questões prejudiciais, a argumentação apresentada e os fundamentos da decisão não distinguem claramente o problema do estabelecimento no Estado de acolhimento

²⁵⁹ Ver, em sentido convergente, MAYER/HEUZÉ [2007: 737-738].

²⁶⁰ Cp., porém, MOURA RAMOS [2002: 455 e segs.] com mais referências.

²⁶¹ N.º 59.

²⁶² N.º 82.

do problema da transferência da sede da administração para o Estado de acolhimento, alimentando assim uma confusão em que já incorrera a recorrente no caso *Daily Mail*, bem como alguns dos seus comentadores. Como o TCE assinalou nesta decisão, a transferência da sede estatutária ou da sede da administração não contende directamente com o direito de estabelecimento. Uma vez que o direito de estabelecimento significa a possibilidade de instalação para o exercício de uma actividade económica, a deslocação da sede (estatutária ou da administração) é irrelevante para o efeito; na verdade, uma sociedade pode não desenvolver qualquer actividade no país onde tem a sede (estatutária ou da administração); inversamente, as sociedades podem normalmente desenvolver a sua actividade principal num país em que não têm sede. O que importa, do ponto de vista do direito de estabelecimento, é a possibilidade de ter o estabelecimento principal ou secundário num país e não a possibilidade de aí ter sede²⁶³.

A esta luz, deve interpretar-se a decisão do TCE no sentido de impor a cada Estado-Membro a obrigação de reconhecer a personalidade jurídica da sociedade que se constituiu segundo o Direito de outro Estado-Membro e que pretende instalar-se para o exercício de uma actividade económica no seu território. A decisão já não significa que em qualquer caso de transferência internacional da sede da administração o Estado da nova sede, ou terceiros Estados, tenham de reconhecer a personalidade jurídica adquirida segundo o Direito do Estado de origem (ver ainda *infra* I).

Assim, parece claro que esta decisão também não preclui a regra da sede da administração na definição do estatuto pessoal das "sociedades" comunitárias. Em todo o caso, estabelece um limite à actuação desta regra, visto que obriga ao reconhecimento *pelo Estado de acolhimento* da personalidade jurídica adquirida pelas "sociedades" constituídas fora do Estado da sede da sua administração, segundo o Direito do Estado da constituição (i.e., com base na teoria da constituição).

Este entendimento é de reprovar.

Nestes casos, as questões prévias de Direito privado suscitadas pela aplicação das normas relativas à liberdade de estabelecimento relevam da ordem jurídica dos Estados-Membros e, por conseguinte, deveriam ser solucionadas com base no Direito Internacional Privado dos Estados-Membros e não segundo critérios autónomos pretensamente deduzidos dessas normas comunitárias²⁶⁴.

²⁶³ Entende-se por estabelecimento um centro de actividades que se manifesta externamente. Na jurisprudência do TCE ver designadamente acs. 6/10/1976, no caso *De Bloos* [CTCE (1976) 605], e 22/11/1978, no caso *Somafer* [CTCE (1978) 2183].

²⁶⁴ Isto parece ser concedido, em tese geral, por FALLON [1995: 100 e seg. e 103 e

As duas decisões que acabo de referir suscitaram nos tribunais nacionais muitas questões sobre as implicações desta jurisprudência para o Direito de Conflitos das sociedades que foram submetidas ao pronunciamento do TCE.

Numa decisão posterior (2003), no caso *Inspire Art*, o TCE levou ainda mais longe o seu entendimento maximalista das normas sobre direito de estabelecimento. À semelhança do caso *Centros* tratava-se de uma sociedade interna (holandesa) que fora constituída no Reino Unido para evitar a aplicação das normas holandesas mais restritivas sobre a constituição de uma sociedade.

A questão litigiosa dizia respeito à exigência, feita pela Câmara de Comércio e de Indústria de Amesterdão, de fazer inserir, como averbamento à sua inscrição no registo comercial holandês, a menção "sociedade formalmente estrangeira" e de utilizar esta indicação na vida comercial. Este averbamento teria como consequência a aplicação à sociedade de diversas obrigações relativas à matrícula da sociedade no registo comercial, à indicação dessa qualidade nos documentos que dela emanem, ao capital mínimo e à elaboração, realização e publicação dos documentos anuais.

O TCE decidiu, em primeiro lugar, que o artigo 2.º da Décima Primeira Directiva em Matéria de Direito das Sociedades se opõe a uma legislação nacional que impõe obrigações de publicidade não previstas na referida directiva à sucursal de uma sociedade constituída em conformidade com a legislação de outro Estado-Membro. Não me pronunciarei sobre este ponto, observando apenas que o entendimento adoptado tem certo apoio na letra do referido preceito e na intencionalidade legislativa que se infere dos Considerandos.

O TCE entendeu ainda que os artigos 43.º e 48.º do Tratado da Comunidade Europeia se opõem a uma legislação nacional que sujeita o exercício da liberdade de estabelecimento a título secundário nesse Estado, por uma sociedade constituída em conformidade com a legislação de outro Estado-Membro, a determinadas condições previstas no Direito interno para a constituição de sociedades, relativas ao capital mínimo e à responsabilidade dos administradores. As razões pelas quais a sociedade foi constituída no primeiro Estado-Membro, bem como a circunstância de ela exercer as suas actividades exclusiva ou quase exclusivamente no Estado-Membro de estabelecimento, não a privam do direito de invocar a liberdade de estabelecimento garantida pelo Tratado da Comunidade Europeia, a menos que se demonstre, caso a caso, a existência de um abuso.

segs.], relativamente aos conceitos jurídicos de Direito privado utilizados pelo Direito Comunitário.

Esta parte da decisão já suscita dúvidas e críticas.

Do ponto de vista do Direito Comunitário, a decisão recai numa interpretação discutível das normas sobre direito de estabelecimento seguida pelo tribunal, uma vez que, como já se assinalou anteriormente, a situação parece estar abrangida pela excepção de abuso do direito de estabelecimento.

O TCE reafirma igualmente o alargamento do conceito de “restrição” a normas não discriminatórias de Direito privado que, a estar em causa a liberdade de estabelecimento, apenas teriam uma incidência indirecta sobre essa liberdade (na medida em que oneram a criação de uma pseudo-sucursal) e que não têm qualquer incidência sobre o comércio intracomunitário, porquanto se trata da pseudo-sucursal de uma sociedade interna.

Acrescente-se ainda que, nesta decisão, o TCE, à semelhança do que já se verificara em decisões relativas à liberdade de prestação de serviços que serão adiante examinadas (§ 65 D), aprecia a justificação do “entrave” alegadamente criado pelas normas jurídico-privadas segundo um *critério de ponderação* que foi desenvolvido para normas de Direito público da economia relativas ao acesso e exercício de actividades económicas: “devem aplicar-se de modo não discriminatório, justificar-se por razões imperativas de interesse geral, ser adequadas para garantir a realização do objectivo que prosseguem e não ultrapassar o que é necessário para atingir esse objectivo”.

Ora, mesmo que as normas de Direito privado em causa pudessem ser qualificadas como “restrições” à liberdade de estabelecimento – o que me parece duvidoso –, o critério de ponderação desenvolvido para normas de Direito público da economia não pode ser transposto mecanicamente para o domínio do Direito privado²⁶⁵. O meu entendimento corresponde aliás à orientação seguida, em matéria de liberdade de prestação de serviços, pela Directiva Relativa aos Serviços no Mercado Interno.

Como última nota sobre esta decisão, é de assinalar que a sua fundamentação está impregnada pela teoria da constituição. Omite-se a incompatibilidade da solução retida com os sistemas de Direito Internacional Privado que consagram a teoria da sede ou soluções intermédias. Isto pode explicar-se pela circunstância de ambos os Estados-Membros envolvidos consagrarem a teoria da constituição. Todavia, ao excluir a aplicação de normas do Estado com que a sociedade apresentava todas as restantes conexões, a decisão vem a traduzir-se num novo limite à regulação das socieda-

²⁶⁵ É de lamentar que o legislador comunitário tenha dado algum crédito a esta orientação no Considerando n.º 3 da Directiva sobre fusões transfronteiriças de sociedades (Dir. 2005/56/CE, de 26/10/2005, Relativa às Fusões Transfronteiriças das Sociedades de Responsabilidade Limitada [JOCE L 310/1, de 25/11/2005]).

des por outra lei que não a do Estado da constituição. Isto significa, designadamente, que um Estado-Membro de acolhimento que adopte a teoria da sede não pode aplicar a sociedades que se constituam segundo o Direito de outro Estado-Membro normas da lei da sede da administração relativas ao capital mínimo e à responsabilidade dos administradores por não cumprimento dessa exigência.

Na decisão muito recente proferida no caso *Cartesio* (2008), o TCE reafirmou parcialmente o entendimento seguido no caso *Daily Mail*²⁶⁶. Em especial, é de sublinhar que o TCE reafirma que das normas sobre direito de estabelecimento não decorre um critério único para determinar o Direito nacional aplicável a uma sociedade e que a questão de saber se o artigo 43.º do Tratado da Comunidade Europeia se aplica a uma sociedade que invoca esse direito constitui uma questão prévia suscitada por essas normas que apenas pode encontrar resposta no Direito nacional aplicável²⁶⁷.

Todavia, na linha da decisão proferida no caso *Überseering*, o TCE volta a não distinguir claramente o problema do exercício do direito de estabelecimento do problema da transferência da sede da administração. Isto leva o tribunal a afirmar, em *obita*, que constitui uma restrição à liberdade de estabelecimento que o Estado-Membro da constituição da sociedade, ao impor a dissolução e a liquidação dessa sociedade em caso de deslocação da sede para outro Estado-Membro, a impeça de se transformar numa sociedade de Direito nacional de outro Estado-Membro²⁶⁸. As normas comunitárias sobre direito de estabelecimento já não se opõem a uma regulamentação de um Estado-Membro que impede que uma sociedade constituída ao abrigo do seu Direito transfira a respectiva sede para outro Estado-Membro conservando ao mesmo tempo a sua qualidade de sociedade regida pelo Direito do Estado-Membro da constituição²⁶⁹.

Sobre esta decisão ver ainda *infra* I.

Em suma, a jurisprudência do TCE não impõe, como regra geral sobre a determinação do estatuto pessoal das “sociedades” comunitárias, a teoria da constituição²⁷⁰. O que decorre desta jurisprudência é uma série

²⁶⁶ N.ºs 104-106.

²⁶⁷ N.º 109.

²⁶⁸ N.ºs 111-113.

²⁶⁹ N.º 124.

²⁷⁰ Em sentido diferente se pronuncia a opinião dominante na Alemanha – ver KEGEL/SCHURIG [2004: 575 e seg. e 581] e KROPHOLLER [2006: 578 e segs.]; entre nós, ÂNGELA BENTO SOARES [2004: 143 e seg.].

de limites à actuação das normas de Direito Internacional Privado em conexão com o exercício do direito de estabelecimento. Estes limites actuam com respeito às regras de conflitos que vigorem na ordem jurídica do Estado-Membro em que essas sociedades exercem ou pretendem exercer o direito de estabelecimento.

Podemos resumir estes limites conforme se segue:

- um Estado-Membro não pode recusar o registo de uma dita “sucursal” de uma sociedade constituída em conformidade com a legislação de outro Estado-Membro, no qual tem a sede estatutária, mesmo quando se trate de uma sociedade que desenvolve toda a sua actividade no seu território e, mesmo, de uma sociedade interna (*Centros*);
- um Estado-Membro tem a obrigação de reconhecer a personalidade jurídica e a capacidade genérica da sociedade que se constituiu segundo o Direito de outro Estado-Membro e que pretende instalar-se para o exercício de uma actividade económica no seu território (*Überseering*);
- um Estado-Membro não pode aplicar a uma sociedade, constituída em conformidade com a legislação de outro Estado-Membro, que pretende exercer o direito de estabelecimento no seu território, determinadas condições previstas no Direito interno para a constituição de sociedades, relativas ao capital mínimo e à responsabilidade dos administradores, mesmo que a sociedade exerça as suas actividades exclusiva ou quase exclusivamente no Estado-Membro de estabelecimento (*Inspire Art*).

A ideia geral que se retira destes limites é de que o Estado-Membro em que a “sociedade” comunitária constituída segundo o Direito de outro Estado-Membro exerce ou pretende exercer o direito de estabelecimento tem, para todos os efeitos, de reconhecer essa sociedade como uma sociedade validamente constituída no estrangeiro. É de contar com a extensão desta ideia ao exercício da liberdade de prestação de serviços²⁷¹.

Claro é que esta ideia, embora não signifique ainda a consagração geral da teoria da constituição, vem questionar a coerência dos sistemas

²⁷¹ Cf. Considerando n.º 65 da Directiva 2006/123/CE Relativa aos Serviços no Mercado Interno, JOCE L 376/36, de 27/12/2006.

que se baseiam na teoria da sede. Sublinhe-se ainda que a jurisprudência do TCE parece inspirar-se na versão mais radical da teoria da constituição, ignorando a atenuação que resulta da doutrina das sociedades pseudo-estrangeiras²⁷².

De iure condendo, entendendo que a solução simultaneamente mais conveniente à luz dos valores e princípios do Direito Internacional Privado e mais favorável ao comércio intracomunitário seria a consagração, pelos Estados-Membros, de uma *teoria atenuada da constituição*. À luz desta concepção, as sociedades devem ser regidas pela ordem jurídica segundo a qual se constituíram, mas com exclusão das sociedades pseudo-estrangeiras e com aplicação de certas normas do Direito do Estado onde a pessoa colectiva desenvolve a sua actividade com vista a tutelar a confiança de terceiros (*supra* § 59 B).

F) Limites à competência da lei pessoal

Também com relação às pessoas colectivas se justificam certos limites à competência da lei pessoal, seja ela a do Estado da sede da administração ou a do Estado da constituição (*supra* B).

Um destes limites, que abrange todas as pessoas colectivas, diz respeito à *capacidade jurídica*. Este limite resulta de uma aplicação analógica das disposições que atribuem relevância à lei do lugar da celebração em matéria de capacidade dos indivíduos.

A doutrina alemã tem defendido a aplicação analógica do art. 11.º da Convenção de Roma sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais à personalidade e à capacidade das pessoas colectivas²⁷³. É de esperar que a mesma posição seja assumida com respeito ao art. 13.º do Regulamento Roma I (ver sobre estes preceitos *supra* § 57).

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 perso-

²⁷² Ver também KIENINGER [1999: 745 e seg.].

²⁷³ Cf. KEGEL/SCHURIG [2004: 577-578], Staudinger/GROBFELD [1993: n.ºs 254 e 264] e ZIMMER [1995: 255 e segs.].

nalidade jurídica²⁷⁴. 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 exercício²⁷⁵.

Com efeito, este preceito está inserido entre as normas de conflitos que se referem ao estatuto pessoal dos indivíduos e, literalmente, 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 das pessoas colectivas 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 e do art. 13.º do Regulamento Roma I seja, subsidiariamente, do art. 28.º CC, às pessoas colectivas. As pessoas que contratam no comércio jurídico local carecem de protecção seja perante pessoas singulares estrangeiras seja face a pessoas colectivas de estatuto pessoal estrangeiro. Não se deve exigir a terceiros que determinem a lei estrangeira aplicável à pessoa colectiva, indaguem do seu conteúdo e examinem o acto constitutivo ou o contrato de sociedade. Resalva-se a possibilidade de a pessoa ter conhecimento da incapacidade, ou dela poder tomar conhecimento com uma diligência razoável.

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 pessoa colectiva pode prosseguir, os actos que os órgãos da pessoa colectiva podem praticar para a sua realização ou a vinculação da pessoa colectiva pelos seus administradores²⁷⁶. Também é

²⁷⁴ FERRER CORREIA [1975: 168 e seg.], BAPTISTA MACHADO [1982: 350 e seg.] e MARQUES DOS SANTOS [1987: 256 e seg.]. Ver ainda, já perante a Convenção de Roma, CASTELLO-BRANCO BASTOS [2006: 664-665] no sentido da aplicação do art. 28.º CC relativamente às pessoas colectivas.

²⁷⁵ 1971: 42.

²⁷⁶ Observe-se 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 proíbam a prática de certos actos não limitam a capacidade da sociedade.

indiferente que estes limites sejam ou não qualificados como incapacidades.

Não obstante, também é preciso ter em conta que na ordem jurídica portuguesa vigora a Convenção da Haia Sobre a Lei Aplicável aos Contratos de Mediação e à Representação (1978), adiante examinada (§ 63 D). A Convenção de Roma (art. 21.º) e o Regulamento Roma I (art. 25.º/1) não prejudicam a aplicação dessa Convenção.

A Convenção da Haia exclui do seu âmbito de aplicação a actuação de um órgão, gerente ou sócio de uma sociedade sempre que, no exercício das suas funções, actue em virtude de poderes conferidos por lei ou pelos actos constitutivos dessa entidade (art. 3.º/a). Não estarão abrangidos por esta Convenção os efeitos de uma actuação dos seus órgãos ou administradores em nome da pessoa colectiva mas para além dos seus poderes? Mesmo que se responda afirmativamente²⁷⁷, o resultado a que se chega converge com o que decorreria da aplicação analógica do art. 11.º da Convenção de Roma e do art. 13.º do Regulamento Roma I, visto que a Convenção da Haia determina a aplicação da lei do Estado no qual o “intermediário” agiu, designadamente, quando o terceiro (neste contexto a contraparte da pessoa colectiva) tem o seu estabelecimento profissional ou, na sua falta, a sua residência habitual neste Estado (art. 11.º/b).

Em suma, pode afirmar-se que o domínio de aplicação da lei pessoal é limitado, nestas matérias, pela competência atribuída à lei do lugar da celebração do contrato. Em princípio, a pessoa colectiva que, actuando através de um “representante” que se encontra em determinado país, celebra um contrato com outra pessoa que se encontre nesse país, não pode

²⁷⁷ Neste sentido, I. KARSTEN – “Explanatory Report”, in *Actes et documents de la Treizième session*, 379-436, A Haia, 1979, n.ºs 145-146, afirmando que é intenção do legislador internacional excluir do âmbito de aplicação da Convenção apenas a actuação do órgão da sociedade no quadro dos poderes que lhe são atribuídos perante a lei aplicável segundo o Direito Internacional Privado do Estado do foro. Em sentido algo diverso, Peter HAY e Wolfram MÜLLER-FREIENFELS – “Agency in the Conflict of Laws and The 1978 Hague Convention”, *Am. J. Comp. L* 27 (1979) 1-50, 36, n. 185, argumentam que a finalidade de evitar conflitos com as regras de Direito Internacional Privado em matéria de sociedades, que está subjacente à exclusão contida no art. 3.º/a da Convenção, justifica também a exclusão dos casos em que a falta de poderes do órgão ou do administrador não é oponível a terceiros; indo mais longe, H. VERHAGEN – *Agency in Private International Law*, A Haia, Boston e Londres, 1995, 179 e seg., sustenta que se deve considerar excluída do âmbito da Convenção a “representação orgânica” no seu conjunto.

invocar a sua "incapacidade" *lato sensu* perante a lei pessoal se for capaz segundo a lei do país em que o contrato foi celebrado, a menos que esta pessoa tenha ou deva ter conhecimento dessa "incapacidade".

Um segundo limite, que se encontra estabelecido só para as sociedades, diz respeito ao *exercício da actividade por sociedades de estatuto pessoal estrangeiro*.

A exigência do estabelecimento de uma representação permanente e do cumprimento de requisitos de publicidade para o exercício da actividade de sociedades de estatuto pessoal estrangeiro é conhecida de muitos ordenamentos estaduais. Nos sistemas que seguem a teoria da constituição a competência atribuída ao Estado onde a sociedade desenvolve a sua actividade é vista como uma atenuação dessa teoria. Nos sistemas que adoptam a teoria da sede, esta competência não é geralmente relacionada com a determinação da lei pessoal da sociedade.

Entre nós, esta competência tem sido encarada como um problema de "reconhecimento da capacidade funcional" das sociedades de estatuto pessoal estrangeiro (*infra G*)²⁷⁸ ou como um condicionamento de Direito dos estrangeiros²⁷⁹. Deve entender-se que se trata de um *limite à competência da lei pessoal* determinada nos termos do art. 3.º C. Soc. Com. Com efeito, sujeita-se a sociedade de estatuto pessoal estrangeiro que desenvolva actividade em Portugal com certo grau de permanência a determinadas exigências e impõe-se, para o caso de incumprimento, um determinado regime de responsabilidade pelas dívidas sociais. Isto resulta 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/1/e C. Reg. Com.²⁸⁰.

²⁷⁸ Ver, designadamente, ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO [1971: 54 e seg.].

²⁷⁹ Ver, designadamente, MOURA RAMOS [1987a: 5 e segs.]. Cp. LIMA PINHEIRO [1998b: n. 108].

²⁸⁰ Ver ainda o DL n.º 73/2008, de 16/4, que institui um regime especial de criação imediata de representações permanentes em Portugal de entidades estrangeiras. 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 dos arts. 4.º/1/a e b e 7.º do DL n.º 129/98, de 13/5, alterado pelo DL n.º 247-B/2008, de 30/12.

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].

As normas contidas no art. 4.º CSC desempenham um *papel fundamental* na protecção dos interesses de terceiros no comércio jurídico local²⁸¹.

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 cargo 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 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 (*infra* § 84 G e § 88 A).

O disposto no art. 4.º CSC 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)²⁸².

²⁸¹ Ver MOURA RAMOS [1987a: 6 e segs.].

²⁸² 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 o art. 48.º/1 do DL n.º 76-A/2006, de 29/3, e o art. 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 sobre o registo 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

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 prestação de contas das sociedades representadas. Por força do art. 40.º/2 C. Reg. Com. o registo da representação permanente 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)²⁸³.

As normas contidas no art. 4.º C. Soc. Com. devem ser aplicadas analogicamente aos entes de estatuto pessoal estrangeiro que exerçam actividade económica por mais de um ano em Portugal, quando não se verifique a comercialidade e (ou) a constituição, como pessoas colectivas, mediante a intervenção de órgãos públicos, pressupostas para a sua aplicação directa²⁸⁴. Com efeito, os interesses de terceiros carecem de tutela perante quaisquer entes que exerçam actividade económica em Portugal.

Trata-se aqui de *normas de Direito material especial*, visto que contêm um regime específico para a actividade local das sociedades de estatuto pessoal estrangeiro.

Este Direito material especial de fonte interna é um complemento necessário do Direito de Conflitos (que consta do art. 33.º CC e do art. 3.º C. Soc. Com.), para a protecção de terceiros.

A compatibilidade do art. 4.º C. Soc. Com. com a Directiva Relativa aos Serviços no Mercado Interno (Dir. 2006/123/CE)²⁸⁵, no que respeita a actividades de prestação de serviços abrangidas por esta Directiva, pode suscitar dúvidas. A Directiva determina que os Estados-Membros não devem

cer ao disposto na lei portuguesa sobre registo comercial. E fará sentido exigir a uma sociedade que tem sede estatutária em Portugal que institua aqui uma representação permanente?

²⁸³ 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.

²⁸⁴ O que naturalmente exigirá adaptações em alguns dos preceitos do C. Reg. Com. com que se conjuga.

²⁸⁵ JOCE L 376/36, de 27/12/2006.

que estão
sentações
ções dos
riedades
da repre-
da deli-
do con-
a desta-
l do art.
las pes-
mo dos

as ana-
activi-
rifique
diante
cação
rante

con-
esta-

ento
3.º

tiva
ta a
us-
em

ma
er-

s-
al

3.

condicionar o acesso ou o exercício de actividades no seu território por prestadores de serviços estabelecidos noutros Estados-Membros ao cumprimento de qualquer requisito que não respeite os princípios da não discriminação em razão do Estado-Membro em que os prestadores estão estabelecidos, da necessidade e da proporcionalidade (art. 16.º/1). O art. 4.º não estabelece uma discriminação em função do país de estabelecimento dos prestadores de serviços e, por isso, não é discriminatório. Já a compatibilidade das exigências de uma representação permanente e do cumprimento do disposto na lei portuguesa sobre registo comercial com o princípio da necessidade, tal como que se encontra formulado na Directiva, é duvidosa, visto que não parece ser justificado por "razões de ordem pública, de segurança pública, de saúde pública ou de protecção do ambiente". No entanto, o Considerando n.º 65 admite que o Estado de acolhimento exija que um representante do prestador deva estar presente no decurso do exercício de uma actividade sempre que tal se justifique por uma razão imperiosa de interesse geral. A protecção dos destinatários dos serviços é considerada uma "razão imperiosa de interesse geral" (art. 4.º/8).

Mais concretamente a Directiva estabelece que os Estados-Membros não podem restringir a liberdade de prestar serviços de um prestador estabelecido noutro Estado-Membro através da obrigação de o prestador ter um estabelecimento no respectivo território (art. 16.º/2/a). Por "estabelecimento" entende-se "o exercício efectivo pelo prestador de uma actividade económica (...) por um período indeterminado e através de uma infraestrutura estável a partir da qual a prestação de serviços é efectivamente assegurada" (art. 4.º/5). Uma "representação permanente" não é necessariamente um estabelecimento. Pode ser um mero escritório em que se encontre um representante de um prestador de serviços que desenvolve a sua actividade a partir de estabelecimento situado no estrangeiro. Nesta medida não é líquido que a exigência de instituição de uma representação permanente seja proibida por este preceito.

Em qualquer caso, é lamentável que a Directiva não tenha salvaguardado claramente a admissibilidade de exigências como as feitas pelo art. 4.º/1, que são indispensáveis para uma adequada protecção de terceiros e para facilitar o comércio local.

G) *Reconhecimento da pessoa colectiva de estatuto pessoal estrangeiro*

Definido o estatuto pessoal e concluído que, segundo este estatuto, existe uma pessoa colectiva com um fim e objecto determinado, ainda se

pode levantar o problema do reconhecimento, na ordem jurídica local, seja da *personalidade jurídica* atribuída pela lei pessoal estrangeira, seja daquilo que MACHADO VILLELA designa por *capacidade funcional específica*. Entende-se por capacidade funcional específica a medida em que a pessoa colectiva pode exercer a sua actividade social, designadamente a liberdade de estabelecimento e de prestação de serviços²⁸⁶.

Quanto às modalidades, o reconhecimento poderá ser automático ou individual, conforme se dispensa ou não qualquer acto das autoridades locais.

Quanto à extensão, o reconhecimento será pleno ou parcial, consoante a pessoa colectiva for admitida a exercer toda a sua capacidade, ou apenas uma parte dessa capacidade. Assim, designadamente, o reconhecimento das pessoas colectivas de Direito público será, em princípio, um reconhecimento parcial, uma vez que não abrange o exercício de poderes de autoridade²⁸⁷.

Relativamente ao *reconhecimento da personalidade jurídica* da pessoa colectiva foram defendidas diversas concepções, desde as que negam qualquer reconhecimento internacional (LAURENT), passando pelo sistema de autorização, segundo o qual se estende às pessoas colectivas de estatuto estrangeiro a necessidade de autorização exigida para as pessoas colectivas de estatuto local (SAVIGNY, MANCINI), até ao sistema liberal, que se traduz num reconhecimento automático ou de plano, tradicionalmente consagrado nos países do *Common Law* com respeito às sociedades personificadas [*corporations*].

A tendência recente favorece o sistema liberal e a própria supressão do problema do reconhecimento da personalidade jurídica, por se entender que a questão da personalidade jurídica de um ente colectivo se resolve pela aplicação da sua lei pessoal²⁸⁸.

Na verdade, o problema do reconhecimento da personalidade jurídica do ente colectivo de estatuto estrangeiro só se coloca para uma ordem jurí-

²⁸⁶ Ver MACHADO VILLELA [1921: I 255 e 263 e segs.], ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO [1971: 51 e 55 e segs.] e FERRER CORREIA [1973: 125 e segs. e 2000: 91 e segs.].

²⁸⁷ As pessoas colectivas de Direito público podem desempenhar actividades que não envolvem o exercício de poderes de autoridade, designadamente actividades económicas, e que, por isso, não estão necessariamente limitadas ao território do Estado a que pertencem. Cp. FERRER CORREIA [1973: 125 n. 4 e 2000: 97 n. 118].

²⁸⁸ Cf. KEGEL/SCHURIG [2004: 577-578].

dica que estabelece um sistema de reconhecimento individual ou que, pelo menos, faz depender o reconhecimento automático de certas condições fixadas pelo Direito material do foro²⁸⁹.

Na ordem jurídica portuguesa, em regra, as pessoas colectivas de estatuto estrangeiro não estão sujeitas a um sistema de reconhecimento individual²⁹⁰. Esta solução está de harmonia com as tendências que se manifestam nos principais sistemas estrangeiros, na Convenção da Haia sobre o Reconhecimento da Personalidade Jurídica das Sociedades, Associações e Fundações Estrangeiras (1956) e na Convenção de Bruxelas sobre o Reconhecimento Mútuo de Sociedades e Pessoas Colectivas (1968), que, embora não estejam em vigor, exprimem um certo consenso internacional nesta matéria²⁹¹.

Em regra, a lei também não faz depender o reconhecimento da personalidade jurídica da verificação de condições fixadas pelo Direito material interno.

No entanto, o art. 14.º do DL n.º 594/74, de 7/11, determina que as associações legalmente constituídas em país estrangeiro serão reconhecidas em Portugal desde que satisfaçam aos requisitos requeridos para as associações nacionais²⁹². O sentido deste preceito não é isento de dúvidas. Parece que diz respeito ao reconhecimento da personalidade jurídica das associações constituídas em país estrangeiro e não apenas ao reconhecimento da sua "capacidade funcional específica". Os "requisitos requeridos para as associações nacionais" são, aparentemente, a outorga de escritura pública em que sejam exarados o acto de constituição, os estatutos e as suas alterações e a sua publicação no jornal oficial (art. 168.º CC).

O art. 14.º do DL n.º 594/74 refere-se às associações constituídas em país estrangeiro e não às associações de estatuto pessoal estrangeiro. Se a

²⁸⁹ O estabelecimento de um sistema de reconhecimento individual seria sobretudo concebível para aquelas pessoas colectivas cuja personificação no Direito interno está submetida a reconhecimento individual, como é o caso, entre nós, das fundações.

²⁹⁰ Ver também n. 4 ao art. 1.º do Anteprojecto FERRER CORREIA de 1951 [in FERRER CORREIA/FERREIRA PINTO, 1998: 22], ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO [1971: 50] e FERRER CORREIA [2000: 93 e segs.].

²⁹¹ Ver LIMA PINHEIRO [1998b: II.E].

²⁹² Por força dos arts. 5.º dos Acordos Especiais entre Portugal e Cabo Verde e entre Portugal e a Guiné-Bissau Reguladores do Estatuto de Pessoas e Regimes dos Seus Bens, são reconhecidas de pleno Direito no território de uma Parte Contratante as fundações e as associações de fim não lucrativo legalmente constituídas no território da outra.

associação constituída em país estrangeiro fixar a sede da administração em Portugal ou transferir a sua sede para Portugal têm sempre de ser satisfeitos os requisitos estabelecidos para a constituição da associação em Portugal (*supra* C e *infra* I).

Portanto, podemos concluir que o problema do reconhecimento da personalidade jurídica do ente colectivo de estatuto estrangeiro só se coloca, na ordem jurídica portuguesa, com respeito às associações.

De iure condendo, porém, entendo que a personalidade jurídica das associações de estatuto estrangeiro deveria ser reconhecida automaticamente e que a observância dos requisitos estabelecidos para as associações de estatuto nacional só deveria ser exigida para o exercício permanente da actividade da associação de estatuto estrangeiro em Portugal.

Passe-se agora ao reconhecimento da “capacidade funcional específica”. A capacidade jurídica é matéria do estatuto pessoal do ente colectivo, mas isto não significa que a ordem jurídica local não possa limitar ou condicionar esta capacidade. Tanto a Convenção da Haia como a Convenção de Bruxelas, acima referidas, o admitem.

Normalmente as limitações ou condicionamentos colocados à capacidade funcional específica dizem respeito ao acesso ou ao exercício de actividades económicas no Estado que as edita²⁹³. Na falta de um regime especial – mais restritivo ou mais favorável – as pessoas colectivas de estatuto estrangeiro estão sujeitas ao regime geral de acesso e exercício de actividade aplicável às pessoas colectivas de estatuto nacional²⁹⁴.

Entre as normas que podem limitar ou condicionar a “capacidade funcional” das pessoas colectivas de estatuto estrangeiro salientam-se as que dizem respeito ao direito de estabelecimento e à liberdade de prestação de serviços. 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.

FERRER CORREIA defende que “as organizações estrangeiras, sejam ou não pessoas colectivas em face da ordem jurídica do Estado da respectiva

²⁹³ Claro é que, em rigor, o problema da aplicabilidade destas normas também se pode colocar num terceiro Estado, que não seja aquele em que a pessoa colectiva pretende exercer a sua actividade.

²⁹⁴ Ver também FERRER CORREIA [1973: 132 e 2000: 96].

sede, não poderão exercer no país as suas actividades estatutárias enquanto não satisfizerem, pelo menos, os requisitos estabelecidos para as entidades nacionais de igual ou semelhante categoria”²⁹⁵. Isto vem a traduzir-se na aplicação das normas que regulam a aquisição da personalidade jurídica das associações e das fundações nacionais (art. 158.º CC) à “capacidade funcional” das associações e fundações estrangeiras que se proponham exercer uma actividade permanente em Portugal²⁹⁶. O fundamento jurídico-positivo desta solução suscita, porém, muitas dúvidas. Claro é que não pode tratar-se de uma aplicação directa dessas normas.

Quanto às associações de estatuto estrangeiro, a sua sujeição aos requisitos estabelecidos para a constituição das associações nacionais decorre do art. 14.º do DL n.º 594/74, de 7/11, quer se entenda que este preceito diz respeito ao reconhecimento da personalidade jurídica quer se defenda que concerne apenas ao reconhecimento da “capacidade funcional”.

Quanto às fundações de estatuto estrangeiro parece haver uma lacuna, visto que não se compreende que o exercício de actividades estatutárias de associações e de sociedades de estatuto pessoal estrangeiro esteja sujeito a determinadas exigências e que o mesmo não se verifique com respeito às fundações de estatuto estrangeiro. Resta saber se há analogia com a aquisição da personalidade jurídica pelas fundações nacionais que justifique a sujeição da “capacidade funcional” das fundações de estatuto estrangeiro ao regime estabelecido pelo art. 158.º/2 CC e, além disso, se a autoridade administrativa pode exercer uma competência que não tem fundamento legal. É urgente uma intervenção legislativa neste domínio.

H) Referência à “nacionalidade” da pessoa colectiva

A tradicional concepção latina submete a pessoa colectiva à lei da sua nacionalidade. Isto levou frequentemente à identificação entre o conceito de nacionalidade e o de estatuto pessoal da pessoa colectiva. A doutrina portuguesa teve o mérito de sublinhar a autonomia dos dois conceitos²⁹⁷. O estatuto pessoal é definido por uma norma de conflitos. Esta norma de conflitos, à semelhança do que se verifica com os indivíduos, pode utilizar para o efeito o elemento de conexão nacionalidade. Na concretização deste elemento de conexão haveria que respeitar o princípio da liberdade dos Esta-

²⁹⁵ 1973: 135; ver também 2000: 99.

²⁹⁶ Cf. 1973: 134 e seg. e 2000: 98 e seg.

²⁹⁷ Ver ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO [1971: 3 e segs.], FERRER CORREIA [1973: 104 e segs. e 2000: 83], MARQUES DOS SANTOS [1985: I.B] e OLIVEIRA ASCENSÃO [2000: 55].

dos na determinação dos seus nacionais. No Direito de Conflitos português, porém, a nacionalidade é completamente irrelevante para a determinação do estatuto pessoal da pessoa colectiva. Isto não quer dizer que o conceito de nacionalidade não continue a desempenhar um papel, designadamente com respeito às normas de Direito dos Estrangeiros e à protecção diplomática.

Na maioria dos sistemas nacionais, que não adoptam o critério da nacionalidade para a determinação do estatuto pessoal, tende-se a encarar o conceito de nacionalidade da pessoa colectiva com reservas. Por forma geral, as leis sobre nacionalidade só regulam a nacionalidade dos indivíduos. Na grande maioria dos sistemas falta uma base legal para a atribuição de nacionalidade às pessoas colectivas. O que se deve entender por pessoas colectivas “nacionais” e “estrangeiras” depende muitas vezes das leis de Direito dos Estrangeiros em causa²⁹⁸. Também os tratados bilaterais relativos ao investimento e à dupla tributação celebrados pelo mesmo Estado empregam, não raramente, critérios diversos para determinar quais são as pessoas colectivas “nacionais” ou “pertencentes” a cada uma das Partes.

O ponto também se encontra mal estabelecido no Direito Internacional Público geral²⁹⁹.

Daí que muitos autores prefiram falar de pertença ou atribuição da pessoa colectiva a um Estado. Não se trataria de uma verdadeira nacionalidade, por não ser um vínculo unitário entre uma pessoa colectiva e um Estado.

Por certo que a pessoa colectiva não tem uma nacionalidade idêntica à dos indivíduos. Com a atribuição da nacionalidade os indivíduos adquirem um estatuto de cidadania, de membros do Estado, com os correspondentes direitos de participação política. As pessoas colectivas não são cidadãos de um Estado, não gozam deste estatuto jurídico-político.

Resta saber se, apesar de tudo, as pessoas colectivas estão ligadas aos Estados por vínculos até certo ponto análogos à nacionalidade dos indivíduos³⁰⁰. Entre nós, a doutrina dominante tem entendido que sim³⁰¹. O art.

²⁹⁸ Cf. KEGEL/SCHURIG [2004: 572].

²⁹⁹ Ver Ian BROWNLIE – *Princípios de Direito Internacional Público*, trad. da 4.ª ed. inglesa (1990), Lisboa, 1997, 445 e segs. e 508 e segs.

³⁰⁰ Neste sentido, BATIFFOL/LAGARDE [1993: I 330].

³⁰¹ Cf. ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO [1971: 15], FERRER CORREIA [1973: 104 e 2000: 82] e OLIVEIRA ASCENSÃO [2000: 56]. Aparentemente no mesmo sentido, MOURA RAMOS [1987b: 345 e segs.] e, em sentido próximo, MARQUES DOS SANTOS [1985 Conclusão], defendendo que as pessoas colectivas têm uma nacionalidade, mas que se trata de “um conceito diferente da nacionalidade das pessoas singulares e não apenas uma noção análoga”. Cp. BAPTISTA MACHADO afirmando que “a pessoa colectiva não tem propriamente uma nacionalidade” [1982: 344].

110.º C. Com. foi interpretado no sentido de conter, a par de uma norma de conflitos sobre a determinação do estatuto pessoal, uma norma de atribuição da nacionalidade portuguesa às sociedades com sede social efectiva em Portugal, extensível a outras pessoas colectivas de Direito privado. Para as pessoas colectivas de Direito público valeria a teoria da constituição: seriam nacionais do Estado cujo Direito as constitui³⁰².

Entretanto, o art. 110.º C. Com. foi expressamente revogado pelo art. 3.º/1/a do DL n.º 262/86, de 2/9, que aprovou o Código das Sociedades Comerciais.

Por minha parte, entendo que a questão tem de ser examinada perante cada sistema nacional. A pessoa colectiva estará ligada a um Estado por um vínculo análogo à nacionalidade dos indivíduos se este vínculo for caracterizado por uma certa unidade perante o Direito deste Estado; por outras palavras, se a pertença da pessoa colectiva a este Estado resultar, em regra, de um único critério. Se, pelo contrário, se verificar que perante o Direito de um Estado o critério para a determinação das pessoas colectivas "nacionais" é muito variável, dependendo da lei ou tratado internacional em causa, sem que se possa definir um critério-regra, não há analogia com a nacionalidade dos indivíduos.

Perante o Direito português a situação é algo incerta. O sentido da revogação do art. 110.º C. Com. oferece dúvidas. Poderá pensar-se que o legislador apenas quis revogar a norma de conflitos contida neste artigo, uma vez que o Código das Sociedades Comerciais veio dispor sobre o estatuto pessoal das sociedades, mas não sobre a sua nacionalidade. Nesta ordem de ideias MARQUES DOS SANTOS defende uma interpretação restritiva da norma revogatória, por forma a entender que continua a vigorar a norma sobre nacionalidade contida no art. 110.º C. Com.³⁰³. Mas também não é indefensável que o legislador tenha partido de uma diferente interpretação do art. 110.º C. Com., que negue a autonomia entre a norma de conflitos e a norma de nacionalidade³⁰⁴. A seguir-se esta linha de raciocínio, não haveria lugar, no plano legislativo, para um critério geral de atribuição da nacionalidade portuguesa a pessoas colectivas. A distinção entre pessoas colecti-

³⁰² Cf. FERRER CORREIA [1973: 108 e 2000: 83 e seg.] e MARQUES DOS SANTOS [1987: 267].

³⁰³ 1987: 269 e seg. e "Adenda", in *Estudos de Direito da Nacionalidade*, Lisboa, 1998, 196. FERRER CORREIA [2000: 87 e seg.], por seu turno, entende que há uma lacuna que deve ser integrada pelo critério mais razoável, que é o da sede real.

³⁰⁴ Observe-se que esta interpretação é conforme à doutrina dominante até aos anos cinquenta que, fiel à tradicional concepção latina, submetia o estatuto pessoal das sociedades à lei da sua nacionalidade – ver referências em LIMA PINHEIRO [1998b: V.A].

vas "nacionais" e "estrangeiras" teria de ser feita perante cada norma ou lei que suscite a questão.

Perante a incerteza sobre a intenção real do legislador histórico a questão tem de ser examinada à luz de outros critérios de interpretação e, designadamente, da inserção da norma revogatória no contexto do sistema jurídico.

Torna-se necessário passar em revista o conjunto das normas de Direito dos Estrangeiros aplicáveis às pessoas colectivas e das normas que, embora de outra natureza, se refiram a pessoas colectivas nacionais ou estrangeiras, bem como os tratados celebrados por Portugal em que se definem as pessoas colectivas que pertencem ao Estado português, para examinar até que ponto o critério da sede da administração é, em regra, o relevante.

Embora tal indagação ainda não tenha sido feita exaustivamente, os elementos apurados já permitem chegar a uma conclusão a este respeito.

Em primeiro lugar, há normas que se referem a pessoas colectivas nacionais ou estrangeiras sem indicarem o critério relevante para a sua determinação.

O legislador pode assimilar as pessoas colectivas estrangeiras às pessoas colectivas de estatuto pessoal estrangeiro. Em rigor, é sempre necessário interpretar a norma em causa para averiguar se é uma norma de Direito dos Estrangeiros ou uma norma aplicável a pessoas colectivas de estatuto pessoal estrangeiro. O problema da nacionalidade só se coloca quando de uma verdadeira norma de Direito dos Estrangeiros se trate. Neste caso, parece que o critério relevante para a determinação das pessoas colectivas nacionais deve ser apurado à luz de uma interpretação da norma em causa e não com recurso imediato a um critério geral.

Em matéria de privatizações o legislador português definiu em alguns casos o conceito relevante de pessoa colectiva estrangeira, não tendo seguido um critério único de nacionalidade. O critério da sede ou não é utilizado ou é combinado com outros critérios.

Os tratados bilaterais sobre promoção e protecção de investimentos apresentam geralmente uma definição das pessoas colectivas que são consideradas investidores de um dos Estados contratantes. Na fórmula que prevalece nos tratados mais recentes são as pessoas colectivas "que tenham sede no território de uma das Partes Contratantes, estejam constituídas e funcionem de acordo com a lei dessa Parte Contratante."

Estes tratados contêm principalmente disposições de Direito dos Estrangeiros, e, por conseguinte, trata-se aqui de definir as pessoas colectivas que, para efeitos do tratado, são consideradas nacionais de cada um dos Estados contratantes.

Dado o favor concedido à teoria da sede pelo Direito Internacional Privado português, parece que a fórmula referida deve ser interpretada em conformidade com esta teoria³⁰⁵. A exigência de que a pessoa colectiva se constitua e funcione de acordo com a lei do Estado da sede deve também ser interpretada em conformidade com a teoria da sede. A pessoa colectiva deve encontrar-se validamente constituída perante o Direito da sede da administração e deve funcionar ao abrigo deste Direito. Parece-me que uma sociedade que, tendo-se constituído no estrangeiro, tenha fixado sede da administração em Portugal, pode ser considerada como validamente constituída perante a lei portuguesa, quando tenha cumprido o disposto na lei portuguesa com respeito à transferência de sede. Mas já não será, para este efeito, considerada como uma sociedade portuguesa aquela que embora tendo fixado sede da administração em Portugal, não tenha cumprido o disposto na lei portuguesa com respeito à transferência da sede.

Mas importa referir que em número significativo de tratados sobre o investimento internacional são utilizados outros critérios para a definição das pessoas colectivas "nacionais" dos Estados contratantes, em certos casos completamente diferentes da teoria da sede.

Os tratados bilaterais para evitar a dupla tributação definem os nacionais dos Estados Contratantes para efeitos de aplicação da cláusula de não-discriminação (na delimitação do seu âmbito de aplicação atendem à residência e não à nacionalidade). Essa definição, seguindo a Convenção-Modelo da OCDE sobre a Tributação do Rendimento e do Capital (art. 3.º/1/f), baseia-se no critério da constituição.

Esta breve indagação permite concluir que o critério da sede da administração não é seguido como critério geral de determinação das pessoas colectivas portuguesas. Por conseguinte, perante a ordem jurídica portuguesa não há um vínculo de nacionalidade das pessoas colectivas análogo ao vínculo de nacionalidade dos indivíduos.

Isto não significa, porém, que o critério da sede da administração não possa funcionar como critério *residual* de "nacionalidade", a que o intérprete deve recorrer quando, na falta de indicação legislativa do critério relevante, seja inconclusiva a interpretação da norma em causa.

Este critério residual pode desempenhar um papel no que toca ao exercício da protecção diplomática. Com efeito, entende-se que o direito de protecção diplomática só pode ser exercido pelo Estado de que a pessoa colectiva é nacional ou a que pessoa colectiva pertença³⁰⁶. Este vínculo entre a

³⁰⁵ No mesmo sentido, perante fórmulas semelhantes, *Staudinger/Großfeld* [1993: n.º 161].

³⁰⁶ Cf. NGUYEN QUOC/DAILLIER/PELLET – *Droit international public*, 7.ª ed., Paris,

pessoa colectiva e um Estado é definido pelo Direito deste Estado, mas só releva, para este efeito, o vínculo que seja efectivo, i.e., acompanhado de uma conexão objectiva.

I) *Transferência internacional da sede*

A transferência da sede da administração do Estado em que a pessoa colectiva se constituiu para outro Estado desencadeia uma mudança da sua lei pessoal. Trata-se, pois, de um caso de sucessão de estatutos.

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 pessoa colectiva perante o Direito da sede anterior e a constituição de uma nova pessoa colectiva segundo o Direito da nova sede³⁰⁷.

Esta consequência, gravemente lesiva dos interesses da pessoa colectiva e dos seus membros, foi atenuada em alguns dos sistemas que adoptam a teoria da sede. É o que se verifica com o Direito português: a susceptibilidade de persistência da personalidade jurídica da pessoa colectiva 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 /4 C. Soc. Com.

Nos termos do art. 33.º/3 "A transferência, de um Estado para outro, da sede da pessoa colectiva não extingue a personalidade jurídica desta, se nisso convierem as leis de uma e outra sede."

Trata-se de uma conexão cumulativa simples: a personalidade jurídica só persiste se ambas as leis estiverem de acordo nesta persistência. Esta conexão cumulativa não exprime qualquer desfavor do legislador de Direito de Conflitos relativamente à manutenção da personalidade jurídica. Só que não seria aceitável, à luz dos fins prosseguidos pela norma de conflitos em causa, que a personalidade subsistisse quando a lei da sede anterior determinasse a extinção nem faria sentido afirmar a manutenção da personalidade colectiva quando a lei da sede actual a não reconhecesse.

2002, 497 e 809 e segs.; VERDROSS/SIMMA – *Universelles Völkerrecht*, 3.ª ed., 1984, 880 e seg.; RENATE KICKER – "Staatszugehörigkeit", in *Völkerrecht* org. por SEIDL-HOHENVELDERN, 2.ª ed., 1992.

³⁰⁷ Cf. LIMA PINHEIRO [1998b: I.C] com mais referências. Sobre a compatibilidade deste entendimento com o Direito Comunitário ver DROBNIG [1990: 196 e segs.].

Caso se trate de transferência da sede da administração do estrangeiro para Portugal ou de Portugal para o estrangeiro o Direito português admite a manutenção da personalidade jurídica?

Até à entrada em vigor do Código das Sociedades Comerciais não se encontrava resposta expressa para esta interrogação.

Resulta dos n.ºs 2 e segs. do art. 3.º C. Soc. Com. que o Direito português admite a manutenção da personalidade jurídica da sociedade comercial que transfira a sede da sua administração do estrangeiro para Portugal ou de Portugal para o estrangeiro.

Isto é acompanhado da imposição de determinados deveres.

A sociedade que transfira a sede da administração para Portugal deve conformar com a lei portuguesa o respectivo contrato (n.º 2); para o efeito, um representante da sociedade deve promover o registo do contrato pelo qual a sociedade passará a reger-se (n.º 3).

A transferência da sede da administração para o estrangeiro deve ser objecto de uma deliberação que obedeça aos requisitos para as alterações do contrato de sociedade, tomada por maioria qualificada de 75% dos votos correspondentes ao capital social; os sócios que não tenham votado a favor da deliberação podem exonerar-se da sociedade (n.º 5)³⁰⁸.

A transferência da sede da administração não tem de ser acompanhada pela transferência da sede estatutária³⁰⁹. Os n.ºs 2 e segs. do art. 3.º C. Soc. Com. não o exigem. Decorre expressamente do art. 3.º/1/2.ª parte que a sociedade com sede principal e efectiva da sua administração no estrangeiro pode ter sede estatutária em Portugal e do art. 46.º/2 do DL n.º 76-A/2006, de 29/3, que a sociedade com sede principal e efectiva da sua administração em Portugal pode ter sede estatutária no estrangeiro.

A lei continua a ser omissa relativamente à manutenção da personalidade jurídica de outras pessoas colectivas. O princípio da continuidade das situações jurídicas aponta no sentido desta manutenção a menos que

³⁰⁸ Relativamente às sociedades por quotas, porém, o art. 240.º/1/a CSC só atribui a faculdade de exoneração aos sócios que tenham votado expressamente contra a transferência da sede para o estrangeiro – ver RAÚL VENTURA – *Sociedades por Quotas*, vol. II, Coimbra, 1989, 19-21; MARIA AUGUSTA FRANÇA – “Direito à exoneração”, in *Novas Perspectivas do Direito Comercial*, 205-227, Coimbra, 1988, 214-215. Cp., no sentido de o art. 240.º/1/a se aplicar apenas à transferência da sede estatutária, J. COUTINHO DE ABREU – *Curso de Direito Comercial*, vol. II – *Das Sociedades*, Coimbra, 2002, 421-422.

³⁰⁹ Ver, com mais desenvolvimento, LIMA PINHEIRO [1998b V.C].

razões suficientemente ponderosas imponham a extinção³¹⁰. Para resolver conclusivamente o problema será necessário examinar cada uma das categorias de pessoas colectivas em causa.

Relativamente às associações é também necessário ter em conta o já referido art. 14.º do DL n.º 594/74, de 7/11, que determina que as associações legalmente constituídas em país estrangeiro serão reconhecidas em Portugal desde que satisfaçam aos requisitos requeridos para as associações nacionais.

Parece que a associação que transfira para Portugal a sede da administração pode manter a personalidade jurídica se a lei da sede anterior nisso convier. Mas os estatutos terão de ser conformados com a lei portuguesa, terá de ser outorgada em Portugal uma escritura pública onde sejam exarados o acto de constituição e os estatutos e terão de ser cumpridos os requisitos de publicação.

Parece igualmente que a associação que transfira a sede da administração para o estrangeiro pode manter a personalidade jurídica se a lei da nova sede nisso convier. É concebível que por aplicação analógica do art. 3.º/5 C. Soc. Com. a transferência da sede deva ser objecto de uma deliberação que obedeça aos requisitos para as alterações dos estatutos e que os associados que não tenham votado a favor da deliberação possam exonerar-se da associação.

Passe-se agora a examinar a *transferência da sede estatutária*. Como se presume que a pessoa colectiva tem a sede da administração no Estado da sede estatutária, deve presumir-se igualmente que a transferência da sede estatutária é acompanhada da transferência da sede da administração³¹¹. Mas esta presunção é ilidível.

Relativamente às pessoas colectivas que não sejam sociedades comerciais a transferência isolada da sede estatutária constitui uma mera alteração do contrato de sociedade regulada pelo Direito da sede da administração³¹².

³¹⁰ Cp. RAÚL VENTURA [1977: 505], que antes da entrada em vigor do C. Soc. Com. defendeu que o Direito português não permitia a continuação da personalidade jurídica das sociedades cuja sede fosse transferida de e para Portugal.

³¹¹ O contrário já não é verdadeiro: a transferência da sede da administração não permite presumir a transferência da sede estatutária.

³¹² Cp. RAÚL VENTURA [1977: 497 e segs.]. A transferência da sede de e para Portugal está sujeita a inscrição no Registo Nacional de Pessoas Colectivas nos termos do art. 6.º/d do Regime do Registo Nacional de Pessoas Colectivas aprovado pelo DL n.º 129/98, de 13/5.

Já no que toca às sociedades comerciais há que atender à especial relevância concedida à sede estatutária na determinação do estatuto pessoal.

As disposições sobre transferência da sede contidas no art. 3.º C. Soc. Com. reportam-se exclusivamente à sede da administração³¹³. Mas a omissão de regras sobre a transferência internacional da sede estatutária não se ajusta inteiramente ao plano do legislador, porque o legislador combinou o critério da sede da administração com o da sede estatutária na determinação da lei pessoal. A indagação atrás realizada permitiu mesmo concluir que o Direito aplicável à sociedade é, em princípio, o da sede estatutária. Portanto, a transferência internacional da sede estatutária também põe em jogo os interesses de terceiros e de sócios minoritários. Há, por conseguinte, uma lacuna, cuja integração suscita consideráveis dificuldades.

Para a resolução destas dificuldades, creio que se deve partir da presunção de que a transferência da sede estatutária é acompanhada da transferência da sede da administração. Esta presunção pode até certo ponto explicar o silêncio do legislador em relação à transferência internacional da sede estatutária. Visto que se presume que a transferência da sede estatutária é acompanhada da transferência da sede da administração, devem, em princípio, ser observadas as disposições que regulam a transferência da sede da administração. Por acréscimo, deve entender-se, por aplicação analógica dos arts. 33.º/3 CC e 3.º/2 e /4 C. Soc. Com., que a alteração do contrato de sociedade implicada pela transferência da sede estatutária tem de ser válida tanto à face do Direito da sede anterior como perante o Direito da nova sede³¹⁴.

Pode, no entanto, ser demonstrado que a transferência da sede estatutária não é acompanhada da transferência da sede da administração. Aqui importa distinguir duas situações diferentes.

Se a sociedade deseja transferir a sede estatutária para o Estado onde desde o início fixou a sede da administração ou para o qual transferiu anteriormente a sede da administração, respeitando as exigências atrás referidas, basta que altere o contrato de sociedade em conformidade com o Direito da sede anterior e da nova sede.

³¹³ Por certo não era isto que se verificava com o Anteprojecto. Parece claro que as disposições sobre transferência da sede que dele constavam tinham em vista a sede estatutária. Isto correspondia à consagração do critério da sede estatutária. Mas o legislador veio a optar por uma solução diferente e adaptou as disposições sobre transferência da sede à teoria da sede (da administração).

³¹⁴ Do art. 12.º/2 C. Soc. Com. resulta que a administração não pode deslocar a sede estatutária para o estrangeiro.

Nos restantes casos, a sociedade transfere a sede estatutária para um Estado, mantendo a sede da administração no Estado onde anteriormente se situava a sede estatutária ou num terceiro Estado.

Esta transferência isolada da sede estatutária suscita algumas reservas, que, *de lege ferenda*, poderiam justificar a exigência de um laço efectivo com o Estado da nova sede.

De lege data, porquanto a transferência isolada da sede estatutária desencadeia uma mudança de lei aplicável que põe em jogo os interesses de terceiros e de sócios minoritários, parece de entender que as exigências feitas em relação à transferência da sede da administração devem ser respeitadas, com as devidas adaptações³¹⁵.

Assim, no caso de transferência isolada da sede estatutária de Portugal para o estrangeiro, será de entender, por aplicação analógica do art. 3.º/5 C. Soc. Com., que a deliberação de alteração não pode ser tomada por menos de 75% dos votos correspondentes ao capital social, sem prejuízo das disposições legais ou contratuais que sejam mais exigentes. Será de entender ainda que os sócios que não tenham votado a favor da deliberação gozam da faculdade de se exonerar³¹⁶. No caso de a sede da administração se situar num terceiro Estado, parece que a alteração do contrato de sociedade implicada pela mudança de sede estatutária também deve ser válida segundo o Direito deste Estado.

Uma parte da doutrina infere da decisão proferida pelo TCE no caso *Überseering* uma regra de Direito Internacional Privado sobre a transferência internacional da sede da administração das “sociedades” comunitárias. Segundo esta regra, as “sociedades” comunitárias mantêm a personalidade e a capacidade jurídicas adquiridas segundo o Direito do Estado-Membro da constituição em caso de transferência internacional da sede da administração³¹⁷. Os autores portugueses que se pronunciam neste

³¹⁵ Em sentido convergente, ÂNGELA BENTO SOARES [2006: 63-64].

³¹⁶ No que toca às sociedades por quotas só gozam da faculdade de exoneração os sócios que tenham votado expressamente contra a transferência, por força do art. 240.º/1/a C. Soc. Com. Observe-se ainda que a transferência da sede estatutária para o estrangeiro está sujeita a registo (art. 3.º/1/o C. Reg. Com.), que é obrigatório (art. 15.º/1 C. Reg. Com.).

³¹⁷ Ver designadamente, na doutrina portuguesa, ÂNGELA BENTO SOARES [2003: 311 e segs. e 2006: 69 e segs.] e MOURA VICENTE [2005: 110 e segs.], com mais referências.

sentido divergem sobre a compatibilidade do disposto no art. 3.º/2 C. Soc. Com. com a obrigação de reconhecimento decorrente desta regra³¹⁸.

Decorre do anteriormente exposto que não concordo com esta orientação (*supra* E). Esta orientação não é compatível com a decisão do TCE no caso *Daily Mail* e não tem em conta a diferença, assinalada nesta decisão, entre a localização da sede da administração e o exercício do direito de estabelecimento (que diz respeito à instalação para o exercício de uma actividade económica).

A decisão do TCE no caso *Überseering* deve ser interpretada no sentido de impor a obrigação de reconhecer a personalidade jurídica e a capacidade genérica da “sociedade” que se constituiu segundo o Direito de um Estado-Membro quando esta “sociedade” pretende instalar-se para o exercício de uma actividade económica noutro Estado-Membro (Estado-Membro de acolhimento). A obrigação de reconhecimento recai tão-somente sobre o Estado-Membro de acolhimento. Esta decisão já não significa que em qualquer caso de transferência internacional da sede da administração o Estado da nova sede, ou terceiros Estados, tenham de reconhecer a personalidade jurídica adquirida segundo o Direito do Estado de origem³¹⁹.

Isto não significa, porém, que esta jurisprudência seja irrelevante para o regime da transferência internacional de sede. Ela impõe limites à actuação das regras de Direito Internacional Privado do Estado de acolhimento em matéria de transferência internacional da sede.

Assim, no caso de Portugal ser, simultaneamente, o Estado de acolhimento e o Estado da nova sede da administração, a manutenção da personalidade jurídica da “sociedade” comunitária só depende da sua válida constituição segundo o Direito de outro Estado-Membro. Não é necessário que a “sociedade” mantenha a personalidade jurídica segundo o Direito do Estado da anterior sede da administração *se este não for o Estado de constituição*. O art. 3.º/2 deve, por isso, sofrer uma adaptação neste caso³²⁰.

³¹⁸ ÂNGELA BENTO SOARES [2003: 320 e seg.] entende que a exigência de manutenção da personalidade jurídica segundo a lei que regia anteriormente a sociedade só é compatível se essa lei for a da constituição da sociedade; a exigência de conformação do contrato social com a lei portuguesa já seria de todo incompatível. Já MOURA VICENTE [2005: 111 e segs.] defende a compatibilidade de ambas as exigências.

³¹⁹ Mas foi anteriormente assinalado que é de contar com a extensão desta obrigação de reconhecimento aos Estados-Membros em que a sociedade pretenda exercer a liberdade de prestação de serviços.

³²⁰ Ver também ÂNGELA BENTO SOARES [2003: 320].

Já o dever de conformar com a lei portuguesa o contrato social parece compatível com a obrigação de reconhecimento. Este dever é uma consequência lógica da sujeição da "sociedade" à lei portuguesa, que é desenhada pela transferência da sede, e é justificada pelas finalidades prosseguidas pela norma de conflitos do art. 33.º/1 CC e do art. 3.º/1 C. Soc. Com.³²¹.

Estas soluções parecem compatíveis, e até certo ponto confirmadas, pela recente decisão no caso *Cartesio* (2008).

Neste caso, uma sociedade constituída e com sede na Hungria solicitou o averbamento da transferência da sede para Itália no registo comercial húngaro. Este pedido foi indeferido com fundamento em que a lei húngara não permite que uma sociedade constituída na Hungria transfira a respectiva sede para o estrangeiro continuando, ao mesmo tempo, a estar sujeita ao Direito húngaro como lei pessoal. A consequência da transferência da sede é a dissolução da sociedade na Hungria e a necessidade da sua reconstituição no Estado da nova sede³²².

As questões prejudiciais colocadas ao TCE diziam respeito à transferência da sede estatutária e, de facto, da factualidade que consta da decisão, não resulta que tenha havido uma transferência da sede da administração.

O TCE, porém, pressupõe a existência de uma transferência da sede da administração e pronuncia-se sobre ela³²³. Para o facto pode ter pesado a circunstância de a lei húngara de registo comercial determinar que a sede da sociedade se situa no local onde se encontra a sede principal e efectiva da sua administração. Não é todavia claro se isto significa que a sede estatutária deve coincidir com a sede da administração.

Como foi anteriormente assinalado (*supra* E), nesta decisão o TCE reafirmou parcialmente o entendimento seguido no caso *Daily Mail*³²⁴. Segundo o TCE, as normas comunitárias sobre direito de estabelecimento não se opõem a uma regulamentação de um Estado-Membro que impede que uma sociedade constituída ao abrigo do seu Direito transfira a respectiva sede para outro Estado-Membro conservando ao mesmo tempo a sua qualidade de sociedade regida pelo Direito do Estado-Membro da constituição³²⁵.

³²¹ Ver também MOURA VICENTE [2005: 112 e segs.].

³²² N.º 103.

³²³ Cp. n.ºs 100 e 119.

³²⁴ N.ºs 104-106.

³²⁵ N.º 124.

Todavia, na linha da decisão proferida no caso *Überseering*, o TCE volta a não distinguir claramente o problema do exercício do direito de estabelecimento do problema da transferência da sede da administração. Isto leva o tribunal a afirmar, em *obita*, que constitui uma restrição à liberdade de estabelecimento que o Estado-Membro da constituição da sociedade, ao impor a dissolução e a liquidação dessa sociedade em caso de deslocação da sede para outro Estado-Membro, a impeça de se transformar numa sociedade de Direito nacional de outro Estado-Membro³²⁶. As considerações formuladas pelo tribunal tornam claro que se tem em vista casos em que a sociedade “passa a revestir uma forma prevista no Direito do Estado-Membro” para o qual desloca a sede da administração, e que o Estado da nova sede tem de permitir a transformação da sociedade numa sociedade de Direito nacional.

Existe um Anteprojecto de proposta de uma Directiva comunitária sobre a transferência da sede das sociedades de um Estado-Membro para outro³²⁷.

J) Fusão internacional

O art. 33.º/4 CC determina que a “fusão de entidades com lei pessoal diferente é apreciada em face de ambas as leis pessoais”.

Este preceito refere-se a uma categoria muito ampla de fusão de pessoas colectivas que é pouco comum. As atenções do legislador e da ciência jurídica têm incidido principalmente na fusão de sociedades. Esta fusão pode realizar-se mediante a incorporação de uma sociedade noutra sociedade ou mediante a constituição de uma nova sociedade (art. 97.º/4 C. Soc. Com.).

É também a fusão internacional de sociedades que tem sido objecto de análise pelos internacionalistas. Só por si é já um tema bastante complexo, que aqui só pode ser tratado sumariamente. Admite-se que alguns dos princípios de solução defendidos para a fusão de sociedades poderão ser transpostos para a fusão de outras pessoas colectivas, mas não se entrará na indagação deste ponto.

³²⁶ N.ºs 111-113.

³²⁷ Ver, designadamente, MENEZES CORDEIRO [2005: 809 e segs.], com mais referências.

Como consideração geral, limitar-me-ei a assinalar que do art. 33.º/4 não resulta que as leis pessoais de todas as pessoas colectivas participantes tenham de ser aplicadas cumulativamente a todos os aspectos da fusão. A fórmula utilizada pelo legislador apresenta uma certa flexibilidade, ao permitir a apreciação da fusão à face das leis pessoais em presença. Esta fórmula pode ser criticada, pela sua imprecisão, mas tem a virtude de permitir o desenvolvimento pela ciência jurídica e pela jurisprudência das soluções mais adequadas numa matéria bastante complexa e relativamente pouco estudada.

Assim entendido, o art. 33.º/4 parece filiar-se na concepção dominante em matéria de fusão internacional de sociedades, defendida designadamente por BEITZKE, segundo a qual devem ser tomadas em consideração as leis pessoais de todas as sociedades envolvidas³²⁸.

Esta tomada em consideração pode conduzir a uma aplicação distributiva ou a uma aplicação cumulativa. É necessária uma diferenciação, distinguindo entre os pressupostos, o processo e os efeitos da fusão internacional. Os pressupostos da fusão internacional devem ser submetidos a uma conexão cumulativa com as leis pessoais de todas as sociedades envolvidas³²⁹.

Quanto ao processo da fusão internacional importa distinguir conforme se trata de procedimentos a realizar isoladamente por ou no âmbito de cada uma das sociedades ou de procedimentos conjuntos. No primeiro caso aplica-se distributivamente a lei pessoal de cada uma das sociedades. No segundo caso há uma aplicação cumulativa de todas as leis pessoais.

Assim, por exemplo, à fiscalização do projecto de fusão, à deliberação e à publicidade da fusão aplica-se a lei pessoal de cada sociedade.

O acordo de fusão tem o seu próprio estatuto negocial, aplicável, na falta de conexões especiais (que existem designadamente em matéria de capacidade e de forma), à *formação, validade, interpretação, integração e efeitos obrigacionais*. Este estatuto negocial é definido pelas normas de conflitos dos arts. 41.º e 42.º CC, por se tratar de contrato excluído do âmbito de aplicação da Convenção de Roma sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais (art. 1.º/2/e)³³⁰ e do Regulamento Roma I (art. 1.º/2/f)³³¹. No

³²⁸ Ver *MünchKomm./EBENROTH* [2.ª ed., 1990: Nach Art. 10 n.ºs 486 e segs.] e *MünchKomm./KINDLER* [2006: n.ºs 848 e segs.].

³²⁹ No mesmo sentido aponta BAPTISTA MACHADO [1982: 348].

³³⁰ Cf. Mario GIULIANO e Paul LAGARDE – “Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles”, *JOCE* C 282, 31/10, 1980, 12. No pressuposto que pelo menos uma das sociedades envolvidas seja uma pessoa colectiva ou seja

entanto, as normas imperativas que digam *especificamente* respeito à formação e validade de acordos de fusão devem ser integradas no estatuto pessoal e não no estatuto negocial. Por conseguinte, serão aplicáveis as normas imperativas relativas à formação e validade dos acordos de fusão contidas nas leis pessoais de todas as sociedades envolvidas, incluindo os seus requisitos de forma e os requisitos do projecto conjunto de fusão³³².

No que toca ao Direito aplicável aos efeitos da fusão regista-se uma certa divergência doutrinal. Parece que à protecção dos credores da ou das sociedades incorporadas e aos direitos dos sócios que votem contra a fusão se deve aplicar a lei da sociedade em causa³³³. A extinção da ou das sociedades incorporadas, bem como a manutenção da qualidade de sócio dos seus sócios, devem ser previstas pelas leis pessoais de todas as sociedades envolvidas, mas os trâmites necessários à sua extinção ficam submetidos à lei da sociedade em causa. A partir da extinção da ou das sociedades incorporadas aplica-se a lei pessoal da sociedade incorporante. Já quanto a outros efeitos, anteriores à extinção da sociedade ou das sociedades incorporadas, ou simultâneos com esta extinção, parece difícil evitar a aplicação cumulativa das leis pessoais das sociedades envolvidas.

Podem surgir problemas de pluralidade ou de falta de normas aplicáveis, bem como incoerências entre as leis aplicadas a diferentes aspectos da fusão. A resolução destes problemas passará frequentemente por uma adaptação ao nível do Direito material.

As fusões internacionais de sociedades deparam com as dificuldades que resultam da divergência entre os Direitos das Sociedades nacionais, de restrições específicas à fusão internacional, de desvantagens fiscais e de condicionamentos juslaborais. Daí que frequentemente as sociedades optem por outras formas de concentração de empresas, tais como a formação de grupos de sociedades.

Estes problemas foram atenuados, mas não eliminados, no espaço comunitário, em consequência da harmonização operada pela Terceira Directiva CEE em matéria de Direito das Sociedades, relativa à fusão de sociedades anónimas.

considerada, pela lei que seria competente para definir o seu estatuto institucional, como uma realidade assimilável a uma pessoa colectiva.

³³¹ No pressuposto que pelo menos uma das sociedades envolvidas seja uma pessoa colectiva ou tenha uma organização externa e seja regulada, enquanto tal, pela lei competente para definir o seu estatuto institucional.

³³² Ver também art. 163c da Lei suíça de Direito Internacional Privado e *Zürcher Komm./VISCHER* [Art 163c n.ºs 4 e segs.]. No sentido da exclusiva aplicação destas leis pessoais ver *MünchKomm./EBENROTH* [2.º ed., 1990: *Nach Art 10 n.º 496*] e *MünchKomm./KINDLER* [2006: n.º 858].

Na União Europeia foi adoptada, em 2005, a Directiva sobre as Fusões Transfronteiriças de Sociedades de Responsabilidade Limitada³³⁴, que se destina a facilitar a fusão de sociedades de responsabilidade limitada regidas pelos Direitos de Estados-Membros diferentes. Esta Directiva foi transposta para a ordem jurídica interna pela L n.º 19/2009, de 12/5, que, designadamente, aditou uma secção II ("Fusões transfronteiriças") ao capítulo IX do C. Soc. Com.

Estabelece-se aí um regime de Direito material especial aplicável à fusão transfronteiriça de duas ou mais sociedades desde que uma das sociedades participantes na fusão tenha sede em Portugal e outra das sociedades participantes na fusão tenha sido constituída de acordo com a legislação de um Estado-Membro, nos termos da Directiva n.º 2005/56/CE, e tenha a sede estatutária, a administração central ou o estabelecimento principal no território da Comunidade (art. 117.º-A/1). São excluídas as sociedades em nome colectivo e as sociedades em comandita simples (art. 117.º-A/2).

É subsidiariamente aplicável, às sociedades com sede em Portugal participantes nesse processo de fusão transfronteiriça, o regime aplicável às fusões internas, em especial no que respeita ao processo de tomada de decisão relativo à fusão, à protecção dos credores das sociedades objecto de fusão, dos obrigacionistas e dos direitos dos trabalhadores que não sejam regulados por lei especial (art. 117.º-B).

Também o Regulamento Relativo ao Estatuto da Sociedade Europeia, de 2001³³⁵, disciplina a constituição da Sociedade Europeia por fusão de sociedades anónimas (arts. 17.º e segs.)³³⁶ (*infra* § 60).

Por outro lado, o TCE entendeu, na decisão proferida no caso *Sevic* (2005)³³⁷, que as fusões de sociedades sedeadas em diferentes Estados-

³³³ Cp., a favor da aplicação cumulativa, *MünchKomm./EBENROTH* [2.ª ed., 1990: *Nach Art 10 n.º 498 e seg.*] e *MünchKomm./KINDLER* [2006: n.º 863].

³³⁴ Dir. 2005/56/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26/10/2005, *JOCE* L 310/1, de 25/11/2005.

³³⁵ Reg. (CE) n.º 2157/2001, do Conselho, de 8/10/2001 [*JOCE* L 294/1, de 10/11/2001].

³³⁶ Ver também arts. 5.º e segs. do DL n.º 2/2005, de 4/1, que aprova o regime jurídico aplicável às sociedades anónimas europeias com sede em Portugal e à constituição de sociedades anónimas europeias em que estejam envolvidas sociedades reguladas pelo Direito interno português.

³³⁷ 13/12/2005 [*in* <http://curia.europa.eu>].

-Membros constituem formas particulares de exercício da liberdade de estabelecimento³³⁸. Daí que uma diferença de tratamento entre sociedades segundo a natureza interna ou transfronteiriça da fusão seja considerada uma restrição ao direito de estabelecimento na acepção dos artigos 43.º e 48.º TCE, que só pode ser admitida se prosseguir um objectivo legítimo e compatível com o Tratado e se se justificar por razões imperiosas de interesse geral. É ainda necessário, em tal caso, que a sua aplicação seja adequada a garantir a realização do objectivo assim prosseguido e que não ultrapasse o que é necessário para o atingir³³⁹.

A jurisdição comunitária admite que possam existir razões imperiosas de interesse geral, como a protecção dos interesses dos credores, dos sócios minoritários e dos trabalhadores, e a preservação da eficácia das inspecções fiscais e da lealdade nas transacções comerciais, que possam, em certas circunstâncias e no respeito de certas condições, justificar uma medida restritiva da liberdade de estabelecimento³⁴⁰. Mas assinala que o facto de, num Estado-Membro, se recusar genericamente a inscrição no registo comercial de uma fusão entre uma sociedade com sede nesse Estado e uma sociedade com sede noutro Estado-Membro tem o resultado de impedir a realização de fusões transfronteiriças mesmo quando esses interesses não estejam ameaçados; e acrescenta que, de qualquer modo, uma norma como essa vai além do necessário para atingir os objectivos de protecção dos referidos interesses³⁴¹.

Com estes fundamentos, o TCE decidiu que os arts. 43.º e 48.º TCE se opõem a que, num Estado-Membro, a inscrição no registo comercial nacional de uma fusão, por dissolução de uma sociedade sem liquidação e por transmissão universal do seu património para outra sociedade, seja genericamente recusada quando uma das duas sociedades tem a sua sede noutro Estado-Membro, apesar de essa inscrição ser possível, respeitadas certas condições, quando ambas as sociedades que participam na fusão têm sede no território do primeiro Estado-Membro.

L) *Coligações de sociedades*

O regime internacionalprivatístico das coligações de sociedades é uma matéria relativamente recente e controversa que não vou examinar em pormenor. Vou apenas fazer referência às normas de Direito Internacional Pri-

³³⁸ N.º 19.

³³⁹ N.ºs 22 e 23.

³⁴⁰ N.º 28.

³⁴¹ N.º 30.

vado contidas no título VI do Código das Sociedades Comerciais e acrescentar algumas primeiras reflexões³⁴².

Começarei por observar que as normas de Direito Internacional Privado contidas no C. Soc. Com. não contêm uma regulação sistemática da matéria e adoptam uma perspectiva unilateralista que dá lugar a frequentes lacunas.

O art. 481.º/2 começa por determinar que este título só se aplica a sociedades com sede em Portugal, salvo o disposto nas alíneas seguintes. Este preceito levanta desde logo dificuldades no caso de relações entre uma sociedade que tem sede em Portugal e outra com sede no estrangeiro. Um dos sentidos literais possíveis é a de que o t. VI, ressalvadas as excepções consagradas nas alíneas do art. 481.º/2, só é aplicável às relações internas.

A favor desta interpretação pode invocar-se a al. a) do n.º 4 do art. 489.º, que determina que a relação de grupo termina se a sociedade dominante ou a sociedade dependente deixarem de ter a sua sede em Portugal. Assim, aparentemente, se uma das sociedades não tiver sede em Portugal não se aplica o disposto quanto à responsabilidade para com credores da sociedade subordinada, à responsabilidade por perdas da sociedade subordinada e ao direito de dar instruções.

A seguir-se este entendimento, levanta-se a questão de saber qual o Direito que rege estas questões quando se trate de relações internacionais.

Uma primeira observação, a este respeito, é a de que nem as coligações de sociedades, em geral, nem os grupos de sociedades, mais restritamente, são tratados pelo Direito como um ente colectivo com um estatuto pessoal unitário. Em princípio, cada sociedade que integra a coligação tem o seu próprio estatuto pessoal. Com efeito, foi atrás assinalado que se deve entender por sede da administração o lugar onde as decisões fundamentais da direcção são convertidas em actos de administração corrente (*supra* B).

Quando a sociedade dominante e a sociedade dependente estão submetidas a leis diferentes coloca-se a questão de saber qual das leis é aplicável, designadamente, aos deveres de comunicação; à proibição de aquisição de participações em sociedades dominantes; ao poder de a sociedade dominante dar instruções à dependente; à responsabilidade da sociedade dominante perante a sociedade dependente, os seus sócios livres ou os seus credores; e, à responsabilidade dos administradores da sociedade dominante para com a sociedade dependente.

³⁴² Ver ainda o art. 3.º/2 do DL n.º 495/88, de 30/12, sobre a aquisição e detenção de participações em sociedades de estatuto pessoal estrangeiro por parte de sociedades gestoras de participações sociais.

Deve atender-se ao critério do fim de protecção das normas em causa³⁴³.

A maioria das normas que regulam as coligações de sociedades destina-se principalmente à protecção dos interesses da sociedade dependente, dos seus sócios livres e dos seus credores. Estas normas serão aplicáveis quando integrem a lei pessoal da sociedade dependente. Por exemplo, as normas que estabelecem deveres de comunicação da sociedade dominante à sociedade dependente; a responsabilidade da sociedade dominante perante a sociedade dependente, os seus sócios livres ou os seus credores; e a responsabilidade dos administradores da sociedade dominante para com a sociedade dependente.

Algumas normas destinam-se principalmente à protecção dos interesses da sociedade dominante. É o caso da norma que proíbe a aquisição de participações em sociedades dominantes. Estas normas serão aplicáveis quando integrem a lei pessoal da sociedade dominante.

Restam as normas que se destinam principalmente à protecção dos interesses do grupo no seu conjunto ou, pelo menos, de ambas as sociedades em presença. Estas normas suscitam maiores dificuldades, podendo exigir uma articulação de ambas as leis pessoais. Isto pode conduzir a uma conexão plural. Assim, o poder de a sociedade dominante dar instruções vinculantes à administração da sociedade dependente tem de ser *permitido* pelas leis pessoais de ambas as sociedades³⁴⁴. Mas também pode traduzir-se numa aplicação distributiva. Por exemplo, a imposição de um dever de diligência ao órgão de administração da sociedade dominante, relativamente ao grupo, tanto pode resultar da lei pessoal da sociedade dominante como, no que toca às instruções dadas à administração da sociedade dependente, da lei pessoal desta última sociedade.

Se for competente a lei pessoal de uma sociedade com sede no estrangeiro aplicar-se-á o regime material aí contido. Mas se a sociedade tiver a sua sede em Portugal, não há aparentemente normas aplicáveis³⁴⁵, por força da limitação introduzida pelo 481.º/2 C. Soc. Com.³⁴⁶. Desta limitação

³⁴³ Para mais indicações bibliográficas ver LIMA PINHEIRO [1998a: 777 n. 134] e KEGEL/SCHURIG [8.ª ed., 2000: 511, 9.ª ed., 2004: 584].

³⁴⁴ Claro que este poder também tem de ser *atribuído* seja pelo contrato de grupo seja, no grupo de facto, por uma das leis pessoais em presença.

³⁴⁵ Isto sem prejuízo da aplicabilidade das normas, relevantes para o regime das coligações de sociedades, que constem de outros títulos do Código das Sociedades Comerciais (designadamente os arts. 325.º-A e 325.º-B CSC) ou de outros diplomas. Ver também o art. 21.º/3 C. Val. Mob.

³⁴⁶ Quanto às consequências da inaplicabilidade do título VI do Código das Socie-

resulta que as normas contidas nos arts. 482.º e segs. CSC são espacialmente autolimitadas, só se aplicando a relações internas³⁴⁷. Esta opção do legislador português suscita muitas reservas³⁴⁸.

Nas suas alíneas, o n.º 2 do art. 481.º contém algumas normas de conflitos unilaterais.

A al. a) do n.º 2 do art. 481.º determina que a proibição de aquisição de participações, pela sociedade dependente, de sociedades que a dominem, é aplicável quando a sociedade dominante tiver sede no estrangeiro. Esta norma é criticável, designadamente, porque a proibição de aquisição de participações da sociedade dominante não é aplicável quando a sociedade dominante tiver sede em Portugal (e a sociedade dependente sede no estrangeiro). Neste caso ficam sem protecção os interesses dos sócios livres e dos credores da sociedade dominante. Esta norma contraria o critério de delimitação entre o domínio de aplicação de cada uma das leis pessoais das sociedades em presença atrás defendido e, por conseguinte, como “norma adversa ao sistema”, não deve ser bilateralizada³⁴⁹.

dades Comerciais às coligações internacionais de sociedades ver ENGRÁCIA ANTUNES [2002b: 311 e seg.].

³⁴⁷ Neste sentido, ENGRÁCIA ANTUNES [2002b: 308]. Considerando que no caso de participações indirectas é irrelevante a sede das sociedades interpostas, ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA [2009: Art. 481.º n.º 14].

Cp. PINTO RIBEIRO [1990: 206], que retira da alteração introduzida pelo DL n.º 280/87, de 8/7, no texto do art. 488.º, um argumento no sentido da aplicação do regime do grupo por domínio total mesmo quando a sociedade dominante não tenha sede em Portugal. Mas esta alteração também pode explicar-se pela desnecessidade da referência à “sede em Portugal” da sociedade dominante perante a norma de aplicação no espaço contida no art. 481.º/2. Cf., neste último sentido, ENGRÁCIA ANTUNES [2002b: 853 e seg.], e RAÚL VENTURA [1994: 108 n. 3]. Cp. ainda MENEZES CORDEIRO [2007: 989], afirmando que em resultado da introdução dos arts. 325.º-A e 325.º-B CSC o art. 481.º/2 só opera relativamente às sociedades por quotas.

³⁴⁸ Ver a crítica tecida por ENGRÁCIA ANTUNES [2002a: 107 e segs. e 2002b: 311 e segs.], concluindo que a diferença de tratamento entre grupos estrangeiros e nacionais é de duvidosa compatibilidade com o princípio constitucional da igualdade e com os princípios comunitários da não-discriminação em razão da nacionalidade e da liberdade de estabelecimento. Ver ainda OLIVEIRA ASCENSÃO [2000: 576 e seg.], ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO [2005: 785] e ANA PERESTRELO OLIVEIRA [2009: Art. 481.º n.º 12].

³⁴⁹ O art. 481.º/2/a vem converter a norma do art. 487.º numa norma de aplicação necessária, visto que esta norma se torna aplicável mesmo quando a lei portuguesa não é competente para reger o estatuto pessoal da sociedade dominante. Mas o âmbito de aplicação do art. 487.º é muito restringido pelo disposto nos arts. 325.º-A e 325.º-B CSC com respeito às sociedades anónimas. Ver, a este respeito, o preâmbulo do DL n.º 328/95, de 9/12. Por força do art. 325.º-A/3 o regime de subscrição, aquisição e detenção de acções

A al. b) determina que os deveres de publicação e declaração de participações por sociedades com sede em Portugal abrangem as participações delas em sociedades com sede no estrangeiro e destas naquelas. A redacção dada a este preceito suscita dúvidas. Parece que se trata de uma norma unilateral *ad hoc* que desencadeia a aplicação das normas que estabelecem deveres de publicação e declaração de participações quando a sociedade participante ou a sociedade participada têm sede em Portugal. Desta norma unilateral pode resultar que determinadas normas materiais da lei portuguesa sejam de aplicação necessária. Por exemplo, o art. 484.º CSC, que segundo o critério atrás exposto seria aplicável quando a lei portuguesa fosse chamada a título de lei pessoal da sociedade participada, passa a ser aplicável também quando a sociedade participante tem sede em Portugal e a sociedade participada tem sede no estrangeiro³⁵⁰. Na medida em que representa um desvio ao critério de delimitação entre o domínio de aplicação de cada uma das leis pessoais em presença esta norma unilateral também não deve, em princípio, ser bilateralizada³⁵¹.

A al. c) estabelece que a sociedade com sede no estrangeiro que seja considerada dominante de uma sociedade com sede em Portugal é responsável para com esta sociedade e os seus sócios nos termos do art. 83.º e, se for caso disso, do art. 84.º CSC. Esta alínea não contém uma excepção à regra estabelecida pelo proémio do art. 481.º/2, uma vez que não diz respeito à aplicação de normas do Tít. VI do Código das Sociedades Comerciais³⁵².

A circunstância de a sociedade dominante poder não ser sócia da sociedade dependente torna claro que se trata de uma norma de Direito material especial (e não só de determinar o âmbito de aplicação no espaço

da sociedade dominante por sociedade dela dependente aplica-se ainda que a sociedade dependente tenha sede no estrangeiro, desde que a sociedade dominante esteja sujeita à lei portuguesa. Esta norma unilateral conforma-se com o critério geral de delimitação entre o domínio de aplicação das pessoais em presença atrás justificado e, por isso, deve ser bilateralizada.

³⁵⁰ Cp. ENGRÁCIA ANTUNES [2002b: 315], no sentido de esta alínea se reportar apenas aos deveres de declaração e publicação na apresentação das contas sociais. O único argumento invocado neste sentido, porém, é a distinção traçada no art. 484.º/1, de onde, a meu ver, nada se retira para a interpretação do art. 481.º/2/b. Cp. também ANA PERESTRELO OLIVEIRA [2009: Art. 481.º n.º 17], que invoca os arts. 485.º/5 e 486.º/3.

³⁵¹ A aplicação de normas de um ordenamento que impõem deveres de publicação e declaração de participações quando este ordenamento rege o estatuto pessoal seja da sociedade participada seja da sociedade participante só se justificará quando tais normas protejam os interesses ligados a ambas as sociedades.

³⁵² Cf. ENGRÁCIA ANTUNES [2002b: 315 e seg.].

dos arts. 83.º e 84.º com respeito às coligações de sociedades). A norma de conflitos unilateral *ad hoc* encastrada nesta norma material submete à lei portuguesa a responsabilidade solidária da sociedade dominante com sede no estrangeiro com os titulares de órgãos sociais que designe, eleja ou influencie e, aparentemente, a responsabilidade ilimitada da sociedade com domínio total, em caso de falência da sociedade dependente, pelas obrigações contraídas por esta sociedade, nas circunstâncias previstas no art. 84.º. Esta solução é bilateralizável: estas formas de responsabilidade ficam submetidas à lei pessoal da sociedade dependente.

A al. d), introduzida pelo DL n.º 76-A/2006, de 29/3, ressalva a constituição de uma sociedade anónima sob domínio total inicial de uma sociedade com sede no estrangeiro. O preceito é ambíguo, não sendo claro se visa apenas a aplicação dos n.ºs 1 e 2 do art. 488.º, por forma a permitir a constituição da sociedade, ou também a aplicação do regime dos grupos constituídos por domínio total (interpretação que colide com o disposto no art. 489.º/4/a que seria aplicável *ex vi* art. 488.º/3)³⁵³.

M) Desconsideração da personalidade colectiva

A desconsideração da personalidade colectiva não é um instituto jurídico mas um ou método ou *técnica* que se traduz no afastamento da autonomia jurídica de uma pessoa colectiva num caso concreto³⁵⁴.

Em todos os principais sistemas jurídicos o reconhecimento da personalidade colectiva tem subjacente o princípio da separação entre a esfera jurídica do ente colectivo e as esferas jurídicas dos seus membros. As situações em que se admite uma limitação a este princípio são *excepcionais*. De resto, não só se registam grandes divergências entre os sistemas nacionais quanto à delimitação dos casos em que se admite uma desconsideração da personalidade colectiva como subsistem, dentro de cada um dos sistemas, muitas dúvidas e incertezas a este respeito.

Nalguns casos a desconsideração da personalidade colectiva resulta de uma regra legal. É o que se verifica, entre nós, em matéria de sociedades unipessoais, perante os arts. 84.º e 270.º-F/4 C. Soc. Com.

³⁵³ Neste segundo sentido, porém, ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA [2009: Art. 481.º n.º 19], que defende ainda uma “interpretação extensiva” do art. 481.º/2/d que permitiria submeter às normas do C. Soc. Com. as relações de domínio total superveniente de sociedade com sede em Portugal por sociedade com sede no estrangeiro.

³⁵⁴ Cf. KARSTEN SCHMIDT – *Gesellschaftsrecht*, 4.ª ed., Colónia et al., 2012, 217.

Noutros casos a desconsideração da personalidade colectiva poderá encontrar fundamento em institutos jurídicos como o abuso do direito, a responsabilidade extracontratual e, porventura, a fraude à lei.

Numa ordem jurídica que conta com a certeza e a previsibilidade jurídicas entre os seus valores fundamentais e que permite o mais amplo recurso à personalidade colectiva impõe-se a maior prudência na admissibilidade de casos de desconsideração da personalidade colectiva não cobertos por previsões legais. Isto é particularmente evidente nos sistemas, como o português e o alemão, em que se admite a constituição de sociedades unipessoais, que têm justamente como principal função a de permitir que um empresário individual beneficie da limitação de responsabilidade³⁵⁵.

O problema da determinação do Direito aplicável à desconsideração da personalidade colectiva também se encontra pouco estudado entre nós. A elaboração doutrinal sobre o tema deve-se principalmente aos autores alemães. Mas o contexto definido pelo sistema alemão é diferente pelo menos em dois aspectos essenciais que devem ser assinalados.

Por um lado, a doutrina e a jurisprudência alemãs desenvolveram todo um conjunto de soluções materiais em matéria de desconsideração da personalidade colectiva que tornam o sistema alemão num dos mais favoráveis a esta técnica.

Por outro, o Direito Internacional Privado alemão não contém regras legais sobre o Direito aplicável às pessoas colectivas.

A situação é muito diferente perante o sistema português, que expressamente determina no art. 33.º/2 CC que a responsabilidade dos membros da pessoa colectiva perante terceiros é disciplinada pela lei pessoal.

Por certo que a técnica da desconsideração da personalidade colectiva não é reclamada apenas para hipóteses de responsabilidade dos membros da pessoa colectiva. Estas hipóteses constituem apenas o principal grupo de casos em que tem sido reclamada a desconsideração (que na Alemanha é designado por *Durchgriffshaftung*).

O art. 33.º/2 CC resolve expressamente o problema do Direito aplicável aos casos de responsabilidade dos membros da pessoa colectiva perante terceiros.

Segundo doutrina bem estabelecida, nos casos de “dupla desconsideração” [*Doppeldurchgriff*], em que se pretende “furar” a personalidade colectiva de duas ou mais sociedades que estabelecem relações de domínio com vários graus, deve aplicar-se à desconsideração da personalidade colec-

³⁵⁵ Cf. KARSTEN SCHMIDT, op. cit., 1255 e segs..

tiva de cada sociedade dependente a sua respectiva lei pessoal³⁵⁶. Neste sentido pesam a certeza e a previsibilidade jurídicas. Os sócios de uma pessoa colectiva sujeita a determinada lei devem poder determinar, com base nessa lei, até que ponto é que podem contar com o princípio da separação e quais as condutas que são susceptíveis de gerar uma excepção a este princípio.

Já noutros casos de desconsideração da personalidade colectiva haverá que proceder a uma qualificação, com base numa caracterização jurídica da pretensão segundo as leis potencialmente aplicáveis e à luz das finalidades prosseguidas pelas normas de conflitos em presença.

As principais teses que têm sido defendidas na doutrina germânica são a tese unitária [*Einheitslehre*] e a tese da diferenciação [*Differenzierungslehre*]³⁵⁷.

Segundo a tese unitária, que é a dominante, todos os casos de desconsideração devem, em princípio, ser apreciados segundo o estatuto da sociedade dominada³⁵⁸.

A favor desta tese são invocados três argumentos principais³⁵⁹.

Primeiro, a vantagem de submeter todas as relações jurídicas da sociedade a um estatuto unitário, ligada à facilidade na determinação do Direito aplicável. A admissibilidade de uma desconsideração da personalidade colectiva com base noutras leis implicaria riscos imprevisíveis, o que dificultaria a actividade transnacional das empresas e desincentivaria a participação societária em empresas envolvidas no comércio internacional³⁶⁰.

Segundo, o interesse dos credores da sociedade numa igualdade de tratamento.

Terceiro, que só a ordem jurídica que estabelece a separação entre a esfera jurídica da sociedade e a esfera jurídica dos seus sócios pode regular os limites a esta separação.

A tese da diferenciação, que apresenta diversas variantes, defende uma conexão diferenciada segundo a natureza da relação jurídica entre o credor e a sociedade ou sócio, a valoração dos interesses subjacentes à desconsideração ou o fundamento jurídico da desconsideração.

³⁵⁶ Cf. *Staudinger/GROBFELD* [1998: n.º 356] e *MünchKomm./KINDLER* [2006: n.º 620].

³⁵⁷ Para uma panorâmica sobre estas teses ver MENEZES CORDEIRO [2000: 164 e segs.] e REHBINDER [2001: 530 e segs.].

³⁵⁸ Ver jurisprudência referida por REHBINDER [2001: n. 4], MANN [1974: 84 e segs.]; VISCHER [2004: Vor Art. 150-165 n.º 29]; *MünchKomm./KINDLER* [2006: n.ºs 609 e segs.].

³⁵⁹ Cf. *MünchKomm./KINDLER* [2006: n.ºs 605 e 610 e segs.].

³⁶⁰ Cf. *Staudinger/GROBFELD* [1998: n.º 349].

Segundo uns, deveria diferenciar-se conforme a desconsideração serve a protecção dos credores em geral (lei pessoal) ou a protecção de um credor particular que tem uma relação individual com a sociedade ou com um sócio (lei aplicável a esta relação)³⁶¹ ou entre os casos de fraude a deveres de conduta contratuais ou legais (lei aplicável aos efeitos) e os de confusão de patrimónios, subcapitalização e direcção alheia da sociedade (lei pessoal)³⁶².

Outros autores defendem uma tripartição entre desconsideração para a protecção da generalidade dos credores, desconsideração para a solução de "conflitos de normas" e desconsideração para a "protecção de interesses jurídico-civis"³⁶³.

Neste sentido faz-se valer que a desconsideração da personalidade colectiva não é um instituto jurídico unitário, mas tão-somente uma cláusula geral que abrange diversos grupos de casos que têm subjacentes diferentes valorações de interesses³⁶⁴. Daí que não seja possível uma solução conflitual unitária para todas as questões jurídicas que suscita.

Em resultado, porém, a divergência fundamental diz respeito à qualificação da desconsideração a favor de um credor particular. Enquanto a tese unitária aplica neste caso a lei pessoal da sociedade, a maior parte dos partidários da tese da diferenciação defende o recurso às normas de conflitos em matéria de responsabilidade contratual, pré-contratual ou extracontratual.

Alguns autores propugnam ainda por uma aplicação alternativa da lei pessoal da sociedade seja com a lei reguladora da relação entre o credor e a sociedade (designadamente o estatuto contratual ou da responsabilidade extracontratual)³⁶⁵ seja com a lei do Estado em que está situado o património da sociedade dominante³⁶⁶, por forma a favorecer a protecção dos credores.

Estas soluções alternativas são de reprovar. Se o princípio nesta matéria é o da separação das esferas jurídicas da sociedade e dos seus membros e se, portanto, os casos de desconsideração são excepcionais, não há nenhuma razão para favorecer a desconsideração da personalidade colectiva através do Direito de Conflitos. Pelo contrário, a possibilidade de uma des-

³⁶¹ Cf., designadamente, KOPPENSTEINER [1973: 106 e segs.].

³⁶² Cf. CLAUDIA SCHMIDT [1993: 153 e segs.].

³⁶³ Cf., designadamente, REHBINDER [2001: 533 e segs.] e *Staudinger/GROßFELD* [1998: 355 e segs.].

³⁶⁴ Cf. MENEZES CORDEIRO [2000: 165], REHBINDER [2001: 532 e seg.] e WIMMER-LEONHARDT [2004: 743].

³⁶⁵ Cf. BERNSTEIN [1981: 56].

³⁶⁶ Cf. *MünchKomm./KINDLER* [2006: n.º 618-619].

consideração com base numa pluralidade de leis comprometeria a unidade e coerência do regime de protecção dos credores sociais vigente em cada ordem jurídica³⁶⁷, bem como a previsibilidade dos riscos que correm as empresas transnacionais³⁶⁸ e, com isso, dificultaria o investimento internacional e o comércio internacional.

A desconsideração da personalidade colectiva deve ser admitida se e na medida em que o Direito que apresenta a ligação mais significativa com a situação o prescreva.

Se o Direito estrangeiro competente negar a desconsideração num caso em que o Direito do foro a permitiria, a valoração feita pelo Direito estrangeiro competente deve ser respeitada a não ser que seja manifestamente incompatível com um princípio ou norma fundamental da ordem jurídica do foro e que exista uma ligação suficiente com o Estado do foro. Neste caso pode actuar a reserva de ordem pública internacional. Esta actuação é sobretudo concebível no caso de a sociedade exercer actividade no Estado do foro e estar em causa um credor aqui residente ou sedado.

Isto é reforçado no contexto de um sistema como o português em que a admissibilidade de casos de desconsideração de personalidade colectiva não cobertos por previsões legais é controvertida e, em que, por conseguinte, não há qualquer base jurídico-positiva para prosseguir ao nível do Direito de Conflitos uma orientação maximizadora da desconsideração da personalidade colectiva.

Em minha opinião, é de preferir *de lege ferenda* a tese que diferencia entre desconsideração para a protecção da generalidade dos credores, desconsideração para a solução de “conflitos de normas” e desconsideração para a protecção de um credor individualizado.

Caso esteja em causa a protecção da generalidade dos credores os argumentos aduzidos a favor da aplicação da lei pessoal da sociedade ganham prevalência e, por isso, deve ser esta a lei aplicável à desconsideração. Há que preservar a unidade e coerência do regime de protecção dos credores vigente numa ordem jurídica e, por conseguinte, a lei aplicável à desconsideração deve ser, neste caso, a mesma que, em geral, regula a protecção dos credores³⁶⁹.

Já no caso de “conflitos de normas” – entre as normas que estabelecem a separação das esferas jurídicas e o fim de uma norma de Direito

367 Cf. ZIMMER [1995: 354 e seg.] e WIMMER-LEONHARDT [2004: 745].

368 Ver também *MünchKomm./KINDLER* [2006: n.º 612].

369 Cf. ZIMMER [1995: 351] e WIMMER-LEONHARDT [2004: 735].

comum — deveria ser feita uma ponderação entre a lei pessoal e a lei aplicável aos efeitos em causa.

Quando esteja em causa a protecção de um credor individualizado deveria aplicar-se a lei que regula a relação entre o credor e a sociedade ou o sócio. É esta, por certo, a lei do Estado que apresenta uma conexão mais estreita com a situação.

Duvido, porém, que esta solução seja a que melhor se ajusta ao nosso Direito positivo. O art. 33.º/2 CC, ao sujeitar à lei pessoal a responsabilidade dos membros da pessoa colectiva perante terceiros, tem claramente subjacente uma ideia de unidade do estatuto pessoal, que justifica a aplicação da lei pessoal a todos os casos de desconsideração com função de responsabilidade.

60. As pessoas colectivas internacionais

Segundo o critério de classificação anteriormente exposto são pessoas colectivas internacionais as que são personificadas pela ordem jurídica internacional. É também este o conceito de pessoa colectiva internacional relevante para o Direito Internacional Público.

Vou começar por tocar o problema do reconhecimento da pessoa colectiva internacional na ordem jurídica interna, que é importante para a determinação do seu estatuto pessoal.

Para examinar o problema do reconhecimento da pessoa colectiva internacional na ordem jurídica interna é necessário ter em conta o sistema de relevância do Direito Internacional Público nesta ordem jurídica. Na ordem jurídica portuguesa vigora um sistema de recepção automática do Direito Internacional Público convencional e derivado (art. 8.º/2 e 3 CRP).

Daqui decorre que a pessoa colectiva internacional instituída por tratado celebrado pelo Estado português ou por deliberação dos órgãos de organizações internacionais de que Portugal seja parte (nos termos dos tratados constitutivos) goza na ordem jurídica interna da personalidade jurídica que resultar do acto de Direito Internacional.

A situação é diferente relativamente às pessoas colectivas instituídas por tratados internacionais ou por deliberações de organizações internacionais de que Portugal não seja parte. Neste caso a pessoa colectiva não é reconhecida na ordem interna por força do Direito Internacional Público. Não há sequer uma obrigação internacional de reconhecer a pessoa colectiva internacional na ordem jurídica interna. Este reconhecimento depende

inteiramente das normas de Direito Internacional Privado de fonte interna³⁷⁰.

Para a definição do *estatuto pessoal* é importante saber se a pessoa colectiva é ou não reconhecida na ordem jurídica interna por força do Direito Internacional Público.

Se a pessoa colectiva é reconhecida na ordem jurídica interna por força de um acto de Direito Internacional Público, há que respeitar o disposto neste acto sobre o regime aplicável. A solução conflitual a ter em conta é, em primeira linha, a que consta do acto internacional.

Mesmo que o acto de Direito Internacional remeta para um Direito estadual, não é inteiramente correcto afirmar que este Direito estadual define globalmente o estatuto desta pessoa colectiva. Com efeito, o estatuto desta pessoa colectiva é sempre parcialmente regulado pelo Direito Internacional Público, designadamente quanto ao disposto no acto constitutivo e nos estatutos anexos sobre a sua constituição, organização, personalidade e capacidade jurídicas. O Direito estadual tem, neste caso, uma competência meramente subsidiária³⁷¹.

É frequente que nos estatutos das organizações internacionais, incluindo aquelas que realizam transacções segundo procedimentos de Direito privado, se preveja apenas o recurso subsidiário a uma lei nacional, ou até que não haja qualquer remissão para um Direito nacional³⁷².

Segundo uma opinião, seria inevitável a referência a um sistema jurídico estadual para interpretar e completar os estatutos³⁷³. Mas tende a prevalecer o entendimento, mais conforme com a realidade jurídica, segundo a qual há organizações internacionais exclusivamente submetidas ao Direito Internacional Público³⁷⁴. Estas organizações regem-se pelo acto

³⁷⁰ Naturalmente que a situação seria diferente se vigorasse na ordem jurídica portuguesa uma convenção sobre reconhecimento e (ou) o Direito aplicável às pessoas colectivas que fosse aplicável às pessoas colectivas internacionais, o que não é o caso.

³⁷¹ Cf. WIEDEMANN [1980: 881 e seg.], *MünchKomm./EBENROTH* [1990: *Nach Art 10 n.ºs 539 e segs.*] e *MünchKomm./KINDLER* [1999: n.ºs 706 e segs.].

³⁷² Por exemplo, a Sociedade Financeira Internacional e a Associação Internacional de Desenvolvimento.

³⁷³ BATIFFOL/LAGARDE [1993: 331 e seg.] afirmam que é inevitável a referência a um sistema jurídico vigente para interpretar e completar os estatutos, ou pelo menos, confiar a tarefa a uma jurisdição internacional que elaboraria um sistema novo.

³⁷⁴ Ver *MünchKomm./EBENROTH* [1990: *Nach Art. 10 n.ºs 547 e segs.*] e *MünchKomm./KINDLER* [3.ª ed., 1999: n.ºs 722 e segs.].

constitutivo, pelos estatutos e pelo Direito consuetudinário das organizações internacionais³⁷⁵. São exemplos, a ONU, o Banco Internacional para a Reconstrução e o Desenvolvimento (vulgo Banco Mundial) e o Fundo Monetário Internacional.

Relativamente às questões que não são reguladas pelo costume internacional é sempre possível recorrer a outras fontes internacionais, designadamente à jurisprudência internacional e aos princípios comuns aos sistemas nacionais.

Também pode haver entes colectivos cujo estatuto seja primariamente definido pelo Direito Comunitário, como se verifica no caso do *Agrupamento Europeu de Interesse Económico* (AEIE)³⁷⁶, da *Sociedade Europeia* (SE)³⁷⁷, da *Sociedade Cooperativa Europeia* (SCE)³⁷⁸ e do *Agrupamento Europeu de Cooperação Territorial* (AECT)³⁷⁹. Estes entes colectivos, porém, não têm personalidade internacional.

A atribuição ao AEIE de personalidade jurídica na ordem jurídica interna depende do Direito do Estado-Membro em que o agrupamento está registado (art. 1.º/3 do Regulamento Relativo à Instituição de um AEIE)³⁸⁰.

³⁷⁵ Cf. *MünchKomm./EBENROTH* [1990: Nach Art 10 n.ºs 549 e segs.] e *Staudinger/GROBFELD* [1993: n.º 551].

³⁷⁶ Reg. (CEE) n.º 2137/85, de 25/7, *JOCE* L 199/1, de 31/07/1985. Ver LIMA PINHEIRO [1998a: 834 e segs.] e MENEZES CORDEIRO [2005: 845 e segs.].

³⁷⁷ Reg. (CE) n.º 2157/2001, de 8/10, *JOCE* L 294/1, de 10/11/2001. Ver LIMA PINHEIRO [1998a: 849 e segs.]; Fausto POCAR – “Le statut de la société européenne: une étape importante dans l’évolution du droit communautaire”, in *Est. Isabel de Magalhães Collaço*, vol. I, 855-865, Coimbra, 2002; Gaudencio ESTEBAN VELASCO e Luis FERNÁNDEZ DEL POZO (org.) – *La Sociedad Anónima Europea*, Madrid, 2004; Rui PINTO DUARTE – “A sociedade (anónima) europeia – uma apresentação”, *Cadernos de Direito Privado* n.º 6 (2004) 3; MENEZES CORDEIRO [2005: 905 e segs.]; Maria ÂNGELA BENTO SOARES – “A sociedade anónima europeia: sociedade de direito comunitário?”, in *Nos 20 Anos do Código das Sociedades Comerciais*, vol. I, 707-783, Coimbra, 2007; CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ [2008: 452 e segs.].

³⁷⁸ Reg. (CE) n.º 1435/2003, de 22/7, *JOCE* L 207/1, de 18/8/2003. Rectificação *JOCE* L 49/35, 17/2/2007. Ver MENEZES CORDEIRO [2005: 1043 e segs.]; Javier CARRASCOSA GONZÁLEZ – “Sociedad cooperativa europea: aspectos de Derecho Internacional Privado”, in *La Unión Europea ante el Derecho de la Globalización*, org. por CALVO CARAVACA e Castellanos Ruiz, 87-120, Madrid, 2008; CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ [2008: 455-456].

³⁷⁹ Reg. (CE) n.º 1082/2006, de 5/7, *JOCE* L 210/19, de 31/7/2006.

³⁸⁰ Os AEIE com sede estatutária em Portugal adquirem personalidade jurídica com a inscrição definitiva da sua constituição no registo (art. 1.º do DL n.º 148/90, de 9/5).

O Direito do Estado da sede fixada no contrato de agrupamento é subsidiariamente aplicável ao estatuto do AEIE (art. 2.º/1)³⁸¹.

A SE tem personalidade jurídica por força do Regulamento Relativo ao Estatuto da SE (art. 1.º/3). É regulada em primeira linha pelo Regulamento e, na medida em que o Regulamento o autorize expressamente, pelos estatutos (art. 9.º/1/a e /b). Subsidiariamente a SE é regulada pelas disposições legislativas adoptadas pelos Estados-Membros em aplicação de medidas comunitárias que visem especificamente as SE e pelas disposições legislativas dos Estados-Membros que são aplicáveis a uma sociedade anónima constituída segundo o Direito do Estado-Membro onde a SE tem a sua sede (art. 9.º/1/c)³⁸².

A SCE tem personalidade jurídica por força do Regulamento Relativo ao Estatuto da Sociedade Cooperativa Europeia (art. 18.º/1). É regulada em primeira linha pelo Regulamento e, na medida em que o Regulamento o autorize expressamente, pelos estatutos (art. 8.º/1/a e b). Subsidiariamente a SCE é regulada pelas disposições legislativas adoptadas pelos Estados-Membros em aplicação de medidas comunitárias que visem especificamente as SCE, pelas disposições legislativas dos Estados-Membros que são aplicáveis a uma cooperativa constituída segundo o Direito do Estado-Membro onde a SCE tem a sua sede e pelas disposições dos estatutos da SCE, nas mesmas condições que para as sociedades cooperativas constituídas segundo o direito do Estado-Membro da sede da SCE (art. 8.º/c)³⁸³.

O AECT tem personalidade jurídica por força do Regulamento Relativo aos Agrupamentos Europeus de Cooperação Territorial (art. 1.º/3). Tem por objectivo facilitar e promover a cooperação transfronteiriça, transnacional e/ou inter-regional entre Estados-Membros e/ou entes públicos autónomos de dois ou mais Estados-Membros, exclusivamente no intuito de reforçar a coesão económica e social (arts. 1.º/2 e 3.º). Rege-se em primeira linha

³⁸¹ Relativamente aos AEIE com sede estatutária em Portugal, ver DL n.º 148/90, de 9/5, e DL n.º 1/91, de 5/1.

³⁸² Ver DL n.º 2/2005, de 4/1, que aprova o regime jurídico aplicável às sociedades anónimas europeias com sede em Portugal e à constituição de sociedades anónimas europeias em que estejam envolvidas sociedades reguladas pelo Direito interno português, alterado pelo art. 36.º do DL n.º 76-A/2006, de 29/3. Este diploma é complementado pelo DL n.º 215/2005, de 13/12, que transpõe para a ordem jurídica nacional a Dir. 2001/86/CE que completa o estatuto da sociedade europeia no que respeita ao envolvimento dos trabalhadores.

³⁸³ A L n.º 8 /2008, de 18/2, transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 2003/72/CE, do Conselho, de 22 de Julho, que completa o Estatuto da Sociedade Cooperativa Europeia no que respeita ao envolvimento dos trabalhadores.

pelo Regulamento e, na medida em que o Regulamento o autorize expressamente, pelo convénio constitutivo e pelos estatutos (art. 2.º/1/a e b). Subsidiariamente é aplicável a lei do Estado-Membro onde o AECT tenha a sua sede estatutária (art. 2.º/1/c)³⁸⁴.

Quando a pessoa colectiva internacional não é reconhecida na ordem interna por força de um acto de Direito Internacional aplica-se, à determinação do seu estatuto pessoal, o *Direito de Conflitos de fonte interna*.

Segundo o art. 34.º CC a lei pessoal das pessoas colectivas internacionais é a designada na convenção que as criou ou nos respectivos estatutos e, na falta de designação, a do país onde estiver a sede principal.

Creio que esta norma também é aplicável, embora com limitações, quando a pessoa colectiva internacional é reconhecida na ordem interna por força de um acto de Direito Internacional Público, mas este acto é omissivo sobre o Direito aplicável. As limitações ao funcionamento desta norma de conflitos decorrem então da primazia das disposições do tratado.

A sede principal não é, necessariamente, a sede efectiva da administração, pois o art. 34.º abrange pessoas colectivas, como as organizações intergovernamentais, relativamente às quais se não pode falar de sede efectiva da administração.

Ao abrigo do art. 34.º, o Direito designado pelo acto constitutivo ou pelos estatutos tanto pode ser um Direito estadual como o próprio Direito Internacional Público³⁸⁵. Este entendimento impõe-se com foros de evidência, quer por se tratar de pessoas colectivas que relevam do Direito Internacional Público, quer porque a mesma solução decorre, no caso das pessoas colectivas que são reconhecidas na ordem interna por força do Direito Internacional Público, do Direito de Conflitos de fonte internacional.

Mesmo quando a pessoa colectiva não é reconhecida na ordem interna por força de um acto de Direito Internacional, levantam-se algumas dúvidas sobre a relação entre o Direito competente e as disposições contidas no acto constitutivo e nos estatutos.

³⁸⁴ Ver DL n.º 376/2007, de 8/11, que adopta as medidas necessárias para garantir a aplicação do Regulamento e determina a aplicação subsidiária do regime das associações públicas.

³⁸⁵ Ou o Direito Comunitário.

Se o acto constitutivo ou os estatutos remetem para Direito estadual, mas subsidiariamente relativamente ao disposto no acto constitutivo e nos estatutos, deve entender-se que há uma dupla remissão: uma remissão primária para o Direito Internacional Público e uma remissão subsidiária para o Direito estadual. A possibilidade de uma subtracção a toda a ordem jurídica é de excluir.

Se o acto constitutivo ou os estatutos remetem para o Direito Internacional Público, exclusiva ou primariamente, serão de respeitar, como preceitos internacionais, as disposições contidas no acto constitutivo e nos estatutos, desde que sejam conformes com o *ius cogens* internacional.

O ponto já é mais duvidoso se o acto constitutivo ou os estatutos remetem exclusivamente para um Direito estadual ou se forem omissos. Neste caso o art. 34.º manda aplicar a lei do país onde estiver situada a sede principal. Parece que o Direito estadual se pode sobrepor ao disposto no acto constitutivo e nos estatutos, mas que, na falta de norma especial em contrário, se deve procurar dar relevância ao acto constitutivo e aos estatutos no seu quadro³⁸⁶.

O que se deverá entender por pessoa colectiva internacional para efeitos da norma de conflitos do art. 34.º CC?

O art. 34.º não define pessoa colectiva internacional, mas ao remeter para a lei designada na convenção que a criou parece indicar que se teve em primeira linha em vista as pessoas colectivas criadas por uma Convenção internacional, por exemplo, a ONU, a UE, o Banco Mundial, o FMI, etc.

É um problema de interpretação do art. 34.º o de determinar se devem ser considerados pessoas colectivas internacionais certos entes que não são criados por Convenção internacional. O problema tem de ser resolvido por recurso aos elementos de interpretação desta norma e não mediante uma transposição mecânica do critério de Direito Internacional Público.

O adjectivo “internacional”, que qualificava a palavra “convenção” no Anteprojecto de 1964 foi suprimido no texto legal, mas o argumento que daí se possa retirar é inconclusivo: a supressão tanto pode ter sido motivada por se entender a adjectivação supérflua perante o conceito de pessoa colectiva internacional quanto por se entender que poderia abranger pessoas colectivas criadas por outras convenções.

³⁸⁶ Se a referência ao Direito estadual fosse subsidiária, o art. 34.º teria submetido o estatuto pessoal ao acto constitutivo e aos estatutos, e, só subsidiariamente, ao Direito estadual. Mas não foi essa a solução acolhida.

Não parece oferecer grande dificuldade a extensão do conceito às pessoas colectivas criadas por outro acto de Direito Internacional, designadamente por acto de outra organização internacional que seja sujeito de Direito Internacional. A disciplina contida no art. 34.º justifica-se sem dúvida para todas as pessoas colectivas que são criadas por um acto de Direito Internacional Público.

Já oferece alguma dúvida o caso da pessoa colectiva, criada ao abrigo de um acto de Direito Internacional, mas que adquire a sua personalidade colectiva segundo o Direito interno, não tendo, por conseguinte, personalidade internacional. Por exemplo, a Eurofima, que se constituiu segundo a lei suíça com base na Convenção de Berna de 1955, para o financiamento da aquisição de material circulante ferroviário.

Se Portugal for parte na Convenção internacional em causa, não há dúvida que se aplicará o aí disposto sobre a lei pessoal do ente colectivo. É o caso da Eurofima³⁸⁷. Caso se trate de um acto de Direito Internacional Público que não vigore na ordem jurídica portuguesa creio que se deverá igualmente ter em conta o disposto no tratado e, por conseguinte, justifica-se neste caso aplicar o art. 34.º.

As hipóteses mais discutidas são as das organizações com actividade transnacional que não são criadas por ou ao abrigo de acto de Direito Internacional Público, mas que prosseguem fins internacionais, i.e., fins colectivos que transcendem o âmbito de um Estado. São muito numerosas. Muitas destas organizações tendem a subtrair-se à aplicação de qualquer Direito estadual e à jurisdição estadual, submetendo os litígios emergentes das relações que estabelecem com sujeitos de Direito interno a arbitragem transnacional.

Nos tempos mais recentes consagrou-se a expressão *Organização Não Governamental* (ONG) para designar certos entes colectivos, criados por acto de Direito interno e independentes dos Governos, que prosseguem fins colectivos internacionais ou transnacionais. Não há, porém, um conceito uniforme de ONG. Uma parte da doutrina entende por ONG uma associação internacional com membros de diversas nacionalidades e fim

³⁸⁷ É também o caso dos "organismos" com e sem personalidade jurídica criados por protocolos de cooperação entre entidades locais ou regionais de Direito público portuguesas e espanholas, ao abrigo da Convenção entre Portugal e Espanha sobre Cooperação Transfronteiriça entre Instâncias e Entidades Territoriais (2002) – ver arts. 10.º e 11.º.

não lucrativo³⁸⁸. Já perante a Convenção Europeia sobre o Reconhecimento da Personalidade Jurídica das Organizações Internacionais Não Governamentais (Estrasburgo, 1986) é ONG a instituição privada que tenha um fim não lucrativo de utilidade internacional, que tenha sido criada por um acto de Direito interno e que exerça actividade efectiva em, pelo menos, dois Estados.

A inserção destas realidades no conceito de pessoa colectiva internacional do nosso Direito Internacional Privado é ainda uma questão em aberto.

ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO defendeu, em dado momento, que se poderiam incluir no art. 34.º associações e fundações que, embora não fossem criadas por Convenção internacional, nem por sujeitos de Direito Internacional, não se destinam a actuar confinadamente no âmbito de certo Estado, antes definem o objecto da sua actividade como devendo desenvolver-se à escala internacional³⁸⁹. Exemplificava com a Câmara do Comércio Internacional e o Instituto de Direito Internacional. E não excluía que beneficiassem do regime do art. 34.º pessoas colectivas com fins lucrativos que obedecessem a esses requisitos. Acrescentava não se ver perigo em incluí-las na previsão do art. 34.º, uma vez que ficariam sempre submetidas a um sistema de Direito positivo.

Pelo contrário, BAPTISTA MACHADO e MARQUES DOS SANTOS excluem todas as pessoas colectivas que não sejam criadas por instrumento de Direito Internacional³⁹⁰.

Por minha parte, inclino-me a pensar que o art. 34.º foi pensado essencialmente para pessoas colectivas criadas por actos de Direito Internacional. Entendeu-se que a designação do Direito aplicável feita nestes actos deve ser respeitada, mesmo que não sejam vinculativos para Portugal. Este entendimento é justificado, porquanto se trata de entes que relevam da ordem jurídica internacional e que todos os interessados se podem orientar pelo disposto no acto constitutivo. Isto não se verifica quando se trata de organizações que não são criadas por acto de Direito Internacional nem ao abrigo de acto de Direito Internacional.

A Convenção de Estrasburgo estabelece um regime especial para as ONG que tenham sido criadas por acto de Direito interno de um Estado con-

³⁸⁸ Cf. NGUYEN QUOC/DAILLIER/PELLET – *Droit international public*, 7.ª ed., Paris, 2002, 643 e segs.

³⁸⁹ 1971: 49 e seg. Ver ainda FLORBELA PIRES [2009: 88].

³⁹⁰ BAPTISTA MACHADO [1982: 350] e MARQUES DOS SANTOS [1987: 261 e seg.].

tratante e que tenham a sua sede estatutária e a sua "sede real" no território dos Estados contratantes. Esta Convenção determina o reconhecimento da personalidade e capacidade jurídicas adquiridas à face da lei da sua sede estatutária. Haverá aqui um fraccionamento do estatuto pessoal ou uma norma de conflitos especial definidora do estatuto pessoal no seu conjunto?

O ponto é muito controverso³⁹¹. Inclino-me a pensar que há um fraccionamento. A personalidade e a capacidade na ordem interna ficam submetidas à lei da sede estatutária³⁹². A determinação da lei reguladora de outros aspectos do estatuto pessoal continua a depender do Direito de Conflitos interno (e, designadamente, da posição que se adopte sobre a aplicabilidade do art. 34.º CC).

Questão diferente é a da relevância das ONG na ordem jurídica internacional. Há actos de Direito Internacional que conferem um estatuto consultivo a determinadas ONG junto de certas organizações internacionais. Há também Estados que atribuem a determinadas ONG um estatuto relevante à face do Direito Internacional. Assim, parece que tais ONG adquirem uma personalidade internacional, embora muito limitada, que lhes é conferida pelas organizações internacionais e por Estados³⁹³.

Seja como for, deve entender-se que as *sociedades transnacionais*, também designadas multinacionais, não estão submetidas ao art. 34.º, mas aos arts. 33.º CC e 3.º C. Soc. Com. e, eventualmente, às normas de Direito Internacional Privado sobre coligações de sociedades (*supra* § 59 L).

³⁹¹ Ver BLECKMANN [1981: n.º 14].

³⁹² Isto acarretará frequentemente dificuldades, porque algumas destas organizações não fixam a sua sede estatutária. Neste caso será porventura de recorrer à sede efectiva da sua direcção.

³⁹³ Cf. BLECKMANN [1981: n.º 14].