



ESTRUTURAS JURÍDICAS DA EMPRESA

**CURSO DO CENTRO DE ESTUDOS DA ORDEM DOS ADVOGADOS
EM INTERCÂMBIO COM A FACULDADE DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE CLÁSSICA DE LISBOA**

edição AAFDL

ESTATUTO PESSOAL DAS SOCIEDADES COMERCIAIS

Pedro Paes de Vasconcelos

- 1. Introdução, origem e enquadramento da questão.**
- 2. A nacionalidade, os critérios de determinação, a separação do estatuto pessoal, restrição da nacionalidade ao direito dos estrangeiros e à protecção diplomática no estrangeiro, as Bases I e II da Lei n.º 1994 de 13.VI.43, o art. 109.º do Código Comercial.**
- 3. O estatuto pessoal, âmbito e problemática. A enumeração do art. 33.º do Código Civil não é exaustiva. A procura da lei aplicável.**
- 4. A lei da sede. Conceito de sede — o art. 159.º do Código Civil. Obrigatoriedade de registo e publicidade da sede. Outras matérias em que é importante a certeza e segurança de publicidade da sede. A sede como índice de localização jurídica da sociedade. Dificuldades que se levantam na utilização da sede como critério: a falta de sede, a duplicidade de sedes, a concretização “lege fori” ou “lege causae” da sede, a sede estatutária e a sede principal e efectiva. O regime do**

problema da distinção entre sede estatutária e sede principal e efectiva: prós e contras de cada uma. A efectividade da razão de ser e a certeza e segurança. Os falsos argumentos da autonomia da vontade e o controle estatal. Refutação destes argumentos.

- 5. A incorporação. Distinção entre incorporação e lugar da constituição. A incorporação como manifestação de princípio de autonomia da vontade, o lugar de constituição como da “lex loco actus”. Vantagens da incorporação.**
- 6. Sistema resultante da coexistência de critérios. A possibilidade de sistemas mistos. O sistema português do Código Comercial de 1888 e do art. 48.º do Regulamento do Registo Comercial. Aplicação analógica às sociedades civis e demais pessoas colectivas.**
- 7. O art. 33.º do Código Civil. Manutenção em vigor das regras de conflitos do Código Comercial em matéria de estatuto pessoal das sociedades comerciais.**
- 8. O art. 3.º do Código das Sociedades Comerciais. Afastamento de um sistema dual de sede estatutária e sede principal e efectiva. O afastamento do critério da incorporação. O reenvio.**

1. A coexistência de uma multiplicidade de sistemas nacionais de direito privado, uns mais, outros menos codificados e todos acentuadamente fechados, com uma progressivamente maior comunicação jurídica entre privados, tem tornado cada vez mais necessário o esforço dos juristas na procura do do direito próprio das situações privadas internacionais.

As sociedades comerciais, com maiores agentes que são do comércio internacional protagonizam uma parte improtante desse problema. É dele que vai ser tratado: da localização das sociedades comerciais no espaço jurídico-privado internacional, tal como resulta do Novo Código das Sociedades Comerciais.

2. A localização das sociedades no espaço jurídico-privado internacional começou por ser feita através da utilização do conceito de nacionalidade.

Em paralelo com o desenvolvimento do conceito de nacionalidade, como vínculo jurídico-político de pertinência de uma pessoa a uma comunidade estatal, surgiu e desenvolveu-se também o conceito de nacionalidade de pessoa colectiva como vínculo, também jurídico-político, de ligação de uma pessoa colectiva, pessoa moral, com um Estado nacional.

À nacionalidade, utilizada como elemento de conexão determinante do estatuto pessoal das pessoas singulares, associou-se, como por mimetismo, a nacionalidade das pessoas colectivas como determinante da lei que lhes deveria ser aplicada.

O paralelismo não era difícil nem muito forçado: se as pessoas humanas se encontram ligadas a um Estado nacional por laços culturais que na maior parte dos casos são evidentes e que determinam a vinculação jurídica e política, também as pessoas colectivas usualmente se constituem e funcionam no território do Estado nacional, fazem-no nos termos e de acordo com as leis nacionais, são compostas ou instituídas por nacionais desses Estados e prosseguem fins próprios que, pelo menos, não con-

flituam com os desse Estado.

◦ A introdução da nacionalidade como elemento de conexão próprio do estatuto pessoal das pessoas singulares, arrastou naturalmente o seu alargamento “mutatis mutandis” às pessoas colectivas.

A determinação, em concreto, da nacionalidade das pessoas colectivas veio todavia a mostrar-se menos transparente que a das pessoas singulares e o critério da nacionalidade, que parecia de início natural e até simplista, acabou por se entorpecer em disputas doutrinárias e judiciais que ficaram na história do Direito Internacional Privado.

Para a determinação da nacionalidade, foram sendo apontados vários critérios que assentavam, ou na nacionalidade dos membros ou instituidores da pessoa colectiva ou sociedade, ou na localização da sede, ou no local da sua constituição, ou na lei que lhe deu vida, ou no centro de actividade, ou na nacionalidade das pessoas que a controlem, ou noutros, mais específicos.

Nesta perspectiva, o Código Comercial de 1988 refere, nos artigos 110.º e 111.º, “sociedades nacionais” em contraposição a sociedades constituídas em país estrangeiro e enuncia critérios como o do lugar da constituição, da sede, do principal comércio.

Sob a influência principalmente de Niboyet, a doutrina internacional privatista passa a distinguir, em matéria de pessoas colectivas e sociedades, entre as questões de conflito de leis, de lei aplicável, que têm a ver com o estatuto pessoal, e as de nacionalidade, que têm a ver com o direito dos estrangeiros.

O conceito de nacionalidade de pessoas colectivas e sociedades mantém-se, mas é restringido à determinação de quais pessoas colectivas e sociedades se consideram nacionais e quais se consideram estrangeiras, para o efeito de aplicação de restrições à actividade no país em questão e à protecção diplomática. Principalmente no âmbito das políticas proteccionistas e de nacio-

nalismo económico dos anos trinta e quarenta, há actividades económicas que o Estado nacional considera estratégicas e cujo exercício veda a interesses estrangeiros. Embora não já exclusivamente nessa perspectiva, há também que distinguir a que Estados nacionais soberanos podem as pessoas colectivas e sociedades recorrer para obter protecção diplomática no estrangeiro e quais os Estados que têm legitimidade para prestar.

Os critérios para a determinação da nacionalidade das pessoas colectivas e sociedades, na perspectiva do direito dos estrangeiros são variados e podem considerar-se contidos basicamente na Lei n.º 1994, de 13 de Abril de 1943.

De acordo com a Base I e II desta lei, só são havidas como nacionais as sociedades constituídas de harmonia com as leis portuguesas, com sede na metrópole e cuja maioria absoluta seja portuguesa. Considera-se que a maioria absoluta é portuguesa quando, nas sociedades em nome colectivo, o maior número de sócios sejam portugueses de origem ou naturalizados há mais de dez anos, sociedades portuguesas de direito público ou utilidade pública e que estes sócios portugueses detenham uma maioria de capital de pelo menos 60%; no que respeita às sociedades por quotas ou por acções quando pelo menos 60% do capital seja controlado por sócios naquelas condições.

O critério de nacionalidade, aqui, é complexo: cumula-se o da sede e o da incorporação, que são reforçados pelo do controle.

Às sociedades estrangeiras, que são definidas por exclusão como todas as que se não encontrem nas condições atrás enunciadas é vedado pela Base I, da Lei n.º 1994, fundar, possuir, adquirir ou explorar estabelecimentos destinados à gestão ou exercício de serviços públicos ou bens do domínio público, actividades em regime de exclusivo ou outras actividades que interessem fundamentalmente à defesa do Estado ou à economia da Nação a determinar por decreto do Governo.

Estes preceitos, claramente influenciados pelo nacionalismo económico que marca a época em que foram promulgados, restringem severamente o preceito claramente liberal e permissivo do art. 109.º do Código Comercial que permite a prática no reino dos respectivos actos de comércio não contrários à lei nacional às “sociedades legalmente constituídas em país estrangeiro que não tiverem sede, sucursal ou qualquer espécie de representação social no reino”.

3. O estatuto pessoal das pessoas colectivas e sociedades encerra uma problemática diferente. Não se colocam já as questões de acesso ou restrições de acesso a certos sectores da actividade económica ou de protecção diplomática, questões que são sempre de certo modo exteriores à própria pessoa colectiva ou sociedade. No estatuto pessoal a questão é a do direito que rege a própria pessoa colectiva, a própria sociedade.

No art. 33.º, n.º 2 do Código Civil, a propósito das pessoas colectivas, são enumeradas, não exhaustivamente, as matérias que se inserem no estatuto pessoal. São elas, “especialmente”, a capacidade; a constituição, funcionamento e competência dos órgãos sociais; os modos de aquisição e perda da qualidade de associado e os correspondentes direitos e deveres; a responsabilidade da pessoa colectiva, bem como a dos respectivos órgãos e membros, perante terceiros; a transformação, dissolução e extinção da pessoa colectiva.

Em tema de estatuto pessoal, mais do que o âmbito das matérias que nele se inserem, a principal questão que se coloca é a da procura do direito que rege essas matérias e a selecção e aplicação dos critérios conducentes à descoberta desse direito.

Os critérios usualmente utilizados para a descoberta da lei que rege o estatuto pessoal das pessoas colectivas e sociedades são numa primeira dicotomia, a localização da sede e a “incorporação”; o critério da localização da sede separa-se em dois sub-

-critérios, o da sede estatutária e o da sede principal e efectiva.

4. A sede da pessoa colectiva ou da sociedade é “o lugar em que funciona normalmente a administração principal” (art. 159.º do Código Civil).

A localização da sede deve constar dos estatutos, do registo e das publicações da sociedade ou da pessoa colectiva.

A publicidade e a certeza da localização da sede são da maior importância, que transcende até a matéria deste estudo. A localização da sede, além de determinante do estatuto pessoal, é-o também do local do cumprimento, da eficácia das declarações negociais, da competência territorial dos tribunais, etc.

Em princípio, a localização da sede deveria constituir um critério simples e fácil, unívoco, de determinação do estatuto pessoal.

Além da simplicidade e da clareza, a localização da sede constitui, em princípio, indício suficientemente seguro de localização jurídica da sociedade ou pessoa colectiva de molde a revelar a sua inserção em determinado ordenamento jurídico. Na verdade, não é natural que uma sociedade ou uma pessoa colectiva tenham a sede localizada em território onde vigore um ordenamento claramente alheio à vida jurídica da sociedade ou pessoa colectiva.

O critério da sede social revelou todavia dificuldades. Houve historicamente casos em que sociedades ou pessoas colectivas ficaram, por circunstâncias que se podem ter como acidentais, ou privadas de sede, ou com mais do que uma sede.

Mas a mais grave dificuldade que o critério de sede tem de enfrentar consubstancia-se na concretização do conceito de sede. Não se trata da tradicional discussão acerca da opção entre concretização “*lege fori*” ou “*lege causae*”, mas da opção entre a sede estatutária e a sede principal e efectiva.

Esta questão nasceu da adopção por parte de algumas sociedades ou pessoas colectivas de sedes estatutárias não coinciden-

tes com a sede verdadeira. Estas práticas foram geralmente motivadas por razões fiscais e são hoje muito frequentes. Os chamados “paraísos fiscais” vivem correntemente dessa prática.

Por qual optar?

A resposta não é imediata nem é fácil.

Por um lado, a razão de utilização da sede como critério de localização jurídica da pessoa colectiva ou sociedade só se mantém enquanto a sede representar *mesmo* o centro da sua vida jurídica, enquanto uma sede estatutária desinserida da vida jurídica da sociedade pode ser e será frequentemente fraudulenta; por outro lado, a utilização de uma sede principal e efectiva, não estatutária, que corresponda a cada momento ao centro da vida jurídica da sociedade ou pessoa colectiva mas esteja privada de certeza e de publicidade parece uma escolha demasiado variável e pouco clara para satisfazer os requisitos de transparência e permanência que se não podem dispensar.

A situação ideal é a da coincidência entre a sede estatutária e a sede principal e efectiva e isso é, sem dúvida, o que sucede na generalidade dos casos; todavia, em caso de divergência, por qual optar?

Os argumentos acrescentados à discussão não contribuíram para a clarificar: do lado da sede estatutária a autonomia privada; do lado da sede principal e efectiva o combate à evasão fiscal e à fuga perante o control governamental.

Estes dois argumentos são ambos falaciosos e, por isso, contribuíram para a opacidade da questão.

Se a autonomia negocial está indissolúvelmente ligada ao negócio constituinte da sociedade, se a aplicação de uma lei diferente da prevista no acto negocial vem privar este da componente voluntária, negocial e, por isso, de um dos fundamentos imprescindíveis de juridicidade, a verdade é que o preceito estatutário que localiza a sede deve ter carácter declarativo e não tem com

certeza natureza de “*professio juris*”.

Por outro lado, se a fraude à lei, seja ela fiscal ou outra, priva de juridicidade o acto fraudulento, a verdade é que a concretização do elemento de conexão não é o meio próprio para lhe responder: é suficiente o regime jurídico geral da fraude à lei. Acresce que não é função da norma de conflitos assegurar o controle governamental da vida jurídica: o Direito não é instrumento do Estado, nem o Estado funda o Direito; o contrário é que é verdadeiro: o Direito é que funda o Estado; este é instrumento daquele para a prossecução da Justiça.

5. Alheados da discussão à cerca da sede, os sistemas jurídicos da “*Common Law*” mantiveram-se fiéis a um critério diferente: o de “*incorporation*”.

Este critério, frequentemente confundido com o do lugar da constituição procede à localização jurídica da sociedade ou pessoa colectiva no espaço jurídico do sistema de direito de acordo com o qual a sociedade ou pessoa colectiva se constituiu: as sociedades e pessoas colectivas, de acordo com a teoria da incorporação, são regidas pela lei que lhes deu vida, por aquela que pôs em vigor a consequência jurídica da sua constituição.

Este critério, que é fundamentalmente diferente do da sede, deixa completamente na mão das partes a escolha da lei que vai reger a sociedade ou pessoa colectiva e constitui uma resultante da verificação, aliás de senso comum, de que não é fácil reger uma sociedade ou uma pessoa colectiva por uma lei diferente daquela que lhe deu vida sem, por um lado, desrespeitar a vontade negocial dos fundadores e, por outro, acarretar irregularidades mais ou menos inevitáveis.

Além de não levantar praticamente problemas de concretização, este critério evita a discussão continental das duas sedes.

De acordo com este critério, não interessa tanto o “país em que foram constituídas”, que corresponderia ao elemento de co-

nexão contratual “lex loci actus”, mas à lei tida em vista pelos autores do negócio constituinte. Corresponde claramente à actuação da autonomia privada.

6. O critério da incorporação manteve-se nos sistemas jurídicos da Common Law; o da sede nos continentais, embora com combiantes.

De muito complexo ficou, para além da dualidade das sedes, a dicotomia entre a sede e a incorporação.

Frequentemente se misturaram. Exemplo de um sistema misto de sede e incorporação foi o sistema consagrado no Código Comercial de 1988 e no correspondente Regulamento de Registo Comercial (nos arts. 109.º a 110.º do Código Comercial e artigo 48.º do Regulamento de Registo Comercial).

Dos arts. 109.º a 111.º do Código Comercial ressalta que o critério determinante da lei aplicável às sociedades comerciais é a lei da sede. Do art. 110.º do Código Comercial resulta que a conexão determinante para a aplicação da lei portuguesa é a localização da sede “no reino”.

Todavia, a norma de conflitos do Código Comercial é unilateral, quer dizer, só determina os casos em que a lei portuguesa é aplicável e nada diz, quando o não seja, acerca de qual lei estrangeira se deve aplicar. O Código Comercial, no art. 110.º determina quais sociedades são de estatuto português; por exclusão de partes, as demais serão de estatuto estrangeiro. Mas de que país?

Esta questão é respondida pelo art. 48.º do Regulamento do Registo Comercial que adopta o critério da incorporação. Na verdade, este preceito manda aferir a legalidade da constituição e funcionamento pela “lei do país em que se constituíram”. Esta expressão tem sido sempre interpretada como *lei nos termos da qual se constituíram*.

O sistema era, pois, o seguinte: as sociedades com sede em Portugal seriam regidas pela lei da sede, lei portuguesa; as outras, pela lei do país em cujos termos se constituíram, lei da incorporação.

Não existindo no Código Civil, ou noutras leis, normas de conflito directamente aplicáveis às sociedades civis e às pessoas colectivas, o critério aplicou-se sempre a estas por analogia.

7. Com a entrada em vigor do Código Civil de 1966, a situação legislativa nesta matéria sofreu uma profunda alteração: o novo Código incluiu dois preceitos, os arts. 33.º e 34.º, sobre o estatuto pessoal das pessoas colectivas e das pessoas colectivas internacionais.

Pôs-se, desde logo a questão de saber se o novo código tinha ou não revogado os preceitos do Código Comercial e do art. 48.º do Regulamento de Registo Comercial.

Deve entender-se, que os preceitos do Código Comercial e do art. 48.º do Regulamento de Registo Comercial se mantiveram em vigor.

O âmbito de aplicação dos dois regimes não é totalmente coincidente. O art. 33.º do Código Civil aplica-se a pessoas colectivas, o art. 110.º a sociedades. Ora, se é verdade que existem sociedades que são pessoas colectivas em relação às quais ambos os regimes teriam em princípio apetência para se aplicar, também o é que existem pessoas colectivas que não são sociedades, p. ex., associações e fundações, e sociedades que não têm personalidade jurídica. É pois muito claro que, pelo menos quanto a sociedades comerciais sem personalidade se não aplica o Código Civil.

A isto acresce que, de acordo com o art. 3.º do Decreto-Lei 47.344 de 25 de Novembro de 1966, o Código só revogou legislação civil. E seria absurdo, de qualquer modo, deixar em vigor o art. 110.º do Código Comercial e o art. 48.º do Regulamento

de Registo Comercial só para sociedades sem personalidade.

A inserção no recente Código das Sociedades de normas de conflitos próprias para sociedades comerciais veio, “a posteriori” dar razão a esta interpretação, ao tornar claro que a regra de conflitos contida no art. 33.º do Código Civil não tinha aptidão para reger toda a matéria de sociedades, civis e comerciais, com ou sem personalidade.

A manutenção em vigor dos arts. 109.º a 111.º do Código Comercial tem grande importância, uma vez que o critério da sede, no art. 33.º e no art. 110.º, aparece formulado nas duas versões: no Código Comercial a sede estatutária no Código Civil a sede principal e efectiva.

O regime resultante é o seguinte:

— Sociedades comerciais, com ou sem personalidade, regem-se pelos arts. 110.º do Código Comercial e pelo art. 48.º do Regulamento de Registo Comercial;

— Pessoas colectivas civis, associações e fundações, e sociedades civis por analogia, o art. 33.º do Código Civil.

8. O novo Código das Sociedades Comerciais contém, no seu art. 3.º uma norma de conflitos específica para as Sociedades.

Do relatório do Decreto-Lei que pôs em vigor o Código das Sociedades Comerciais consta que essa norma de conflitos “*adapta como elemento de conexão a sede principal e efectiva da administração (artigo 3.º), de harmonia com o Código Civil (artigo 33.º)*”.

Todavia, o regime que consta do articulado do Código, em ligação com o do Código de Registo Comercial, não conduz à confirmação da declaração que é feita no relatório.

Diferentemente do que sucede com o art. 33.º do Código Civil, que se limita à remissão para a lei da sede principal e efectiva, o art. 3.º do Código das Sociedades faz referência expressa à lei da sede estatutária. Assim, logo na segunda metade do n.º

1 do artigo 3.º consta que a sociedade que tenha em Portugal a sede estatutária, não pode opôr a terceiros a sua sujeição a lei diferente da lei portuguesa.

Mais adiante, nos n.ºs 2 e 5 do mesmo artigo 3.º do Código das Sociedades faz referência a “*sede efectiva*”. Volta a fazer referência à sede estatutária nos arts. 25.º e 26.º do Código de Registo Comercial.

Finalmente, no art. 40.º do Código de Registo Comercial refere “*sociedades portuguesas*” e “*sociedades constituídas no estrangeiro*”.

Há pois que ser cuidadoso na exegese do novo texto legal. Para começar, veja-se o que consta do próprio artigo 3.º do Código das Sociedades.

No n.º 1 estabelece-se uma norma de conflitos que, tal como a do art. 33.º do Código Civil, é bilateral e tem como elemento de conexão a sede principal e efectiva da administração. Logo contudo, no n.º 1 daquele preceito é feita uma reserva de oponibilidade dessa lei quando a sociedade tenha sede estatutária em Portugal.

Será que com o n.º 1 do art. 3.º se introduziu no sistema legal a dualidade das sedes numa norma bilateral imperfeita?

A resposta a esta questão pressupõe a análise das demais disposições legais pertinentes. São elas, os demais números do artigo 3.º e os artigos 9.º, 12.º, 168.º do Código das Sociedades e ainda os artigos 3.º, alínea o), 11.º, 13.º, 14.º, 15.º, n.º 1, 25.º, 32.º e 40.º do Código de Registo Comercial.

Numa primeira análise poderia parecer que se teria instituído uma norma de conflitos bilateral imperfeita utilizando um sistema dual de elementos de conexão (sede principal e efectiva e sede estatutária) em que a lei portuguesa seria aplicável não só às sociedades com sede principal e efectiva em Portugal, mas

também às que aqui tivessem sede estatutária independentemente da localização da sede principal e efectiva. Tratar-se-ia de um desequilíbrio a favor da aplicação da lei do foro com recurso à sede estatutária. O dualismo das duas sedes surgiria também no art. 25.º do Código de Registo Comercial em que se estatui à cerca da competência territorial das Conservatórias.

Não parece ser essa a interpretação correcta. A aplicação da lei portuguesa em consequência da localização em Portugal da sede estatutária no n.º 1 do artigo 3.º, não resulta da actuação de um elemento de conexão, mas sim do estabelecimento de um regime de *inoponibilidade a terceiros*, ou da falsa indicação da sede, ou da sua ilegal transferência.

As situações em que uma sociedade tenha sede estatutária em Portugal e sede principal e efectiva no estrangeiro podem ser iniciais ou subsequentes. No primeiro caso — discrepância inicial — ter-se-à verificado no acto constitutivo falsidade na indicação da localização da sede; no segundo — discrepância subsequente — terá ocorrido a transferência posterior da sede principal e efectiva para o estrangeiro com desrespeito das formalidades legais impostas no n.º 6 do artigo 3.º do novo articulado.

Se o regime de inoponibilidade não constasse do n.º 1 do artigo 3.º, ele resultaria, quase igual, do artigo 168.º do Código das Sociedades Comerciais e dos artigos 11.º, 13.º, 14.º e 15.º do Código de Registo Comercial. A única diferença seria a de, ao contrário do regime do artigo 168.º, não ser aqui possível à sociedade invocar o concreto conhecimento por parte do terceiro.

Mantém-se, pois, que se não estabeleceu no novo Código das Sociedades Comerciais, um sistema dual de elementos de conexão com referência às duas sedes.

Todavia, não se pode concluir desde já que na nova lei tenha ficado consagrado um sistema puro de sede principal e efectiva.

Há que recordar que a diferença principal entre as duas se-

des, no sistema dual, é de que uma integra um puro conceito de facto — a sede principal e efectiva — enquanto a outra se refere a um conceito de direito — a sede estatutária.

Será que a sede principal e efectiva referida no artigo 3.º do Código das Sociedades Comerciais é uma simples sede de facto? A resposta deve ser negativa.

Nos termos dos artigos 9.º, n.º 1, alínea e) e 12.º do Código das Sociedades Comerciais e dos artigos 3.º, alínea o), 27.º e 32.º do novo Código de Registo Comercial, a sede principal e efectiva é também necessariamente a sede estatutária. No novo regime, a relação entre a sede principal e efectiva e a sede estatutária não é dicotómica: não se trata de duas modalidades de sede que se relacionem em alternativa, mas que devem coincidir. No sistema do novo Código das Sociedades Comerciais se, por um lado, a sede estatutária deve ser verdadeira, quer dizer, ser principal e efectiva, por outro, a sede principal e efectiva deve ser declarada nos estatutos e constar do registo. Na verdade, a sede que, nos termos dos arts. 3.º, n.º 1, 9.º e 12.º do Código das Sociedades Comerciais deve constar dos estatutos e ser levada ao registo, é a sede principal e efectiva; o registo, tanto da localização de sede (entenda-se, da sede principal e efectiva), como da sua deslocação, é feito com base em deliberações e documentos e não na constatação de situações meramente fácticas.

O novo regime faz a simbiose das duas sedes: por um lado, obriga a que a sede estatutária seja a principal e efectiva; por outro, obriga a que a sede principal e efectiva conste dos estatutos e seja publicitada pelo registo.

Eslarecido o que na nova lei se deve entender por “sede principal e efectiva” como elemento de conexão determinante do direito aplicável às matérias que integram o chamado “estatuto pessoal”, cabe perguntar se, como é afirmado no relatório de Decreto-Lei n.º 262/86, o sistema passou a ser puro, isto é, se

o critério da “incorporação” deixou de vigorar.

Antes da entrada em vigor da nova legislação, o critério da “incorporação” era retirado do artigo 48.º do Regulamento de Registo Comercial — Decreto n.º 42.645 de 14 de Novembro de 1959. Nesse preceito, “para a matrícula das sociedades constituídas no estrangeiro que pretendam estabelecer sucursal ou qualquer espécie de representação social em Portugal” era exigido, para além dos documentos exigidos às sociedades nacionais, “um certificado, passado pelo competente agente consular português, comprovativo de que se acham constituídas e funcionam *de harmonia com a lei do país em que se constituíram*”.

O novo Código de Registo Comercial contém uma disposição acerca da mesma matéria — o registo da representação permanente em Portugal de sociedades constituídas no estrangeiro —, o artigo 40.º, que exige “documentos comprovativos da existência da sociedade e do teor actualizado do respectivo contrato *de harmonia com a sua lei*, devidamente legalizado e traduzido”.

O paralelismo entre os dois preceitos salta à vista, até na referência, hoje sem justificação e desenquadrada do sistema, a sociedades constituídas no estrangeiro. Onde no velho artigo 48.º se acertava a legalidade da sociedade do estatuto não-português pela “lei do país em que se constituíram”, o novo artigo 40.º exige a verificação da legalidade das “sociedades constituídas no estrangeiro”, “pela sua lei”.

Dado o paralelismo dos regimes (o novo artigo 40.º parece corresponder a uma recepção no novo Código do velho artigo 48.º com uma redação modernizada e, ainda assim, só parcialmente modernizada) poder-se-á concluir pela manutenção do critério da incorporação para sociedades de estatuto estrangeiro?

Do facto de se manter no novo regime um preceito de conteúdo paralelo àquele donde era extraído o regime correspondente ao da incorporação, pode levar o intérprete a pensar que

o regime se mantém. Mas esta aparência é ilusória. Na verdade, do velho artigo 48.º só se podia retirar o critério da incorporação de duas circunstâncias que no novo regime deixaram de se verificar: por um lado, a referência expressa ao “país em que se constituíram”; por outro, a unilateralidade da conexão estabelecida em tese principal para o estatuto das sociedades.

A referência do antigo artigo 48.º à lei “do país em que se constituíram” embora equívoca, era facilmente interpretável como consagração da “teoria da incorporação”. A actual referência à “sua lei” é uma remissão em aberto, não comprometida, que aceita a lei que seja encontrada pelo funcionamento das regras de conflito. O novo artigo 40.º, diferentemente do antigo artigo 48.º, não aponta uma lei aplicável mas limita-se a remeter para aquela que for apontada alhures. E a isto não é estranho o facto de a regra de conflitos contida no artigo 3.º do Código das Sociedades Comerciais ser bilateral.

Recordando o que já ficou escrito, o artigo 110.º do Código Comercial só determinava a aplicação da lei portuguesa às sociedades com sede em Portugal, deixando em branco a determinação da lei aplicável às sociedades com sede fora de Portugal. O artigo 48.º do Regulamento do Registo Comercial, com a referência à “lei do país em que se constituíram” integrava então a lacuna do artigo 110.º. O artigo 3.º do Código das Sociedades Comerciais manda aplicar a lei da sede, seja a sede situada em Portugal ou no estrangeiro. A bilateralidade da regra de conflitos contida no artigo 3.º não deixa lacunas que possam ser preenchidas pelo artigo 40.º do Código de Registo Comercial. A referência do artigo 40.º do Código de Registo Comercial à “sua lei” deve assim entender-se feita à lei que, de acordo com o artigo 3.º do Código das Sociedades Comerciais, lhe fôr aplicável.

A lei da sede principal e efectiva pode não se considerar, ela própria, aplicável ao estatuto pessoal da sociedade. Como se viu,

nem todos os sistemas de direito internacional privado remetem para a lei da sede principal e efectiva a matéria do estatuto pessoal das sociedades. A lei da sede principal e efectiva pode remeter a questão para outro ordenamento, ou porque não utiliza o mesmo elemento de conexão da lei portuguesa, ou porque o concretiza de modo diverso. Da utilização pela lei da sede principal e efectiva do mesmo ou de outro elemento de conexão não se pode concluir desde logo que ela se considere ou não aplicável: na verdade, pode suceder que utilizando essa lei a mesma conexão da lei portuguesa, a concretize de modo diverso, apontando afinal para outra lei; do mesmo modo que pode suceder também que, utilizando ela um elemento de conexão diferente, por razões de coincidência fáctica, venha a haver acordo entre ambas quanto à lei que afinal deverá ser aplicada.

Se a lei designada não se considerar aplicável, há que apurar para que lei é que esta “reenvia” a questão: para a lei portuguesa, ou para uma terceira lei.

Se a lei designada considerar aplicável, directa ou indirectamente, o direito *material* português, será afinal o direito português que se aplica, mesmo que a sociedade em causa não tenha sede em Portugal (artigo 18.º, n.º 1 do Código Civil).

Se a lei designada considerar aplicável, directa ou indirectamente uma terceira lei, há que apurar se essa terceira lei aceita a remissão, isto é, se essa terceira lei se considera, ou não, ela própria aplicável. Se a terceira lei se considerar, directa ou indirectamente, aplicável, será essa terceira lei a reger as matérias do estatuto pessoal da sociedade em questão (artigo 17.º, n.º 1 do Código Civil). Se a terceira lei se não considerar aplicável, nem sequer indirectamente, então será de aplicar a lei da sede principal e efectiva, mesmo contra a vontade desta.

Embora se trate aqui do *estatuto pessoal* da sociedade, não são aplicáveis, nem o n.º 2 do artigo 17.º, nem o n.º 2 do artigo

18.º do Código Civil. A referência nesses preceitos à *residência habitual*, entendido no sistema das regras de direito internacional privado do Código Civil, deve entender-se como restrita a pessoas singulares; por outro lado, e sem entrar em análises profundas de direito internacional privado, que seriam aqui descabidas, a “ratio”, quer do n.º 2 do art. 17.º, quer do n.º 2 do art. 18.º do Código Civil, restringe-os às pessoas singulares.